

UNIVERSIDAD SANTO TOMAS
FACULTAD DE DERECHO

FUNDAMENTOS TEÓRICOS DEL CONTROL DE LAS OMISIONES LEGISLATIVAS INCONSTITUCIONALES

Reconocimiento de la omisión inconstitucional en Colombia

OLGA CECILIA GONZÁLEZ NORIEGA

BOGOTÁ
2017



UNIVERSIDAD SANTO TOMAS
FACULTAD DE DERECHO

Doctorado en Derecho

FUNDAMENTOS TEÓRICOS DEL CONTROL DE LAS OMISIONES LEGISLATIVAS INCONSTITUCIONALES

Reconocimiento de la omisión inconstitucional en Colombia

OLGA CECILIA GONZÁLEZ NORIEGA

Tesis para obtener el grado de Doctor en Derecho

Director de tesis
GUSTAVO QUINTERO NAVAS
Doctor en Derecho

BOGOTÁ
2017

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN 7

TÍTULO I. LA FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN Y LA OMISIÓN LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL. IMPORTANCIA TEÓRICA 32

CAPITULO 1. TENSIONES VALORATIVAS ENTRE EL CARÁCTER NORMATIVO Y SUPREMO DE LA CONSTITUCIÓN Y LA LIBERTAD DE CONFIGURACIÓN LEGISLATIVA 36

1.1 La omisión legislativa: ¿Expresión de la libertad de configuración legislativa? 40

1.2 La intervención del Legislador en el desarrollo de mandatos constitucionales 42

1.3 La competencia del Legislador: el *saber hacer* y *ser* del sujeto políticamente constituido 47

1.4 La libertad de configuración legislativa encuentra límites en el ordenamiento constitucional 50

1.5 La existencia de determinado tipo de normas constitucionales: los encargos al Legislador. Presupuesto de la omisión legislativa inconstitucional 60

1.6 A modo de conclusión 64

CAPITULO 2. DEBATE SOBRE LA OMISIÓN LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL Y LA VIOLACIÓN DEL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL 66

2.1 Caracterización jurídica de la omisión constitucionalmente relevante: la omisión legislativa inconstitucional 69

2.2 Tipología de las omisiones legislativas inconstitucionales: omisión absoluta y omisión relativa 76

2.3 La omisión legislativa absoluta: silencio del Legislador que genera situaciones contrarias a la Constitución 78

2.4 Línea Jurisprudencial de la omisión legislativa absoluta 82

2.5 La omisión legislativa relativa: silencios de la Ley contrarios a la Constitución 119

2.6 La línea jurisprudencial en Colombia respecto a la omisión legislativa relativa 125

2.7 La inconstitucionalidad por omisión en el ámbito de los derechos y garantías constitucionales 152

2.8 La omisión legislativa inconstitucional: fuente de responsabilidad del Estado Legislador. Sustento legal y jurisprudencial. 159
2.9 A modo de conclusión 168
TÍTULO II. MODULACIÓN DE LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA DE CONSTITUCIONALIDAD: SOLUCIONES PROPUESTAS EN EL DERECHO COMPARADO PARA CORREGIR LAS OMISIONES LEGISLATIVAS. SU APLICACIÓN EN COLOMBIA POR LA CORTE CONSTITUCIONAL 171
CAPÍTULO 3. SOLUCIONES QUE SUPONEN LA REPARACIÓN INMEDIATA DE LAS OMISIONES LEGISLATIVAS POR LA PROPIA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 175
3.1 Sentencias de constitucionalidad interpretativa o de interpretación conforme a la Carta Política: mecanismo recurrente de solución a las omisiones relativas por la Corte Constitucional 191
3.2 Casos en los cuales la Corte Constitucional ha proferido sentencias interpretativas o condicionadas para evitar vacíos en el ordenamiento jurídico y garantizar la supremacía de la Constitución 198
3.3 Sentencias integradoras o aditivas: Decisiones del Tribunal Constitucional como Legislador positivo 203
3.4 La aplicación de sentencias integradoras o aditivas en casos de omisión legislativa por la Corte Constitucional 205
3.5 A modo de conclusión 208
CAPÍTULO 4. SOLUCIONES QUE IMPONEN LA NECESIDAD DE COLABORACIÓN ENTRE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL LEGISLADOR RESPETANDO LA CONFIGURACIÓN LEGISLATIVA 210
4.1 Sentencias que hacen recomendaciones al redactar una nueva legislación adecuada a la Constitución 211
4.2 Recomendaciones al Legislador por la Corte Constitucional 214
4.3 Sentencias que declaran la inconstitucionalidad temporal o inexequibilidad diferida: pronunciamientos del juez constitucional que dimensionan sus efectos hacia el futuro 216
4.4 Sentencias de la Corte Constitucional de inconstitucionalidad diferida 219

4.5 Exhortos al Legislador para el desarrollo de la Constitución, como mecanismo utilizado por el Tribunal Constitucional frente a las omisiones legislativas absolutas 223
4.6 Pronunciamientos de la Corte Constitucional exhortando al Congreso a legislar 228
4.7 A modo de conclusión 235
TÍTULO III. LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN: POSIBILIDADES DE INCORPORACIÓN PRÁCTICA 237
CAPÍTULO 5. LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN Y SU INCORPORACIÓN COMO GARANTÍA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO SUPERIOR 240
5.1 La determinación de la omisión inconstitucional como objeto del control jurídico de los silencios del Legislador 241
5.2 La articulación de la acción de inconstitucionalidad por omisión en los ordenamientos jurídicos: mecanismo que permite subsanar las omisiones legislativas inconstitucionales 247
5.3 Consagración expresa de la acción de inconstitucionalidad por omisión en las constituciones nacionales europeas: la ex república socialista federativa de Yugoslavia, Hungría y Portugal 255
5.4 La inclusión de la acción de inconstitucionalidad en las Constituciones nacionales latinoamericanas: Brasil, Ecuador y Venezuela 261
5.5 La acción de inconstitucionalidad por omisión en las Constituciones subnacionales en entidades federativas: La Provincia de Rio Negro en Argentina, Veracruz, Tlaxcala y Chiapas en México 266
5.6 Instrumentación de la institución por vía legal. Casos Costa Rica y República Dominicana 273
5.7 A modo de conclusión 275
CAPÍTULO 6. EL RECONOCIMIENTO POSITIVO EXPRESO DE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL COLOMBIANO 277
6.1 La libertad de configuración legislativa y la ausencia normativa: argumentos de la Corte Constitucional para justificar su incompetencia en el control de las omisiones legislativas inconstitucionales 278

6.2 Competencias del Tribunal Constitucional: no previsión del instituto de la Inconstitucionalidad por omisión en la Constitución Política de Colombia 284
6.3 La acción de inconstitucionalidad por omisión: garantía constitucional específica para corregir las omisiones legislativas inconstitucionales 290
6.4 La inclusión de la acción de inconstitucionalidad por omisión en el ordenamiento jurídico colombiano. Estructura dogmática 294
6.4.1 Vías procesales para impugnar las omisiones legislativas inconstitucionales 296
6.4.2. Fundamentos teóricos de la acción de inconstitucionalidad por omisión 299
6.4.3 Definición y Presupuestos para la procedencia de la acción de inconstitucionalidad por omisión 302
6.5 A modo de conclusión 308
CONCLUSIONES 310
BIBLIOGRAFÍA 314

INTRODUCCIÓN

I. **Consideraciones preliminares**

El abordaje del objeto de estudio de esta investigación, impone precisar algunas proposiciones o principios básicos en que soportarla. Ante todo el pilar sobre el que se sustenta el sistema jurídico constitucional, es decir, la supremacía de la Constitución; principio que no solo fija los límites del actuar de los órganos del Estado y de los ciudadanos, sino que conlleva que el proyecto que los constituyentes reflejaron en la norma sea de obligatorio cumplimiento. El carácter normativo que ostenta la Constitución y del cual parte el concepto de supremacía constitucional, hace que las obligaciones en ella contenidas se cumplan; una de ellas, la de desarrollar normativamente un precepto constitucional de modo efectivo.

La vulneración de una concreta obligación de desarrollo, nacida de una norma constitucional, conlleva la abstracción en el cumplimiento de principios, valores y derechos de los ciudadanos, y es por ello que sin apartarnos de la órbita de discrecionalidad del Legislador, no resulta legítimo que el órgano legislativo margine la vigencia de la supremacía constitucional al omitir en forma indefinida el cumplimento de las decisiones que le fueron otorgadas directamente por la ley fundamental, o que en desarrollo de su tarea legislativa, excluya en forma injustificada y discriminada a unos lo que les otorga a otros, como lo advierte el autor argentino Víctor Bazán (2000, p. 283).

La inconstitucionalidad no se da no solo por acción cuando se viola una norma de rango constitucional, sino también por omisión cuando el sujeto encargado de desarrollar un mandato constitucional no lo hace, dando lugar al incumplimiento del precepto o a la negación de los

derechos reconocidos, produciéndose la violación de normas constitucionales que no pueden aplicarse ni exigirse por la falta de legislación que las desarrolle o complemente. Este tipo de normas son los *encargos al legislador*, denominadas normas de eficacia limitada que requieren de una concreta intervención legislativa para lograr su pleno desarrollo y aplicabilidad, y con ello garantizar la realización del proyecto constitucional contenido en la Norma Fundamental. La existencia de este tipo de normas en los textos constitucionales es inevitable, si se tiene en cuenta que dichos textos no agotan la regulación de los temas que abordan, ciñéndose en muchos casos a lo que el Constituyente considera esencial en ciertas materias.

Ante estas normas, que proyectan hacia el futuro obligaciones de desarrollo, el Legislador no ostenta libertad en cuanto a su decisión de actuar o no actuar, dicha libertad se debe predicar de la razonabilidad respecto al momento ulterior en que tiene que efectuar su intervención, sin que pueda escudarse en su libertad de configuración legislativa para eludir de manera indefinida el encargo constitucional, que le impone la obligación de materializar un determinado tipo de normas que requieren su intervención, y que en muchos casos permiten el reconocimiento de derechos amparados constitucionalmente. La falta de realización de sus mandatos se constituye en una violación a la supremacía constitucional, una vulneración de la Carta por omisión. Omisión, que "desconoce el deber del Legislador de concretar el desarrollo legal que requieren algunos mandatos constitucionales" (Sarmiento, 2010, p. 31).

La Corte Constitucional colombiana en Sentencia C-402 de 2003, desataca la competencia y el deber del Legislador de concretar los mandatos constitucionales, al considerar que a partir de la entrada en vigencia de los preceptos constitucionales comienza a correr la oportunidad que tiene el Legislador para expedir las reglas de derecho, las cuales son susceptibles de control en aras del respeto y acatamiento de la integridad y supremacía de la Constitución. Con esta orien-

tación cabe esperar una labor legislativa oportuna, conveniente y suficiente, que por entero no le haga concesiones a las normas, que al tenor de sus vacíos, quebranten el orden constitucional; labor diligente y cuidadosa, atenta a la naturaleza, sentido y alcance del ordenamiento superior, y por ende, incompatible con cualquier modalidad de omisión legislativa.

El control de las omisiones legislativas parte de considerar a la Constitución como un sistema de valores con capacidad de obligar y destinada a todos los órganos del Estado, incluyendo al órgano legislativo. Por esto, es necesaria la presencia de mecanismos que permitan controlar las actuaciones del Legislador, pero también, y sobre todo, las omisiones en que este pueda incurrir en la medida en que pudiera desconocer los mandatos constitucionales y los derechos de los ciudadanos.

El problema de las omisiones del Legislador, como lo señala María Ángeles Ahumada, cobra interés en cuanto a su control y posibilidades de corrección, en la medida en que la inactividad del Legislador provoque una lesión de derechos o libertades reconocidos por la Constitución (1991, p. 171). Ello ha llevado a que el derecho comparado ofrezca soluciones que pongan remedio a la situación surgida de la omisión inconstitucional buscando mantener intacta la fuerza normativa de la Constitución sin quebrantar el principio de libertad del Legislador, y a la búsqueda de fórmulas que permitan dar una respuesta jurídica a la problemática que conlleva la lesión a los derechos resultantes de las omisiones legislativas. Son soluciones que tomaremos como referencia para proponer una teoría del control de constitucionalidad de las omisiones legislativas en el ordenamiento colombiano.

La corrección de las omisiones legislativas, representa una garantía frente a la inercia del Legislador, por ello se requiere de una respuesta efectiva que supere la inactividad del poder Legislativo y que lo disponga a actuar para hacer efectivos los mandatos constitucionales, sin

que pueda ser descalificada bajo el pretexto de atentar contra la libertad de configuración legislativa, o el riesgo de sustituir al poder legislativo por otro órgano del Estado. Tampoco es excusa el considerar la inherencia indebida de la justicia constitucional en las funciones propias del Legislador y con ello propiciar la dictadura de los jueces.

Ha sido importante el estudio de las omisiones legislativas en el derecho comparado, problemática que se ha ventilado a partir de la dogmática alemana que caracterizó a las omisiones legislativas en omisiones relativas y absolutas. Las primeras, hacen referencia a las previsiones legales que presentan insuficiente desarrollo de una disposición constitucional, vulnerando el principio de igualdad, y las segundas referidas a la ausencia de regulación de normas contenidas en la Constitución, que requieren desarrollo para asegurar su cumplimiento. Esta misma calificación ha determinado el alcance de la protección desde los órganos de control constitucional, a través del al uso de técnicas decisorias, dejando de lado el concepto de Legislador negativo a pasar a un concepto más abierto, el de Legislador positivo ante la necesidad de poner remedio a la ineficacia de los enunciados constitucionales proveniente de la inactividad del Legislador.

El examen de las experiencias normativas constitucionales y legales en el derecho comparado europeo y americano en los que se ha articulado la acción de inconstitucionalidad por omisión en cabeza del órgano de control constitucional, ha puesto al descubierto cómo es ésta la forma jurídica idónea para controlar las omisiones inconstitucionales en que incurre el Legislador frente a mandatos constitucionales que exigen su desarrollo para ser eficaces. Sería el instituto que salvaguarde el cumplimiento de normas constitucionales incompletas y que encuentra su sustento jurídico en la fuerza normativa de la Constitución, propio del Estado Constitucional actual.

En Colombia, a partir de la Constitución Política de 1991 y de los avances jurisprudenciales, se ha reconocido un papel mucho más activo y comprometido en garantizar la supremacía de la

Constitución de la Corte Constitucional. En su jurisprudencia ha admitido que el silencio del Legislador conlleva consecuencias jurídicas negativas, pero solo se ha considerado competente para conocer las omisiones legislativas relativas, subsanando el silencio dejado por el Legislador a través de sentencias moduladas, y se ha declarado inhibida para juzgar la constitucionalidad por una omisión legislativa absoluta por carecer de norma con que confrontar con el ordenamiento constitucional, dejando el vacío frente al mandato constitucional que requiere desarrollo legislativo para su efectividad. La no admisión en la jurisprudencia colombiana del control sobre la omisión inconstitucional absoluta, bajo el argumento de que no existe norma que confrontar con la Constitución, es errada, pues el control de constitucionalidad no solo debe proceder sobre las normas que desconozcan los postulados constitucionales, sino también es necesario que a través de su jurisprudencia ponga en evidencia la existencia de preceptos legales que requieren desarrollo del Legislador y sobre los que se ha guardado silencio desconociendo los mandatos constitucionales.

Independiente de las modalidades de control que asuma, la función de la Corte Constitucional tiene por objeto preservar el imperio de las normas constitucionales como órgano investido de autoridad para decidir sobre la permanencia o exclusión de disposiciones proferidas por los órganos constituidos, al igual que la corrección jurisdiccional de las omisiones legislativas, control que representa una garantía frente a la inercia del poder legislativo, sin que pueda calificarse la intervención como una intromisión en la esfera de las funciones del Legislador, y es por ello que el desafío implica desarrollar mecanismos de protección desde la magistratura constitucional para superar las omisiones inconstitucionales legislativitas, sean estas relativas o absolutas y las consecuencias lesivas que conlleva la inactividad del Legislador.

Si bien en la Constitución de Colombia no existe una norma que consagre expresamente una acción directa de inconstitucionalidad por omisión, si es dable legitimar dentro de las competencias de la Corte Constitucional, como órgano de cierre de la jurisdicción constitucional, la corrección de las omisiones legislativas inconstitucionales, para salvaguardar o restablecer la supremacía constitucional, amenazada por las lesionadas provenientes de la omisión o inacción del Legislador.

Desde nuestra perspectiva la ausencia de una eficaz labor legislativa se constituye en una clara violación a la norma constitucional, razón que lleva a analizar a través del estudio de las soluciones adoptadas por los diferentes ordenamientos, los fundamentos sobre los cuáles se debe cimentar el control de constitucionalidad de las omisiones legislativas en Colombia, dando apertura al debate, aportando puntos de referencia que permitan desde la perspectiva constitucional proponer dispositivos para superar las consecuencias lesivas que surgen de la inactividad del Legislador, haciendo viable la vigencia real de la Constitución y la consolidación del Estado Constitucional.

I. Argumento central de la investigación

Este texto es producto de una investigación cuyo propósito es abordar diferentes elementos analíticos, en el ámbito del derecho, para dar respuesta al problema relacionado con la ausencia en el ordenamiento jurídico colombiano, de instrumentos que permitan corregir las omisiones legislativas inconstitucionales y que dispongan al poder legislativo a actuar en su propia función garantizando la efectividad y aplicabilidad de la Constitución. De este modo, y dado que la inacción del legislador no permite que se cumplan con mandatos constitucionales de obligatorio

desarrollo y, en consecuencia, se vulnere la exigibilidad y la eficacia plena de estos, ¿es factible articular, en el ordenamiento constitucional colombiano, un mecanismo procesal que permita el control de las omisiones inconstitucionales? En otros términos, con la investigación se intenta demostrar cómo la corrección de las omisiones legislativas inconstitucionales es factible con la articulación de la acción de inconstitucionalidad por omisión en el sistema jurídico colombiano. Este instrumento daría cabida a la preservación de la supremacía de la Constitución y, consecuentemente, se justifica porque garantizaría y protegería los derechos e intereses de los ciudadanos que resultan lesionados por la inercia del legislativo.

La proposición formulada supone diversos problemas constitutivos; entre estos, el de determinar si la omisión legislativa inconstitucional altera el contenido normativo de la Constitución, el establecer qué efectos en el orden jurídico colombiano tiene la omisión legislativa, y si esta puede ser considerada como una falta del Legislador proyectada como falta del Estado. Para esto, se debe observar cómo se ha enfocado el control de las omisiones inconstitucionales en los ordenamientos legales y cómo ha sido el tratamiento dado por la Corte Constitucional, como órgano encargado de garantizar la supremacía de la Constitución Política.

Para responder a la pregunta de la investigación se parte de la hipótesis según la cual la acción de inconstitucionalidad por omisión permitiría subsanar las omisiones legislativas inconstitucionales, lo que daría lugar a que la voluntad del Constituyente tenga plena realización y se logre la efectividad total de los preceptos constitucionales. Esto está estrechamente ligado a la garantía de la supremacía de la Constitución, la defensa de los derechos y libertades fundamentales, a la aplicación de los principios y valores constitucionales.

El instituto de la acción de inconstitucionalidad por omisión, utilizado en varios sistemas jurídicos para sanear la omisión legislativa inconstitucional, instrumento procesal de salvaguardia

del derecho a la legislación oportuna, es el mecanismo idóneo que permite subsanar en forma definitiva el silencio del Legislador, causante de las agresiones a los derechos constitucionalmente protegidos. La declaración de la vulneración de una concreta obligación de desarrollo de una norma constitucional dada por el órgano de control constitucional, permitiría activar los derechos que el mismo ordenamiento constitucional consagra a favor de todas las personas y que se pueden ver vulnerados cuando el Legislador no cumple su obligación de desarrollo posterior.

El objetivo general de la investigación es entonces demostrar que el control sobre las omisiones legislativas inconstitucionales provenientes de la vulneración de una concreta obligación de desarrollo de un mandato constitucional es factible, a través de la acción de inconstitucionalidad por omisión, que permitirá que el órgano competente las corrija, y favorezca la realización de la Constitución y haga efectivos los derechos y garantías constitucionales. Este objetivo general se desarrolla a través de objetivos particulares de la pesquisa científica, que son:

i. Analizar la presencia en los ordenamientos constitucionales de cierto tipo de normas –*encargos del legislador*– que exigen un concreto desarrollo legislativo y la conexión directa entre el encargo constitucional y la obligación de legislar que justifican la introducción en los ordenamientos jurídicos de mecanismos que permitan la corrección de las omisiones inconstitucionales.

ii. El examen de las soluciones que ofrece el derecho comparado, los aportes jurisprudenciales y doctrinales que describen la creciente preocupación por hacer aplicable en la práctica mecanismos para subsanar las omisiones inconstitucionales, que serían útiles en países que como Colombia carecen de normas legales o constitucionales que institucionalicen la inconstitucionalidad por omisión

iii. Analizar la superación que se ha dado de los estereotipos del control de constitucionalidad y la fuerte apuesta en crear mecanismos que permitan garantizar la supremacía y carácter normativo de la Constitución

iv. Describir los elementos relevantes de la acción de inconstitucionalidad por omisión, y de su admisión por parte de los órganos de justicia constitucional.

v. Identificar las tesis que propugnan por la imposibilidad de control de las omisiones legislativas, con fundamento en la autonomía del Legislador que impiden su control jurídico y las que viabilizan el control jurídico de las omisiones a partir del reconocimiento de la supremacía de la Constitución y su fuerza vinculante dentro del ordenamiento jurídico.

vi. Identificar cómo el tratamiento dado en los ordenamientos jurídicos a las omisiones inconstitucionales, ha sido través de la incorporación de la acción de inconstitucionalidad por omisión en los textos constitucionales o legales y por vía de sentencias moduladas de los tribunales constitucionales. Analizar la posición de la Corte Constitucional Colombiana frente al tema de las omisiones legislativas inconstitucionales.

vii. Analizar los supuestos normativos y jurisprudenciales, así como los aportes de la doctrina extranjera sobre la omisión legislativa inconstitucional como fuente de responsabilidad del Estado.

Para el logro de los objetivos, esta investigación se desarrolla en el paradigma de la investigación cualitativo-interpretativa, que corresponde a la teoría fundamentada o a la construcción de una hipótesis interpretativa del fenómeno a partir del análisis de los textos que realizan la mediación de este, sea como problema o como las diferentes respuestas que se han planteado al mismo. En este orden de ideas, se procedió al análisis de textos siguiendo el esquema propuesto por Paul

Ricoeur (1986, p. 151) para el arco hermenéutico, y que consiste en el estudio material del texto y luego, la apropiación de los aportes de este para comprender y proponer intelecciones al problema específico de la investigación. En otros términos, los textos se analizan en su organización interna para, a partir de la comprensión de ellos, determinar qué aportan, desde el discurso jurídico especializado, al problema de la omisión legislativa, especialmente en la sociedad colombiana.

El análisis de los textos, en este arco hermenéutico, se organiza así: primero se abordan los textos teóricos sobre el problema de la omisión legislativa en ámbitos sociopolíticos regidos por sistemas constitucionales; luego se hace el análisis de los textos que constituyen la respuesta de la Corte Constitucional colombiana ante las omisiones del legislador, donde se encuentran algunas posturas y decisiones que se reflejan en casos puntuales. En tercer lugar, y consecuentemente, se analizan textos relacionados y canónicos, en la línea jurisprudencial del asunto, producidos en Colombia y, de ahí, se pasa a los textos que operan como referentes en algunos sistemas jurídicos extranjeros. De estos análisis se obtienen conclusiones parciales que se presentan en cada uno de los capítulos que expresan esta secuencia analítica. Finalmente, de toda esta labor se produce una propuesta de respuesta para el sistema jurídico colombiano ante el problema de la omisión legislativa inconstitucional.

Se parte del modo de intelección por parte de actores sociales, específicamente del ámbito de la reflexión y toma de decisiones jurídicas, dado que para ellos el fenómeno es pertinente, significativo y constitutivo del modo de ser y de hacer en el orden de la vida social de los entornos socioculturales específicos, donde las representaciones sociales juegan papel determinante en la toma de decisiones y en la acción. Así, la investigación se enmarca en un proceso comparativo y analítico de las cualidades de los datos (textos jurídicos producidos por diferentes actores socia-

les del ámbito de la teoría y la toma de decisiones) para determinar los fundamentos de la significación de tales productos discursivos y las consecuencias de ellos en el seno de las prácticas intersubjetivas, de modo que el proceso conduce a la formulación de una teoría más que a la verificación de una teoría pre-existente (Ruiz de Olabuenaga, 1996, p. 57). En la investigación cualitativa, esta orientación metodológica específica es la teoría fundamentada (Strauss, Corbin, 2015), cuyo procedimiento es el tratamiento hermenéutico de los datos (textos o enunciados considerados como productos del acto de discurrir de los actores sociales).

Este horizonte investigativo es pertinente para el problema formulado en el ámbito jurídico porque si bien toda investigación social y humanística comienza con la formulación problema, este se concibe desde un horizonte en el cual se entiende la realidad social y en el cual se demarcan las percepciones, imágenes sociales, actitudes y actuaciones que tiene un cierto grupo social, o los miembros de una comunidad científica, frente a los problemas que se plantea como derroteros de indagación rigurosa. En el caso del derecho y del ámbito jurídico, los problemas se comprenden y resuelven a partir de percepciones y construcciones cognitivas que están definidas en el orden discursivo jurídico, pero también en el análisis de las consecuencias de tales construcciones teóricas que fundamentan la toma de decisiones en la vida social.

En otros términos, en el caso de la investigación jurídica, la definición del problema y la formulación de hipótesis tienen posibilidades de respuestas dadas por el mismo ordenamiento jurídico que se investiga, donde los textos establecen los paradigmas (horizontes teóricos de la intelección de los problemas) y los procedimientos analíticos para la validación de la teoría, sea frente a otras teorías fundamentadas o frente a las evidencias (datos) provenientes del mundo práctico. Esto hace que los datos que se traten sean descritos y comprendidos para establecer cómo ellos proporcionan los fundamentos de la interpretación jurídica y cómo esta tiene las con-

secuencias en la intelección jurídica y en la acción social. Es por esta razón que la investigación jurídica tiene un fundamento y despliegue hermenéutico que consiste en comprender cómo se llega a la toma de decisiones y cómo estas se comprenden a partir de las condiciones de interpretación de los discursos jurídicos que las expresan.

Como es sabido, existe la defensa y la crítica de la idea de la cientificidad del derecho o de la existencia de una ciencia jurídica. Por un lado, como sostiene Carlos Manuel Villabella Armengol (2009), están quienes niegan la connotación científica del derecho y de todos los saberes sociales por el carácter presuntamente subjetivo de estos (postura que niega la objetividad como constructo intersubjetivo en el marco de las comunidades científicas de las ciencias sociales y humanas). Esta negación incluye el rechazo de la pertinencia científica de los objetos de estudio, la casi imposibilidad de tratar los problemas con métodos demostrativos de la veracidad (preferiblemente cuantitativa) de los resultados y la falta de exactitud de la episteme del derecho (Kirchmann, 1950, 51). Pero, por otra parte, están quienes, alejados de la postura extrema del positivismo empírico, defienden que el derecho sí posee condiciones de cientificidad, a pesar de las condiciones complejas y heterogéneas en que se desarrolla la investigación para producir los nuevos conocimientos.

Entre ambas posturas debe precisarse que es difícil que la investigación en el ámbito jurídico remueva los marcos conceptuales existentes pues estos mismos referentes condicionan la definición y comprensión de los problemas desde el ámbito jurídico. No obstante, sí es dable que la investigación de fenómenos específicos contribuya a perfilar y a mejorar los modelos de análisis sobre los que se basa la disciplina y, consecuentemente, se renueven los fundamentos metodológicos para el desarrollo del rigor en el ámbito del derecho y las ciencias políticas (Bueno, 1995, p. 88). Esta perspectiva parece ser más conciliadora que aquella según la cual el saber jurídico es

una dogmática que se asume *a priori*, con un fin práctico y que no está sujeta a comprobación o demostración (Koschaker, 1955, p. 302), pero cuyo constructo sí puede ser dinamizado y enriquecido o transformado con la investigación de problemas generales y particulares de un ordenamiento jurídico específica, de la comparación de este con otros o de la comprensión de las estructuras más generales de la dimensión jurídica de la convivencia humana.

En cualquier caso, en este trabajo, específicamente, se opta por considerar que sí hay un modo de investigar cualitativo-interpretativo en el ámbito del derecho y que el método debe buscar triangular los contenidos de los datos y de las interpretaciones, al menos, en un procesamiento hermenéutico de datos, lo que incide en la dinamización de la práctica jurídica, pues la investigación identifica problemas y posibilidades de solución que se requieren por ser asuntos de regulación de la vida práctica de los seres humanos. Así, esta exposición de la metodología se impone como necesidad de las investigaciones doctorales en el ámbito jurídico y del derecho por cuanto está demostrado que, a pesar del gran volumen de los productos publicados de investigaciones desarrolladas por los juristas, poco explicitan las metodologías utilizadas en las mismas, alguna o algunas metodologías usadas por ellos para lograr sus fines investigativos, en lo que coinciden diversos autores, como Lopera (2009, p. 151-180) y Betancourt-Serna (2007).

De esto se desprende la necesidad de incluir la manera como se llegó a los hallazgos que se presentan a la comunidad académica, de modo que el proceso metodológico científico del quehacer del jurista quede explicitado y sujeto a procesos de cualificación y confrontación permanentes. A este tenor, esta argumentación trata de sostener la rigurosidad del desarrollo de la tesis doctoral sobre el principio del modo en que se resolvieron las incertidumbres, lo que permite al lector evaluar la validez de la investigación desde la comprensión del camino que esta ha recorrido (Lopera, 2009, p. 151-180). Vale la pena resaltar que el procedimiento metodológico

en el ámbito del derecho no es unívoco ni puro, sino que se nutre de diferentes alternativas ofrecidas por el paradigma de la investigación cualitativa y los diferentes procesos de reflexión que, en este caso, están subordinados a un proceso de análisis hermenéutico de los datos.

Así, el problema de investigación jurídico fue asumido en esta investigación con el siguiente procedimiento metodológico:

a. Se estableció el problema de investigación considerando si determinada situación o hecho se puede relacionar con una categoría más general en un ordenamiento jurídico. Esta categoría puede incluir el hecho inicial o las ocurrencias del mismo tipo de caso. Así, el estudio de evidencias discursivas y de fallos de la Corte Constitucional contribuyen, como datos proveídos por el mismo ordenamiento jurídico, a definir un problema de investigación cuya respuesta está dada por un acopio sistemático de datos pertinentes que deben ser analizados metódicamente; para el caso se trata de establecer si las presuntas ocurrencias de la omisión legislativa tienen cabida, teórica y pragmáticamente, como una forma de incumplimiento a través de sus sujetos legisladores determinados constitucionalmente.
b. Ya definido el fenómeno cuya juridicidad se busca demostrar, se buscaron las fuentes y normas jurídicas que se refieren al fenómeno problematizado para comprenderlo en su esquema más general, polemizarlo con diferentes posturas del edificio conceptual del ámbito jurídico y, luego, interpretarlo con un procedimiento organizado que permita la validación o falsación de una hipótesis interpretativa, frente a la cual los discursos operan como árbitros de la interpretación misma. Esta labor es la base del procedimiento de análisis hermenéutico.

c. La hermenéutica o análisis de los datos recogidos sobre la premisa del círculo de entendimiento que está dado por las condiciones de interpretación discursiva dadas por el ámbito jurídico que se configura discursivamente. En el ámbito del derecho, puede entenderse que sobre la hermenéutica gravita una articulación del método exegético, sistemático y enmarcado en las condiciones socio-históricas de definición y análisis del problema, por lo que este método se encamina a hallar contradicciones, faltas, omisiones en el sistema jurídico.

   Este procedimiento consiste en el planteamiento de la duda o pregunta relacionadas con el problema y su naturaleza (sospecha ideológica, análisis de prejuicios o de presupuestos), lo que implica, por una parte, el estudio de texto donde el problema se configura o es manifestado y la producción de textos donde se plantea el problema con sus diferentes elementos condicionantes en el ámbito jurídico colombiano y en la teoría general del derecho.

d. Análisis de los textos a partir de la organización interna de los mismos y a la manera en que estos construyen representaciones del problema. El análisis procede por:

   - la identificación de elementos figurativos del discurso que identifican y plantean el problema (por ejemplo, nomenclaturas correspondientes a doctrinas, nombres de procedimientos y términos asociados a estos y que contienen carga axiológica o de carácter categorial, etc.);
   - identificación y categorización de los conceptos, juicios, imaginarios y percepciones que los mismos textos particulares proporcionan para racionalizar el problema o darle un sentido en el ámbito en que tiene lugar y en que es interpretable; estos conceptos o construcciones cognitivas (independientemente del nivel de racionalidad) res-

ponden a la dogmática del derecho y a las posiciones de los textos frente a esta; por ejemplo, la distinción entre la omisión absoluta de la relativa con relación a la responsabilidad del legislador, el condicionamiento temporal de la inconstitucionalidad, etc.;

- análisis de casos o de narración de casos específicos, en los textos jurídicos analizados, de la presunta omisión del legislador que vulnera el orden constitucional); estas narraciones se conectan con las figuras discursivas (términos del lenguaje jurídico que configura o hace visible, lingüísticamente, al problema o fenómeno investigado) y las teorías que se encuentran sobre el problema;
- relación de las figuras del discurso, de las narraciones y de los conceptos con el sistema axiológico dominante en el discurso jurídico que trata o envuelve al problema.

e. La discusión de los resultados del análisis y la elaboración de conclusiones con la apertura, natural, de futuros horizontes de investigación del fenómeno tratado.

Este procedimiento hermenéutico tiene bases filosóficas en la fenomenología, el interaccionismo simbólico, la etnometodología, en la diversidad de trabajos entre los que cuentan los aportes de Wilhelm Dilthey, Edmund Husserl, Alfred Schütz, Max Weber, Paul Ricoeur, etc. (Restrepo Gómez, 2003, p. 195), quienes coinciden en que la verdad no es un asunto objetivo y concreto sino un constructo representacional que se produce en las interacciones dialógicas que arrojan configuraciones de significado que orientan la acción, según las particularidades de los entornos socioculturales. Debe admitirse, además, que en el análisis de los datos acopiados (considerados muestras pertinentes y significativas del corpus correspondiente al orden jurídico colombiano), fueron tratados para obtener una teoría fundamentada del asunto. Esto consiste en que se emplea la inducción analítica para verificar teorías y proposiciones a partir de datos cuali-

tativos (Taylor & Bogdan, 1997, p. 156) y, con los resultados, para descubren las *teorías*, conceptos, hipótesis y proposiciones partiendo directamente de los datos [cualitativos], y no de supuestos *a priori*, de otras investigaciones o de marcos teóricos existentes.

II. Justificación y aportes del trabajo

En sistema jurídico colombiano, el control constitucionalidad opera sobre las leyes y no sobre ausencias de regulación; ello por la idea de que el Legislador es el único órgano constitucionalmente competente para crear el derecho, considerándose cualquier intromisión del órgano constitucional como abrogador de las funciones del poder legislativo, lo que puede ser el motivo de la poca atención que la doctrina le ha dado el tema.

A partir de la Carta de 1991 se creó la Corte Constitucional como órgano encargado de velar por la supremacía jerárquica la de la Carta, hecho que cerró un período de amplias discusiones doctrinales y jurisprudenciales que databa del siglo pasado, y donde básicamente la discusión se centraba en si entregar funciones al órgano de control constitucional -en el momento, en cabeza de la Corte Suprema de Justicia- podría ser fuente de rompimiento del equilibrio de poderes, ello siguiendo la noción enraizada en nuestro medio desde el siglo XIX, en el que se le daba toda la supremacía al imperio de la ley y donde los jueces eran simples instrumentos en la subsunción en el supuesto de la norma.

A la Corte Constitucional se le otorgó la responsabilidad de mantener la integridad y supremacía de la Constitución, de donde resulta que sus decisiones se constituyen en fuente de derecho, cuando a través de sus competencias constitucionales establece interpretaciones vinculantes de los preceptos de la Carta, quedando plasmado expresamente por el Constituyente de 1991,

como así lo indica Diego López Medina (1999), "la Constitución es norma de normas; pero no catalogada como cualquier norma ordinaria, su supremacía no es una mera jerarquía formal sino que es la misma esencia del ordenamiento jurídico" (p. 123). El constitucionalismo colombiano y los aportes doctrinales a partir de la Carta de 1991 reconocen el papel protagónico de la Corte Constitucional en la realización de la Carta, con un papel mucho más activo y comprometido con la realización efectiva de los mandatos constitucionales, dejando de lado el criterio de soberanía del Legislador, la excluyente y exclusiva capacidad normativa del Congreso, dando lugar a sentencias con importantes elementos dispositivos.

Pese al activo y comprometido esfuerzo con la realización real de la Carta Constitucional, el control se ha mantenido dirigido a un contenido normativo, siendo muy insipiente el conocimiento de la inconstitucionalidad por omisión, con poco desarrollo jurisprudencial, escazas posiciones doctrinales y nulos los avances normativos en nuestro sistema, ello hace que el tema abordado sea inexplorado en nuestro medio, novedoso y carente de una construcción teórica sólida.

El derecho comparado ofrece material de análisis sobre las omisiones inconstitucionales, aportes que han servido de apoyo a la investigación aquí propuesta. Se hará un análisis de ejemplos de sistemas jurídicos en los que se ha previsto expresamente la acción de la inconstitucionalidad por omisión, que nos permitirá ilustrarnos sobre su regulación, la posición de la doctrina jurisprudencial, para sustentar la viabilidad de articular en el ordenamiento colombiano la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa, atribuyéndole a la Corte Constitucional colombiana la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las omisiones cuando el Legislador haya dejado de dictar normas o las haya expedido en forma incompleta, esto es, cuando se presente omisión legislativa relativa o absoluta, considerada como una ilicitud.

La defensa de la Constitución supone que la jurisdicción constitucional cuente con mecanismos que sirvan para atacar los problemas que conlleva el silencio del legislador, garantía específica que sería la de instituir el mecanismo procesal de la acción de inconstitucionalidad por omisión en cabeza del órgano de control constitucional; es por ello conveniente la consagración constitucional del instrumento que le permita a la Corte Constitucional, como órgano encargado de velar por la integridad de la Constitución, asumir la competencia frente a las omisiones relativas y absolutas; con lo cual el órgano de control no solo estaría amparado por la supremacía de la Carta y la fuerza normativa interpretativa , sino también con su propia competencia, como deber consagrado constitucionalmente. El órgano de control constitucional expulsaría, de este modo, las normas que contradicen los preceptos constitucionales del ordenamiento jurídico, al comprobar si se ha producido o no el desarrollo exigido por el texto constitucional, y exigiría la eficacia plena del texto constitucional.

La finalidad del instituto de la inconstitucionalidad por omisión es que la voluntad del constituyente se realice plenamente, y ello conlleva a que en los Estados constitucionalistas se deba admitir la figura en aras de garantizar los derechos fundamentales. Con la regulación del instituto de inconstitucionalidad por omisión se reconocería la inconstitucionalidad de la omisión legislativa abriendo la vía jurídica para que procedan las reclamaciones al Estado por los perjuicios causados con la inactividad del Legislador.

Con esta temática que intentamos abordar, dejaremos planteados algunos aspectos relacionados con la inconstitucionalidad por omisión, aportando así a hacer mucho más visible el tema y abrir un debate doctrinal y jurisprudencial, ya que es un tema en el que no ha existido la suficiente preocupación ni el interés debido para corregir.

III. Estructura y contenido de la investigación

a. Breves aclaraciones

El producto del proceso de investigación que se expone en este texto se estructura en tres títulos, seis capítulos, además de la introducción que los precede y de las conclusiones del trabajo. Según la extensión de cada tema que se aborde, cada capítulo contendrá los subcapítulos necesarios para presentar la exposición. A lo largo del texto, cuando aparezcan párrafos o palabra en *cursiva*, obedecerá a la intención personal del autor de resaltar algunos contenidos o ideas que se consideran como ejes centrales de la investigación.

Más allá de la conclusión final del trabajo de investigación que aparecerá luego de la culminación del cuerpo del trabajo, en el desarrollo del texto, como aporte metodológico, se expondrá en cada capítulo la recapitulación del tema, destacando los principales aspectos tratados, con el fin de resaltar la conexión lógica entre los temas desarrollados en los capítulos que estructuran la investigación.

b. Cuerpo del trabajo

La tesis está organizada en la siguiente secuencia expositiva que, a modo de macro-regla de la producción e inteligilidad textual, corresponde a la superestructura del informe de investigación doctoral y comprende las siguientes partes:

Introducción. Este segmento contiene los elementos introductorios y de contextualización del tema que pretendemos desarrollar, así como la formulación de los planteamientos teóricos en torno al problema central de la investigación. Además de puntualizar sobre los aspectos formales

de la investigación y los presupuestos metodológicos para su estudio, se señalarán los principales aportes del trabajo y las líneas temáticas que se abordarán en el desarrollo del trabajo.

Título primero. Dividido en dos capítulos, que contendrán el examen de aspectos relevantes del Estado Constitucional que se relacionan con la inconstitucionalidad por omisión; y el enfoque de diversos aspectos, características, modalidades y problemas relativos a la inconstitucionalidad de la omisión legislativa, que se constituyen en insumos para el desarrollo de posteriores argumentos.

En primer lugar, recorreremos aspectos teóricos relacionados con la supremacía de la Constitución como pilar del Estado Constitucional, su vigor normativo como norma suprema del Estado y a la vinculación de los órganos del poder para lograr la efectividad de sus mandatos. En igual sentido analizaremos la tensión existente entre el carácter supremo y normativo de la Constitución y la libertad de configuración que tiene el Legislador frente a la concreción en el desarrollo de mandatos constitucionales. Se expondrá, para entender el entorno conceptual y sociocultural y jurídico de la omisión legislativa inconstitucional, en qué consiste la libertad de configuración del Legislador y cómo esta tarea tiene límites en los ordenamientos jurídicos, introduciéndonos en la discusión el problema de las competencias del Legislador y sus obligaciones de darles cumplimiento a los mandatos constitucionales.

Analizaremos la presencia de cierto tipo de normas contenidas en la Constitución: los *mandatos al legislador*, que exigen una concreta intervención ulterior del legislador para lograr su plena eficacia; normas que se relacionan directamente con la omisión legislativa inconstitucional.

Dada la necesidad de comprensión hermenéutica del discurso propuesto de la omisión legislativa, haremos un perfil conceptual del término *omisión legislativa inconstitucional*, corrientes doctrinarias, alcances y presupuestos para que se configure. Se estudiará a la tipología de las

omisiones legislativas propuesta por el tratadista alemán Wessel: omisiones absolutas y omisiones legislativas relativas, correspondiendo la primera a los "silencios del legislador" y las segundas a "silencios de la ley", ambas generadoras de situaciones contrarias a la Constitución. A continuación se señalará la incidencia que conlleva la inacción del Legislador frente a derechos cuya intervención y desarrollo es necesaria para lograr su efectividad y protección. Aludiremos al sustento legal y jurisprudencial que explica cómo la falta a las obligaciones constitucionales por parte del Legislador en ejercicio de su función principal, se constituye en una falla generadora de responsabilidad, que se sustenta en el deber del Estado de garantizar la realización de mandatos constitucionales.

El contenido de este título nos servirá de base para el estudio de otros aspectos ligados estrechamente a la inconstitucionalidad por omisión, como son los diferentes instrumentos jurídicos utilizados por los órganos de cierre constitucional para subsanar y para llamar la atención sobre las omisiones inconstitucionales; cuestiones que retomaremos en el siguiente título.

Título segundo. Continuaremos el esquema de la exposición abordando una temática discutida en el ámbito de las competencias de los órganos de cierre constitucional y del Congreso: la modulación de los efectos de las sentencias constitucionales. Examinaremos si estas técnicas se constituyen en soluciones que permiten superar las dificultades que conlleva el control de las omisiones legislativas cuando no se tiene prevista en forma expresa la acción de inconstitucionalidad por omisión.

Así entraremos a analizar la temática referida a las sentencias atípicas o intermedias como soluciones propuestas que suponen la reparación inmediata de las omisiones legislativas relativas: *sentencias de constitucionalidad interpretativa o de interpretación conforme a la Constitución,* y *las sentencias aditivas.* De otra parte, se expondrán las soluciones que conllevan la nece-

sidad de colaboración entre el órgano de control constitucional y el Legislador, respetando la libertad de configuración legislativa: *sentencias que imparten recomendaciones al Legislador para redactar una nueva legislación adecuada a la Constitución, las que dimensionan sus efectos hacia el futuro, como sentencias que declaran la inconstitucionalidad temporal o inexequibilidad diferida,* y *los exhortos constitucionales.* Haremos referencia a los casos en los que la Corte Constitucional ha aplicado las sentencias moduladas cuando se presenta la omisión inconstitucional.

El anterior análisis nos permitirá determinar si son soluciones suficientes para subsanar la omisión legislativa inconstitucional, o si es necesario estudiar otros mecanismos que garanticen el efectivo cumplimiento de los mandatos constitucionales y permitan la corrección de los silencios inconstitucionales del Legislador.

Título tercero. Los dos capítulos estarán dedicados el estudio de la *acción de inconstitucionalidad por acción* como mecanismo procesal que permite fiscalizar y corregir las omisiones inconstitucionales por los órganos de control constitucional.

En el primer capítulo abordaremos el examen de la omisión inconstitucional como objeto de control jurídico de los silencios del Legislador, las concepciones doctrinarias y el objeto sobre el cual se proyecta el control constitucional. Ello nos permitirá abordar las experiencias que en materia de inconstitucionalidad por omisión exhibe el Derecho Comparado.

Haremos a continuación el recorrido por la *praxis* de los Estados de Europa y Latinoamérica que han implementado expresamente la acción de inconstitucionalidad por omisión en sus ordenamientos constitucionales nacionales, enfocándonos en el estudio de la ex república socialista de Yugoslavia, Portugal y Hungría en el contexto europeo. Seguidamente analizaremos los supuestos de Brasil, Ecuador y Venezuela en el contexto latinoamericano.

Luego revisaremos las provisiones constitucionales subnacionales, en algunas entidades federativas, caso especial de las Provincias de Rio Negro en Argentina, Veracruz, Tlaxcala y Chiapas en México. Por último, analizaremos los espacios jurídicos en los que se ha instrumentado la acción de inconstitucionalidad por omisión por vía legal, particularmente en Costa Rica y República Dominicana.

El segundo capítulo del Título, lo dedicaremos a presentar la propuesta de implementación de la *acción de inconstitucionalidad por la omisión* en el ordenamiento constitucional colombiano como mecanismo que permite corregir las omisiones legislativas inconstitucionales.

Previo a ello, haremos especial referencia a los argumentos aducidos por la Corte Constitucional colombiana para justificar su incompetencia para conocer las omisiones legislativas inconstitucionales absolutas: la libertad de configuración legislativa y la ausencia de una base constitucional o legal que permita sustentar la procedibilidad del control de constitucionalidad de las omisiones legislativas.

En este sentido intentaremos reflexionar en torno al principio de Supremacía de la Constitución como fundamento del control de constitucionalidad de las omisiones legislativas, de la obligación que le asiste al órgano de control constitucional de velar por la vigencia e integridad de la Carta Fundamental y sancionar las vulneraciones contra ella, y la necesidad de contar con un mecanismo procesal de orden constitucional que la permita remediar la omisión inconstitucional.

Con los anteriores argumentos, abordaremos el estudio de la *acción de inconstitucionalidad por omisión*, como mecanismo procesal específico que permite ejercer el control de las omisiones inconstitucionales, y con ello mitigar los efectos producidos por las omisiones inconstitucio-

nales y promover a través del órgano de control constitucional la actuación del Legislador para que cumpla con los mandatos de la Ley Fundamental.

En el recorrido, nos enfocaremos en el análisis de los componentes conceptuales del instituto, los presupuestos que lo habilitan para ser incorporado junto a los demás medios constitucionales de control y los argumentos de defensa y objeción provenientes de distintos sectores de la doctrina.

Así, admitida la viabilidad de corrección de las omisiones legislativas inconstitucionales, plantearemos la propuesta de incluir y regular la *acción de inconstitucionalidad por omisión*, mecanismo dispuesto en la Constitución Política en cabeza de la Corte Constitucional como garantía para corregir las omisiones inconstitucionales absolutas o relativas del Legislador, destacando sus notas características y requisitos de procedencia.

Como epílogo de la investigación, se expondrán las apreciaciones conclusivas más generales, que de manera más particular se han expuesto al final de cada capítulo, y que están fundadas en las hipótesis propuestas debidamente sustentadas y argumentadas para crear un piso de rigurosidad y validez de la investigación.

TITULO I

LA FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN Y LA OMISIÓN LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL

IMPORTANCIA TEÓRICA

La Constitución, norma fundamental del sistema jurídico vigente del Estado y de la cual derivan su validez las demás normas positivas, fija la orientación filosófica de los agentes de poder. De su carácter prevalente, se desprende que no pueda quedarse en un simple enunciado programático de disposiciones no realizables, siendo, por el contrario, un conjunto de normas que deben transcender como mandato soberano e imponer a los detentadores del poder el cumplimiento de los deberes hacia la sociedad, que pueden ser exigidos a través de diferentes mecanismos que la misma Constitución señala.

La Constitución Política consagra principios, valores y derechos de los ciudadanos. Valores constitucionales que establecen fines dirigidos al Legislador, órgano que tiene a su cargo establecer su delimitación a través de leyes; principios que son pautas de interpretación obligatoria por ser parte del ordenamiento constitucional por estar dotados de fuerza normativa (Díaz Revorio (2004, p. 21). Igualmente, la Constitución contiene que, para lograr su plena eficacia, deben ser objeto de desarrollo posterior por parte del legislador: los llamados *encargos al legislador*. Son normas incompletas que requieren de actuación posterior del Poder Legislativo para que cobren eficacia plena. Si esta intervención o se da, se produce el silencio del legislador u omisión legislativa.

El Poder Legislativo en el Estado Constitucional tiene la legitimidad de llevar a cabo el desarrollo de las normas constitucionales, dado que es el órgano elegido por el pueblo y como tal ejerce la soberanía que le otorga al momento de legislar. El encargo que el ordenamiento constitucional hace al legislador debe materializarse efectivamente a través de una ley, si guarda silencio u omite su obligación de desarrollar los preceptos constitucionales, impide que la Norma Fundamental cumpla sus cometidos, perjudicando la fuerza normativa de la Constitución.

Si bien el Legislador goza de una amplia configuración legislativa, dicha libertad no lo justifica para diferir su obligación concreta de legislar sobre una determinada materia. La libertad del Legislador para Fernández (1998, p. 154), no se relaciona a si actúa o no, su libertad se da dentro de la razonabilidad de determinar el momento de intervenir dado que la norma señala un preciso momento para hacerlo.

La omisión legislativa desconoce el deber que tiene el Legislador de concretar el desarrollo legal de mandatos constitucionales y en muchos casos de principios y valores constitucionales desconociéndose la supremacía de la Constitución. La Constitución como lo señala el profesor Víctor Bazán puede "recibir agresiones activas u omisivas, es decir, es susceptible de la vulneración por acción o por omisión" (2014, p. 21).

La omisión o inactividad del poder legislativo frente a claros mandatos constitucionales produce efectos contrarios a la Constitución, configurándose así *la omisión legislativa inconstitucional* que puede resultar lesiva y causar prejuicios que deben ser reparados. El Legislador al omitir un mandato constitucional, incurre en una falta de gran entidad: incumplimiento de un deber u obligación constitucional, predicándose su responsabilidad por funcionamiento anormal al consolidarse el daño que debe reparar.

Si el Legislador guarda silencio, omite la obligación de darle desarrollo legal a estos postulados constitucionales, ese silencio debe suplirse por parte de otro órgano del poder público, a fin de lograr que la norma constitucional cumpla su destino como norma jurídica suprema. Frente a la inactividad del Legislador entraría el órgano de control constitucional a materializar y hacer efectivos los principios y valores constitucionales, así como los derechos de los ciudadanos y a subsanar el vacío dejado por el legislador, salvaguardando con ello el fin de la Constitución: ser cumplida y aplicada. Como lo señala Sarmiento (2010, p. 25) la vinculatoriedad del ordena-

miento constitucional, obliga al operador judicial a concretar soluciones judiciales y procesales que realicen en forma efectiva los derechos consagrados en la Carta.

Expuesto lo anterior, en el primer capítulo que compone el título entraremos a analizar el carácter normativo y supremo de la Constitución, los presupuestos para que configure la omisión legislativa inconstitucional que se presenta frente a normas constitucionales cuyo desarrollo requiere la intervención del Legislador para lograr su eficacia plena; la admisión en los ordenamientos jurídicos de la teoría de la omisión legislativa bajo el argumento de que la Constitución puede ser vulnerada por medio de la acción del legislador como por vía de omisión legislativa. Pasaremos al segundo capítulo entraremos a analizar de la mano del tratadista alemán Wessel quien propuso la clasificación de las omisiones legislativas en absolutas y relativas, los tipos de omisión y cómo la falta de actuación del Legislador conlleva el recorte o desconocimiento de los derechos amparados constitucionalmente con consecuencias dañosas para los asociados y reparadoras para el Estado Legislador. Previamente expondremos la tensión existente entre la libertad de configuración legislativa y la intervención del juez constitucional para hacer efectivos los mandatos constitucionales, y la doctrina de la inconstitucionalidad por omisión, que se constituye en un mecanismo útil para darle fluidez a las normas, principios y valores constitucionales.

CAPITULO I. TENSIONES VALORATIVAS ENTRE EL CARÁCTER NORMATIVO Y SUPREMO DE LA CONSTITUCIÓN Y LA LIBERTAD DE CONFIGURACIÓN LEGISLATIVA

A manera de partida enmarcaremos el concepto de Constitución como norma fundamental del Estado y del principio que les es propio, el de la supremacía. El carácter fundamental de la Constitución como concepto jurídico, aparece en Francia como norma absolutamente inviolable y como principio constitucional *de le plus grand, le plus noble et le plus splendide royaume de la terre* (Church, 1941, p. 81). Hacia el siglo XX, el austriaco Hans Kelsen reconstruye la teoría del derecho despojándola de toda ideología política donde la norma fundamental es la fuente común de validez del sistema jurídico, condición lógica de unidad del ordenamiento, reguladora del orden social y de la conducta de los individuos, que ha de realizarse a través de la compulsión del poder del Estado (1998, p 138). Para Kelsen (1998, p 140), la Constitución es una norma jurídica, y no cualquiera, sino la primera entre todas, *lex superior*, donde se estipulan los valores superiores de un ordenamiento y desde esa primacía es capaz de exigir cuentas, de establecerse como el parámetro de validez de todas las demás normas jurídicas del sistema. La Ley Fundamental como norma jurídica resulta exigible ante los jueces y vinculante tanto para los ciudadanos como para los gobernantes.

Trascendiendo del ámbito político, la Constitución deviene de una norma jurídica, antecede la Ley, consigna las garantías del ciudadano frente al poder, proclama la soberanía popular y, ante todo, establece la soberanía de sí misma frente a la ley, ya que instituye mecanismos de control, de modo que “la Constitución es norma jurídica inmediata y aplicable” (Pérez, 2000, p 113). Establecido el carácter supremo y de norma fundamental de la Constitución, los límites de su

ejercicio, las facultades de configuración del poder, las garantías y derechos de los ciudadanos, su aplicabilidad inmediata y directa, se configura la Constitución como la máxima norma que "asegura una unidad del ordenamiento esencialmente sobre la base de un orden de valores materiales expresados en ella y no sobre simples reglas formales de producción de normas" (García de Enterría, (1985, p 97). La Constitución se erige como la norma suprema del ordenamiento jurídico, que establece las reglas, principios y valores que la orientan y someten al resto del ordenamiento jurídico. La Constitución se despliega sobre toda la normatividad, imponiendo sus postulados axiológicos sobre todas las normas, subordinando el material legislativo, transmutando el principio de legalidad a un componente de la constitucionalidad (Favoreau, 2000, p 25).

Para el propósito de éste estudio y tomando la tipología de las Constituciones propuesta por César Rodríguez y Rodrigo Uprimny (2005, p. 25), la Constitución se considera como una norma que vincula especialmente al legislador y por vía indirecta al ejecutivo, que debe contar con mecanismos que garanticen su supremacía y su carácter obligatorio; es decir, una forma de justicia constitucional para protegerla contra las agresiones que provengan de los órganos públicos. "La Constitución Política de 1991 es una "Constitución normativa y valorativa de constitucionalismo social, en la medida en que no sólo reconoce derechos liberales, sino también reconoce derechos sociales y les da fuerza normativa" (Rodríguez y Uprimny, 2005, p. 25)

Partiendo del anterior concepto, el primer análisis por realizar frente a la inactividad del legislador es la tensión existente entre la libertad de configuración legislativa y la intervención del Juez Constitucional. Esta tensión obedece a las consecuencias que lleva dicha inactividad en el cumplimiento de mandatos constitucionales y la intervención del órgano de control constitucional para hacerlos efectivos.

En la relación entre el Poder Legislativo y el órgano de control constitucional en los actuales sistemas de control de constitucionalidad, las omisiones legislativas y la necesidad de su control desde la perspectiva constitucional es, para Díaz Revorio (2001, p. 81), el problema que difícilmente puede encontrar una solución satisfactoria. Ello obedece, por un lado, a la complejidad del control jurisdiccional de la inacción, ya que las consecuencias jurídicas de la omisión carecen de un soporte legal que sea objeto de control; y por otro lado, porque los sistemas de control actuales responden a un modelo de control de constitucionalidad cuyo objeto de control es la ley y no la omisión o ausencia total o parcial de ley.

Desde el triunfo de las revoluciones Norteamérica y francesa del siglo XVII, el sistema jurídico que se ha impuesto, es el sistema jurídico constitucional. En la actualidad, al hablar del Estado Social nos estamos refiriendo al Estado Constitucional; y la Constitución se considera la norma fundamental, sobre la cual descansa todo el ordenamiento jurídico, inspira su contenido, defiende su validez jurídica en cuento se ajuste o no a las normas constitucionales, y trasciende como mandato soberano de aplicación directa e inmediata más allá de un enunciado de prescripciones no realizables.

Uno de los pilares del Estado Constitucional es el de la supremacía de la constitución, entendida por el autor español Fernández Rodríguez como "una cualidad *política* de toda Constitución en cuanto ésta es siempre, un conjunto de reglas que se tienen por fundamentales, es decir, por esenciales para la perpetuación de la forma política" (1998, p. 136); principio por el cual se considera norma suprema, norma fundamental, principio inspirador del Estado, con una posición prevalente en el ordenamiento jurídico.

El vigor normativo de la Constitución como norma suprema del Estado conlleva la vinculación efectiva de los órganos del poder público a las disposiciones constitucionales que consagran

mandatos jurídicos, que para el Legislador implica una actuación posterior de *creación* de normas, sin que pueda evadirse de la responsabilidad de llevar a cabo el proyecto de construcción socio-político de la Ley Fundamental y hacer efectivos los valores y principios que suponen límites, mandatos y fines que el constituyente le impone a los poderes públicos, como lo señala Fernández (1998, p. 144). La vulneración de la Ley Fundamental por omisión del legislador no es justificable por la libertad de configuración legislativa que le asiste para concretar los mandatos constitucionales. El principio de supremacía constitucional, punto de apoyo normativo, requiere de un serio compromiso de los operadores jurídicos de acatar la Ley Fundamental, y de sancionar las agresiones que reciba dicha supremacía, que se producen por vía de acción o de omisión.

La inactividad u omisión legislativa desconoce el deber del Legislador de concretar el desarrollo de los mandatos constitucionales, esto es, de aquellas normas que requieren desarrollo para lograr su eficacia, siendo la abstención susceptible de control por el órgano de control constitucional en aras del respeto y acatamiento a la integridad y supremacía de la Constitución; control que surge ligado a la supremacía constitucional. Si el control de constitucionalidad de las leyes ha desplegado tensión entre el órgano de control constitucional y el Congreso, estas tensiones se hacen más fuertes si el control no solo se centra en las leyes emanadas del órgano legislativo, sino también sobre su inercia o inactividad cuando medie un mandato expreso en la Norma Fundamental que no se desarrolla o su reglamentación resulta insuficiente.

Dicho lo anterior, entraremos al estudio de la libertad de configuración legislativa, los límites que le impone el ordenamiento constitucional, la existencia un tipo de normas que imponen la obligación de desarrollo posterior para lograr su plena eficacia, y que se constituyen en el fundamento de la omisión legislativa inconstitucional.

1.1. La omisión legislativa: ¿expresión de libertad de configuración legislativa?

La libertad de configuración legislativa es entendida como la prerrogativa de la que goza el Legislador para expedir una ley y que, en consecuencia, queda determinado por la obligación que le asiste de desarrollar un precepto constitucional, con el despliegue que este requiere de modo que quede propiciada la eficacia plena del mandato. La expresión alude básicamente al margen de maniobra que tiene el Poder Legislativo para articular el programa constitucional. Toda libertad supone un deber, y en el caso del Legislador, ese deber supone el cumplimiento de sus funciones en el marco de la Carta Fundamental. El Legislador tiene libertad para articular el programa constitucional y determinar la conveniencia y la oportunidad para expedir una determinada norma; libertad de conformación que no justifica el incumplimiento de diferir una obligación constitucional concreta de legislar sobre una determinada materia.

Dentro de la libertad de decisión, señala Ignacio Villaverde "el legislador puede optar por permanecer pasivo, no legislar, pero este silencio legislativo puede tener consecuencias contrarias a la Constitución cuando de él cabe derivar una norma implícita que crea o mantiene situaciones jurídicas no queridas por la Constitución. El legislador no es libre de decidir no legislar sin más" (2016, p. 66). De ello se desprende que no todo silencio del legislador constituye un silencio contrario a la Constitución. Solo aquellos silencios que provoquen situaciones contrarias a la Constitución deben ser declarados omisiones inconstitucionales.

De esta manera, la libertad de configuración legislativa no puede ser concebida como una potestad absoluta ni arbitraria del Legislador, toda vez que en la expedición de la Ley el órgano legislativo se encuentra sometido al cumplimiento de principios y valores constitucionales, así como al reconocimiento de los derechos y a la protección de los bienes jurídicos. En palabras de

García de Enterría, la Constitución "es la expresión del sistema de valores que articula las bases de la comunidad política y social de la nación, y que por ello contiene los grandes principios que han de informar todo el ordenamiento" (1985, p. 102); lo que significa que el sistema axiológico, como un todo orgánico, tiene una expresión reconocida, está debidamente formalizado y da forma, desde los fundamentos, al proyecto que la comunidad ha establecido para sí.

En el marco del Estado Constitucional, el Legislador preserva la libertad de configuración legislativa, hecho que como lo señala (Bazán, 1997, p. 51), no lo escuda para eludir o posponer materializar las determinaciones normativas que le impone la Constitución. En el mismo sentido, Fernández Rodríguez expuso que el principio de libertad de conformación del legislador, no solo es admisible y justificable en un sistema democrático "sino que también necesario, no debe concebirse con unos rasgos absolutos, como una patente de corso que autorice al legislador a actuar a su antojo. Antes bien, debe interpretarse de conformidad con el principio de normatividad (sic) de la Constitución y con su carácter supremo, que exigen llevar a cabo de forma efectiva el programa constitucional" (1996, p. 227).

Frente a la libertad de configuración legislativa, fue posición inicial de la Corte Constitucional colombiana, considerar que el Legislador en general tiene amplia gama de configuración legislativa, que solo a él le corresponde definir y ejercer cuando a bien tenga y en la oportunidad que estime conveniente (Sentencia C-146 de 1998). Esta posición, como lo señala Juan Pablo Sarmiento, llevó a "construir un límite al ejercicio del control constitucional a las omisiones legislativas, atadas íntimamente a la vulneración de los derechos constitucionales" (2010, p. 29). Este fue el sustento de la posición de falta de competencia para exigir al Congreso la expedición de normas legales en determinado sentido, y para ordenar la aplicación por extensión de normas jurídicas.

Esta posición de la Corte Constitucional varío, y así lo expuso el magistrado Juan Carlos Henao en Sentencia C- 203 de 2011, al señalar que la libertad de configuración legislativa, como prerrogativa del constitucionalismo democrático, inicialmente fue concebida bajo la fórmula de Estado de Derecho y soberanía nacional como un *legibus solutus* o libre de ataduras, pero el Legislador bajo el Estado Constitucional se encuentra sometido al cumplimiento de valores y principios constitucionales de la organización político institucional, como la dignidad humana, la solidaridad, la prevalencia del interés general, la justicia, la igualdad y el orden justo. Con este pronunciamiento quedó claro que el Legislador no posee libertad absoluta ni arbitraria, sino que en cumplimiento de su función de regular los preceptos constitucionales deben someterse a los límites que impone la Carta. La doctrina constitucional ha considerado que la competencia normativa del Legislador resulta acorde con el estatuto superior siempre que tenga en cuenta los siguientes aspectos: "i) atienda los principios y fines del Estado; ii) vele por la vigencia de los derechos fundamentales de los ciudadanos; iii) obre conforme a los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la definición de las formas y iv) permita la realización material de los derechos y del principio de la primacía del derecho sustancial sobre las formas" (Corte Constitucional. Sentencia C- 227 de 2009). Con base en la aplicación de estos criterios, la Corte ha determinado la constitucionalidad o la inconstitucionalidad de disposiciones establecidas en la ley.

1.2. La intervención del Legislador en el desarrollo de mandatos constitucionales

La libertad de configuración legislativa como lo señalamos, no puede ser absoluta ni arbitraria, debe desarrollarse conforme a los límites que impone la misma Carta Fundamental. El Legislador se encuentra sometido a la realización concreta de los principios y valores constitucio-

nales; principios considerados como “la base axiológico-jurídica sobre la cual se construye todo el sistema normativo” (Corte Constitucional. Sentencia T-406 de 1992) y que para el autor italiano Riccardo Guastini, en primer lugar, son normas fundamentales en el sentido de que sirven de fundamento y/o justificación axiológica a otras normas (en general cada principio constituye el fundamento de una multiplicidad de otras normas). En segundo lugar, los principios son normas “fundamentales" en el sentido de que no tienen o no requieren a su vez ningún fundamento o justificación axiológica siendo percibidos como obvios, autoevidentes, o como intrínsecamente justos (Guastini, 2010, p. 181).

En cuanto a los valores constitucionales considerados como “el catálogo axiológico a partir del cual se deriva el sentido y finalidad de las normas del ordenamiento jurídico” (Dworkin, 1985, p. 5), y que en palabras del autor Manuel Martínez Sospedra “orientan al legislador, inspira institutos y normas, postulan reglas concretas, pero no son normas, y de ellos no se puede predicar la estructura, propiedades y eficacia de aquellas” (2007, p. 193). Tanto los principios como los valores constitucionales, revisten una marcada importancia dentro de un Estado Social de Derecho, dado que, “cumplen la función de asegurar la permanencia y obligatoriedad del contenido material de la Constitución” (Corte Constitucional. Sentencia C-574 de 1992).

La definición y organización axiológica en el mandato constitucional tiene el papel de fortalecer la norma constitucional en el proceso de creación y aplicación del derecho, dado que reducen el ámbito de discrecionalidad de los poderes públicos, les fijan un marco de conducta y los conducen por las líneas trazadas por el ordenamiento constitucional. Los valores constitucionales determinan el sentido y finalidad de las demás normas del ordenamiento jurídico y, siendo objetos de interpretación abierta, requieren del Legislador para establecer la delimitación a través de las leyes, en el entendido de que estas se presentan con una generalidad que debe ser pre-

cisada para determinar el modo del cumplimiento de las mismas. Sobre la condición de fundante de los valores, la Corte Constitucional en Sentencia C-1287 de 2001 sostiene que a ellos se les otorga una enorme generalidad y, en consecuencia, una textura interpretativa abierta, dentro de la cual caben varias fijaciones del sentido. Corresponde al legislador, de manera prioritaria, la tarea de establecer la delimitación de dichos valores a través de leyes. En vista de su naturaleza abierta, los valores constitucionales sólo tienen una eficacia interpretativa; la Corte Constitucional debe ser respetuosa de la prerrogativa legislativa que consiste en establecer el alcance general de los mismos.

En este orden de ideas, los principios fundamentales consagran prescripciones jurídicas generales que implican una delimitación política y axiológica. Esta, la delimitación, restringe el ámbito de interpretación y, por esto, se convierte en norma de interpretación inmediata para el Legislador y para el juez constitucional. Es en esta dirección que los principios tienen, para Gil Botero, "un carácter imperativo que los hace fundamentales, de allí que sean constitutivos del ordenamiento jurídico; es así como los principios por tener ese carácter, deben ser observados" (Gil, 2013, p. 6). Los principios fundamentales son normas que establecen un deber específico del que se deriva un espacio de discrecionalidad legal y judicial, de ahí que no puedan ser desconocidos por otra norma constitucional o legal.

El carácter imperativo de los principios los hace fundamentales; y por lo tanto observados, tanto los que consagra el ordenamiento constitucional como los que forman parte del Bloque de Constitucionalidad. Los principios, así concebidos, son considerados como el fundamento o base de todo el ordenamiento constitucional en lo político, económico, social, cultural y jurídico, sentido que está vigente en la tesis de la Corte Constitucional que señala, en la sentencia C-1287 de 2001, que "los principios Constitucionales, a diferencia de los valores que establecen fines, con-

sagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional."

Siendo así, la libertad de configuración legislativa no exonera al legislador de expedir normas que permitan hacer efectivos los preceptos constitucionales, menos cuando la ley, como producto del parlamento, es el vehículo jurídico idóneo para el desarrollo constitucional.

Desde el punto de vista del desarrollo de las normas constitucionales, el poder legislativo dentro del Estado social y democrático de derecho tiene la legitimidad para llevarlo a cabo, dado que es el órgano elegido por el pueblo y, como tal, ejerce la soberanía que se le otorga al momento de legislar. Es el mismo ordenamiento constitucional el que impone una obligación de *hacer*, lo que es lo mismo que un mandato de ejercicio expreso que se configura, por lo tanto, en una competencia indubitable del Legislador. Esta condición real de la competencia como mandato y como atributo que el Legislador debe cumplir hace que este mismo no tenga la opción de elegir si expide o no una norma concreta y determinada que desarrolle un principio constitucional, pues la condición facultativa del sujeto legislador para obrar queda sometida al mandato expreso de expedir la norma.

La función esencial del Legislador de expedir en representación de la voluntad popular normas jurídicas generales –Leyes– que tienen el rango superior en el sistema de fuentes, a excepción de la Constitución, enfatiza Díaz Revorio (2016, p. 21), debe ser ejercida respetando los límites que la norma suprema le fija, los principios que ha de acoger su actuación y los mandataos concretos que le son dirigidos. Se tiene así, en suma, que le corresponde al Legislador, por mandato constitucional, ejercer la competencia que la misma norma le otorga para su regulación,

y que se concreta con la creación de normas jurídicas de carácter general, impersonal y abstracto.

Lo anterior permite enfatizar que, la libertad de configuración del Legislador debe estar en armonía con la vinculatoriedad de los mandatos constitucionales, como lo señalara Kalkbrenner: "si hay un mandato constitucional, el legislador queda comprometido a llevarlo a cabo y a promulgar la ley conveniente o las leyes necesarias. Cuando se produce esta situación, la ejecución del mandato al legislador no depende de la libre voluntad del legislador" (1963, p. 43). La libertad de configuración legislativa da un amplio margen de maniobra temporal y material, pero ello, señala Fernández Rodríguez (2011, p. 2), no habilita al legislador para desconocer las obligaciones de desarrollo constitucional y su especial vinculación a la Constitución.

El Legislador crea el derecho dentro del marco de libertad que le ofrece la Constitución, y esa sujeción a la Constitución, como lo afirma Fernández Segado (2009, p. 26), no le impide la libertad de configuración de que goza y que se proyecta no solo sobre el contenido de dar a la norma de desarrollo constitucional sino también, sobre el momento de llevar a cabo el desarrollo, pudiendo ser objeto de control en sede constitucional justificado por la limitación del legislador en su discrecionalidad por la Constitución. La libertad de configuración legislativa no puede convertirse en una patente de corso que retrase el desarrollo constitucional a tal punto que produzca un fraude al proyecto de la Carta Magna y vulneración a su articulado, según Fernández Rodríguez (1996, p. 170). El órgano legislativo tiene un amplio margen de libertad que le permite determinar la oportunidad y conveniencia de expedir una ley. Dicha libertad no puede servir como justificación para no cumplir un mandato constitucional concreto de legislar y con ello desconocer los principios de soberanía y fuerza normativa de la Constitución.

1.3 La competencia del Legislador: el *saber hacer* y *ser* del sujeto políticamente constituido

En este punto, vale la pena introducir la discusión sobre libertad de configuración legislativa con el problema de competencia del sujeto políticamente constituido. Este debe ser capaz de dar cumplimiento, en la esfera de la vida social en que se desenvuelve, al mandato constitucional, pero el actor de la vida ordinaria debe ser diferenciado, en la calidad de la competencia para obrar jurídicamente, del Legislador que por mandato constitucional, posee un atributo excepcional o una competencia particular que consiste en un *saber hacer* y *saber ser* informado y claro del funcionamiento del ordenamiento socio-jurídico y de la propia tarea que debe realizar como actor con una competencia metacognitiva específica (Houdé, Kayser, Koening, Proust y Rastier, 2003). El legislador por su formación académica y su modo de llegar a la función de legislar, posee una competencia que no es meramente la comprensión de la guía de la acción, sino que, además, sabe explicar teóricamente y de manera fundamentada (o debe saber hacerlo) el discurso que contiene el ordenamiento socio-jurídico y la base de la elaboración de la guía de la acción. Esto significa que el atributo para *saber hacer* y para *ser* como legislador es una competencia especializada, consiente y responsable, que debe ser considerada como un elemento que fundamente si la omisión de la acción que le corresponde realizar como legislador es un asunto inconstitucional o, al menos, una ruptura del *deber hacer*.

Algunas investigaciones interdisciplinarias, como las de (Rosales Cueva, Pardo Martínez, 2016, en prensa) que relacionan el análisis del discurso, la investigación jurídica y política, la filosofía, la historiografía y la lingüística, entre otras, buscan comprender por qué los sujetos políticamente constituidos no dan cumplimiento a los mandatos constitucionales, aun cuando la Constitución Política los tiene claramente establecidos, como en el caso colombiano, en donde

los principios de dignidad y el valor de la solidaridad, que obliga a todos los miembros del universo pragmático envuelto por el ordenamiento jurídico. En estos trabajos aparece la descripción, por ejemplo, de cómo algunos atributos específicos de los sujetos de la vida social o de la vida comunitaria, para dar cumplimiento a la Constitución pueden estar afectados por fallos considerados incompetencias de los sujetos.

En la precisión del *saber hacer* y *ser* del sujeto políticamente constituido, Rosales Cueva y Pardo Martínez (2016, en prensa) afirman que la Constitución Política establece los valores que obran en tres dimensiones de la concepción y la práctica jurídica, donde los sujetos políticamente constituidos deben evidenciar que saben obrar consecuentemente a lo expresado en la Carta. Este influjo de la carta política en el *ser* y *hacer* se da en: i) la dimensión del orden político, dado que la Constitución otorga la máxima carga ideológica a la definición de los valores y de los principios, elevándolos a la condición de existencia de un modelo de organización societal que compromete, en el caso colombiano, en la solidaridad, la identidad político-jurídica; ii) la dimensión del comportamiento social, pues la Constitución precisa qué valores y principios y guías de la acción han de ser asimilados internamente como patrón de referencia para el comportamiento ciudadano que traspasa la mera liberalidad del deber y la torna obligatoria para defender otros valores y principios constitucionales plasmados en derechos, lo que es en suma, la consistencia de la competencia del sujeto para obrar en coherencia con el mandato constitucional; iii) la dimensión del entendimiento del ordenamiento jurídico-político ya que la Constitución obra como árbitro de las interpretaciones de ellas y como criterio hermenéutico, en la medida en que se convierte en una herramienta que trasciende lo valorativo–subjetivo, se erige como un referente interpretativo obligado para el operador político o judicial y para todos los ciudadanos como sujetos políticos, garantizados mediante una dimensión jurídica.

Si la competencia es el atributo que le permite al sujeto actuar (*saber hacer* y en consecuencia constituirse como un ser que obra conforme a las expectativas de los problemas que resuelve), las incompetencias se entenderían como limitaciones en el mismo *saber hacer* y el *modo de ser* dentro de un determinado marco de acción o, en este caso, frente al orden constitucional, en el presupuesto de que el sujeto políticamente constituido debe ser educado por el entorno sociocultural (Rosales Cueva, Pardo Martínez, 2016, en prensa). Esto significa que existe un proceso de formación para participar en la dinámica de los deberes y de los derechos establecidos por el ordenamiento jurídico. Los errores en esta formación confluyen en que los atributos del sujeto quedan vulnerados, sean fallidos o que el sujeto tenga incompetencias para ser y actuar como sujeto políticamente constituido.

Sucintamente, Rosales y Pardo (2016, en prensa) relacionan unos cinco tipos de incompetencias del sujeto ante el cumplimiento de la Constitución Política, a saber: i) la ignorancia o cuando el sujeto no-sabe o desconoce los deberes, los derechos y los mecanismos de los cuales dispone para actuar, conforme al ordenamiento constitucional, en la esfera pública o privada. En términos generales, la ignorancia no justifica el cumplimiento de la ley, pero sí hay una diferencia entre el sujeto común en el seno de la vida ordinaria y el saber del legislador que obra directamente en la construcción discursiva del orden jurídico; ii) la desobediencia o cuando el sujeto está configurado por un no querer practicar el deber o cuando decide no deber hacer, de tal forma que, estando al tanto del mandato constitucional o de la ley, no cumple con éste o ésta (no hace lo debido) y, consiguientemente, acomoda del saber y del poder para eludir la responsabilidad; iii) la ausencia de empatía y de voluntad o cuando el sujeto sabe, debe y puede ser y hacer para obrar de modo según el mandato constitucional, pero no-quiere; iv) la incompetencia por falta de medios o cuando el sujeto quiere, podría saber, debe y cree, pero no tiene el poder para

el obrar conforme a la ley (no posee los medios ni recursos para atender a este deber), lo que puede estar condicionado por el no-saber o la ignorancia; v) El cinismo o el no-creer en el sistema axiológico (se desconfía del propio saber, no se justifica el deber, se paraliza el poder). Como expresa Elizabeth Harkot-de-la-Taille (2000), la solución escogida por los cínicos es un proyecto de "deculturación" o de destrucción premeditada del sistema axiológico del orden sociocultural. Esto lleva al sujeto al rechazo de todo acatamiento de las reglas, de modo que recusa los sistemas de valor, o huye de la dependencia que estos implican; "es también un verdadero militante anti-axiológico, quien se propone hacer tabla rasa, quien se empeña en minar toda axiología que posea la menor relación con una coacción social" (Harkot-de-la-Taille, 2000).

Así, la razón de la omisión de legislar no podría ser atribuida directamente a alguna de las cinco razones expuestas por Pardo y Rosales a la competencia del ciudadano común, sino a una posición dogmática clara del Legislador frente a su propia función y labor, de lo que derivaría una incompetencia de orden ético o cognitiva que sí tiene consecuencias en el cumplimiento del mandato constitucional, que arrastra, como se ha expresado en las páginas previas, a la ausencia de norma o la existencia de una norma que se requiere para el desarrollo de la Constitución y de los principios y valores de esta. Semejante incompetencia trae consigo la inercia legislativa y la vulneración de la Constitución, desconociéndose su supremacía.

1.4. La libertad de configuración legislativa encuentra límites en el ordenamiento constitucional

Si bien el Legislador tiene capacidad reguladora en el ejercicio de la libertad de configuración legislativa, como se ha expuesto en las páginas anteriores, es reprochable el hecho de que se

abstenga de concretar el desarrollo legal de mandatos constitucionales. Debe tenerse presente que la Constitución Política, como ley fundamental, obliga y vincula a todos los ciudadanos y órganos del poder público y todo el ordenamiento jurídico debe someterse a ella para que no pierda su valor jurídico.

Para el autor español Fernández Segado "El dogma liberal de la soberanía absoluta del Parlamento, como es sobradamente conocido, ha sido sustituido en nuestro tiempo por el de la soberanía de la Constitución" (Fernández Segado, 1997, p. 13), concepción que, para Castro Patiño (2003, p. 15), ha sido afirmada por los tribunales europeos a través de la doctrina de *la eficacia o fuerza normativa de la Constitución*, que complementó el principio de soberanía de la Constitución, principio que solo se aplicaba cuando una norma de inferior jerarquía violaba su contenido, ampliándola a todos los casos en los que se debilitaba su eficacia.

Como norma fundamental, la Constitución establece la delimitación del ámbito de las libertades de los individuos y de las competencias de los órganos del Estado, limitación que, para Manuel Aragón, "en el caso de las libertades significa su garantía, y de las competencias estatales su limitación" (2016, p. 16). La Norma Fundamental, para Fernández Rodríguez (1998, p. 144), no solo incluye principios estructurales que rigen la vida del Estado, racionalizando y limitando el poder, sino también posee proyectos y programadas de actuación que necesitan ser concretados por los poderes públicos. Las exigencias del Estado de Derecho se traducen así en unas necesidades de actuación activa de los poderes públicos, no de mera ejecución como lo que se exige de la Administración frente a la ley, sino que implica una labor *creativa* del legislador dotada de ciertos márgenes de actuación política propios, que pueden ser limitados y dirigidos por la misma Constitución.

En su labor, el Legislador se encuentra limitado por la Constitución, lo que se comprende teóricamente en la explicación de Hart cuando expresa que "una constitución escrita puede restringir la competencia de la legislatura no simplemente al especificar la forma y la manera de la legislación […], sino al excluir por completo ciertas materias del ámbito de su competencia legislativa, lo que importa imponerle limitaciones de fondo" (1990, p. 85). De estos elementos se puede entender, en el ámbito de la teoría y de la práctica jurídica, que el Legislador, al expedir una ley, se encuentra sometido al contenido de la Constitución y al procedimiento señalado por ésta para su expedición.

García de Enterría y Fernández, en este orden analítico, subrayan que la libertad de determinación del Legislador encuentra su límite en la Constitución y que "la ley no puede contradecir preceptos constitucionales bajo pena de invalidez" (1995, p. 115), lo que establece un círculo que relaciona la interpretación de la Constitución con la actuación del Legislador, porque este queda sometido al mandato para legislar y queda inhibido, por la misma Constitución, para sustraerse de la obligación legislativa, a lo que se suma que el Legislador, como cualquier sujeto políticamente constituido, está obligado a actuar de determinado modo impostergable.

En este sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional Colombiana al señalar que el Legislador no posee una potestad absoluta ni arbitraria, y al concebir y desarrollar una ley debe someterse a los límites que impone la Constitución, y a la competencia normativa del legislador con el estatuto superior cuando se den los siguientes aspectos: i) que atienda los principios y fines del Estado tales como la justicia y la igualdad entre otros; ii) que vele por la vigencia de los derechos fundamentales de los ciudadanos, que en el caso procesal civil puede implicar derechos como el debido proceso, defensa y acceso a la administración de justicia; iii) que obre conforme a los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la definición de las formas y iv) que

permita la realización material de los derechos y del principio de la primacía del derecho sustancial sobre las formas (Corte Constitucional, Sentencia C-227 de 2009).

En esta circularidad hermenéutica (Eco, 1992) o del entendimiento, el orden jurídico del Estado emana de la Constitución y esta es la fuente del sistema jurídico. Por ello, como sostiene Morón Urbina, "el Estado de Derecho moderno exige un legislador activo que dote de efectividad fáctica a los principios y normas que requieren ser desarrolladas conforme los términos que el mandato de actuación lo requiera" (1988. p. 350). Esto hace, además, que la Constitución fije la orientación filosófica de los agentes de poder, específicamente de los gobernantes, al mismo tiempo en que ella es la norma fundamental del Estado constitucional y de la cual se deriva la validez de las demás normas positivas. En este horizonte de intelección, la Constitución contempla dos principios fundamentales liberales; por un lado, la separación de poderes y, por otra parte, el reconocimiento de los derechos fundamentales, lo que se constituye en el fundamento del sistema jurídico que rige a la comunidad política.

Del carácter prevalente de la Constitución se desprende que ella no puede quedarse ni entenderse como un simple enunciado programático de disposiciones no realizables, ni puede limitarse a señalar la configuración de los poderes públicos, los límites del ejercicio del poder y las libertades del ciudadano. Por el contrario, afirma Gómez (2008, p. 31), ella es un conjunto de normas que debe trascender como mandato soberano y, por el carácter de norma fundamental, la infracción de que sea objeto conlleva a atentar contra la supremacía que ella representa y materializa.

La vulneración de la Carta se presenta cuando se expide una ley contraria al contenido constitucional o cuando se da la omisión frente a lo que ella dispone y obliga. En este sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional Colombiana en sentencia C-351 de 2013 haciendo énfasis

en que se vulnera la Carta: i) con la expedición de una ley que contradice el contenido de la constitución o ii) cuando se omite aquello a lo que ella obliga. Así, por ejemplo, en la sentencia C-188 de 1996 se resuelve en el caso en que el actor pretende la declaratoria de inconstitucionalidad por omisión de los artículos 35 y 45, de la Ley 30 de 1992, que definen la conformación del Consejo Nacional de Educación Superior, CESU, puesto que no se había incluido en el cuerpo colegiado a un representante de las instituciones universitarias privadas, lo que causaría un trato discriminatorio en la participación de los diferentes sectores de las instituciones de educación superior del país. La Corte Constitucional sostuvo:

> Las normas constitucionales no deben correr el riesgo de quedarse escritas, porque ello llevaría indefectiblemente a la pérdida de su valor normativo y de los fines inspiradores del ordenamiento constitucional. Los fines esenciales del Estado (artículo 2, C. P.) imponen al órgano legislativo el deber de llevar a cabo, en un plazo razonable, las reformas y desarrollos legales necesarios para garantizar la efectividad de las decisiones del constituyente (sentencia C-188 de 1996).

Ahora bien, no todas las normas superiores requieren desarrollo legal, y por ello es necesario distinguir las normas y reglas generales cuya regulación corresponde al Congreso de la Republica, a través de leyes, de las normas que el propio constituyente reglamenta y regula, para lo que crea normas jurídicas de carácter general, impersonal y abstracto y deja agotada la materia sobre ese asunto. Esto hace que, al existir ya regulación constitucional, el papel del Legislador se limite a ejercer la potestad reglamentaria.

De lo expresado se colige que en el ordenamiento constitucional hay normas de cumplimiento inmediato y directo que no requieren desarrollo posterior, ya que por sí mismas son idóneas para regular situaciones concretas y, en consecuencia, pueden ser aplicadas en forma directa. Su condición de operatividad directa no significa que la norma no pueda ser reglamentada o sea incompleta; es operativa como lo señala el autor Iván Castro, porque "no requiere de normas reglamentarias para entrar en funcionamiento y cuando requiere de complemento normativo y este está ausente, igual se aplica directamente" (Castro, 2003, p. 30). En términos de Bazán (1997, p. 45), son reglas constitucionales "autoaplicables", esto es, que no necesitan otras normas para para adquirir exigibilidad.

Las normas operativas pueden tener desarrollo legal, y este debe darse siempre y cuando no afecten su contenido esencial, como es el caso del derecho al debido proceso, consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia que dispone: i) El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. ii) Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. iii) Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho (Constitución Política de Colombia, 2006).

Este derecho es de acatamiento inmediato y, por constituirse en una garantía constitucional, tiene una efectividad que no depende de la ley, esto es, no se encuentra sometido a normas de orden legal que lo hagan exigible. Del mismo modo ocurre con otros derechos como, el derecho a la igualdad, los derechos de los niños y los derechos de las personas de la tercera edad contemplados en los artículos 13, 44, y 46 de la Constitución Política de 1991 (Constitución Política de Colombia, 2006), que tienen efectividad inmediata en la norma y cuentan con dispositivos que permitan garantizar el ejercicio de los mismos.

Existen otras normas que para ser efectivas necesariamente requieren el desarrollo legal; son normas de eficacia indirecta, que según García de Enterría (1985, p. 97), deben ser concretadas a través de una posterior actividad legislativa sin que ello afecte el valor normativo de su precepto. Son, también, normas constitucionales programáticas o "reglas constitucionales no autoaplicativas o no autoperativas" como las describe en la clasificación que de las normas constitucionales hace Castro Patiño (2003, p. 30). En términos de Víctor Bazán, las normas programáticas "no contienen autooperatividad, de modo que necesitan de otras normas para adquirir exequibilidad" (1997, p. 45).

Estas normas que tienen eficacia limitada, por lo que son denominadas normas incompletas, son las que requieren de un posterior desarrollo para que cobren eficacia plena. Ejemplo de ello son las normas constitucionales que consagran derechos sociales, entre ellos, el derecho a la seguridad social (CPC, art. 48), el derecho a la salud y saneamiento ambiental (CPC, art. 49), el derecho a la vivienda digna (CPC art. 51). Todas estas normas mencionadas requieren de un desarrollo a través de la ley para que se hagan efectivas.

En relación con los preceptos constitucionales que son de obligatorio desarrollo por parte del Legislador, puede afirmarse que se trata de normas de eficacia limitada que, dada la provi-

sión implícita o explícita en ella contenida, resultan de obligatorio y concreto desarrollo para su eficacia plena; eficacia entendida por Segura (1991, p. 143) como la conformidad o adecuación de la conducta de los destinatarios con lo que la norma prescribe, y que para Kelsen se constituye en aquella norma que "es efectivamente aplicada y obedecida, que la conducta humana correspondiente a la norma se realiza realmente" (1998).

Estas normas son de carácter imperativo que, para completar la eficacia, requieren de un desarrollo ulterior, lo que es obligación del órgano legislativo que debe expedir de una ley que desarrolle el precepto constitucional. En caso de no darse este desarrollo, se configura una omisión legislativa generadora de daño, pues se da la situación en que no se permite la realización concreta de mandatos constitucionales que requieren para lograr su eficacia plena, del desarrollo legal por parte el legislador. De este modo, la acción de elaborar la legislación es la tarea principal del Poder Legislativo dentro de un Estado de Derecho; labor limitada por el principio de separación de funciones entre los poderes públicos. Principio mediante el cual se identifican las distintas funciones del Estado que, en el nivel supremo de su estructura, se le asigna a órganos separados y autónomos, atribuyéndosele la función legislativa al órgano legislativo mediante una cláusula general de competencia, como así lo señaló la Corte Constitucional, en Sentencia C- 971 de 2004.

De los rasgos más sobresalientes del Estado Constitucional, además de la Supremacía de la Constitución, el principio de separación de poderes, y el control constitucional, se destaca la existencia de un efectivo control de constitucionalidad de la labor del legislativo, de tal suerte que el control se constituye, como lo destaca Morón (1988, p. 350), un elemento insuperable de la Constitución. Cuando no hay control, no solo se debilitan o anulan las garantías constitucionales o se hace imposible su realización, sino que no existe Constitución.

La aparición dentro de la estructura del Estado Constitucional de los Tribunales Constitucionales, como órganos de control, significó en palabras del español García (2016, p. 56), una revolución constitucional para la división de poderes. Desde una perspectiva dinámica señala el autor, realizan una función de garantía de la división de poderes, a través de diferentes procedimientos, siempre dentro de su actividad hermenéutica y de interpretación suprema de las normas constitucionales. Así el principio de *separación de poderes* se plantea, según Schneider (1982, p. 35), de una nueva manera con la presencia de la jurisdicción constitucional, a la que se le atribuyen las funciones de control abstracto de las normas, la decisión de conflictos de competencia entre los órganos y además, el control del silencio del legislador.

El órgano de control constitucional, en muchas ocasiones, ante el silencio del legislador, ha tenido que llenar los vacíos dejados en el ordenamiento y ha procedido a dictaminar la creación de la norma y, en muchos casos, a crearla, lo que significa que este órgano de control participa en la función legislativa para que los derechos y garantías se protejan y se eviten daños a los administrados. Ejemplo de esto es la reciente sentencia T- 970 de 2014 de la Corte sobre el derecho a morir dignamente, en la que se exhorta al Congreso, órgano que tiene competencia legislativa en virtud de la cláusula general de competencia, para que expida la reglamentación que desarrolle el derecho a morir dignamente, conforme a las pautas normativas y directrices trazadas en la decisión, y con ello se consolide el mandato dado en la Sentencia C-239 de 1997 en la que reconoció el carácter derecho fundamental a dicho derecho.

Ahora han sido diversas las posiciones respecto a considerar si el silencio del legislador, frente al desarrollo de mandatos constitucionales, conlleva consecuencias jurídicas y si el órgano constitucional es quien debe llenar los vacíos dejados. Kelsen, por ejemplo, niega las consecuencias jurídicas al silencio del legislador bajo el argumento de que “si el órgano legislativo

deja simplemente de expedir la ley prescrita por la Constitución resulta prácticamente imposible enlazar a esa omisión consecuencias jurídicas" (2008, p. 310). Esta línea es seguida por otros doctrinantes como Díaz Revorio (2004, p. 21) y Castillo Córdoba (2004, p. 111), quienes, además, niegan la posibilidad de que el órgano constitucional se convierta en legislador positivo, para lo que esgrimen el argumento de que ello conllevaría el irrespeto al principio de separación de los poderes públicos dentro de un Estado democrático de Derecho (Castillo, 2004, p. 111). Según esta postura, el silencio legislativo es una atribución legítima del poder legislativo y por ende, no susceptible de control.

Sin embargo, son mayores las voces, como la de los tratadistas Fernández Rodríguez (1998, p. 171) y Samaniego (2008. p. 3), que viabilizan la obligación que el constituyente primario le impuso al órgano legislativo como ejecutor de mandatos constitucionales, esto en virtud de la fuerza normativa de la Constitución dentro del ordenamiento jurídico y como consecuencia necesaria de la supremacía normativa de la Constitución. Sostienen estos autores, además, que la función del órgano de justicia constitucional no solo es controlar la actividad positiva del órgano legislativo cuando se viola el ordenamiento constitucional sino, también, los actos del legislador cuando se abstiene de darle cumplimiento a una orden constitucional.

En la práctica jurídica colombiana, la interpretación dada a la libertad de configuración legislativa ha llevado a que la Corte Constitucional se vea impedida en el ejercicio del control constitucional de las omisiones legislativas, en especial frente al silencio absoluto del legislador, esto bajo el argumento de que no se le puede imponer la obligación al Congreso para que expida una norma en un determinado sentido, ni para que haga extensión de normas jurídicas (CC, Sentencia C-146, 1998). Esta posición afirma la amplia libertad de que goza el legislador para el ejercicio de la configuración legislativa. De esto se puede concluir que, aceptada la libertad de confi-

guración legislativa, no es dable como lo señala el autor español Fernández Rodríguez, admitir la vulneración de la Ley Fundamental por la omisión del legislador por estar dotado de su libertad de actuación, es desconocer el principio de supremacía constitucional, hoy incuestionable en el marco del Estado Constitucional (1998, p. 169).

Las normas constitucionales de eficacia limitada, como vimos, que requieren concreto desarrollo legislativo, hacen que nazca una obligación concreta del Poder Legislativo de expedir la ley para desarrollar el precepto constitucional. Junto al deber global de legislar, para Fernández Rodríguez (1998, p. 170) existe un deber concreto originado en determinado precepto constitucional –los encargos al legislador– que requieren una imprescindible actuación ulterior del Poder legislativo, como a continuación lo analizaremos

1.5 La existencia de determinado tipo de normas constitucionales: los encargos al legislador. Presupuesto de la omisión legislativa inconstitucional

En relación a la intervención del legislador en el desarrollo de los mandatos constitucionales, se destaca la presencia en los ordenamientos constitucionales de cierto tipo de normas denominadas *encargos al legislador.* Para aludir a ellas, el autor Fernández Rodríguez expresa que es una "norma constitucional de eficacia limitada que, dada la precisión explícita o implícita en ella contenida, resultan de obligatorio y concreto desarrollo para que cobre eficacia plena" (1998, p. 147). Se trata, así, de normas constitucionales que imponen al Congreso una obligación de legislar sobre una determinada materia, cuya presencia se justifica en la medida que todo texto constitucional inevitablemente las contiene, dada la imposibilidad de que el mismo texto agote o explicite todas las materias que establece.

La doctrina española desarrolla esta tipología de nomas utilizando el término *mandatos al legislador*. Son normas que Rubio Llorente concibe como preceptos que proveen la emanación de normas indispensables para completar la estructura prevista en la Constitución y que se constituyen en obligaciones impuestas al legislador, de modo que hacen posible el ejercicio de derechos prestacionales, de tal manera que, si el desarrollo legislativo correspondiente no se da, se produce una omisión inconstitucional (1993, p. 95). Francisco Fernández Segado, en la clasificación que hace de las normas contenidas en el ordenamiento constitucional, destaca la presencia de *mandatos al legislador*, como normas que se relacionan directamente con la inconstitucionalidad por omisión (1992, p. 72). En Portugal, el Tribunal Constitucional ha denominado a estas normas como *encargos constitucionales* que, para autores como Gómez Canotilho, son imposiciones al legislador para que concreten y establezcan la regulación de ciertas materias para que logren su concreción jurídica (2001, p. 308).

Dadas las anteriores posiciones doctrinales, podemos afirmar que los mandatos o encargos al Legislador, son normas constitucionales que le señalan al legislador la concreta obligación del desarrollo posterior de sus postulados; esto significa el cumplimiento del destino de la Constitución que, para ser cumplida debe ser practicada. Implican la existencia de preceptos en la Carta Constitucional que conllevan la obligación de un concreto desarrollo legislativo posterior, dentro del marco señalado en el postulado constitucional. De ahí, que tales encargos se constituyan en un determinado tipo de normas constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo.

Los encargos al Legislador son normas que se encuentran en conexión directa con la obligación de legislar y esta no proviene de una sentencia proferida por un juez constitucional que ordena crear la norma frente a una omisión legislativa, sino que proviene directamente de la misma Constitución. El Legislador no tiene libertad de determinar si actúa o no frente a su desarro-

llo legal; su libertad se da dentro de la razonabilidad de determinar el momento de intervenir, salvo que la norma señale un preciso momento para hacerlo, razón por la cual "el legislador no ostenta libertad en cuanto a su decisión de actuar o no actuar sino que su libertad habría que predicarla, dentro de la razonabilidad, respecto al momento de efectuar su ulterior intervención, salvo en casos poco comunes que proveen fechas concretas" (Fernández Rodríguez, 1998, p. 154).

Este tipo de normas han sido consideradas por la doctrina como lo indica Fernández Rodríguez como un género de *normas incompletas*, que requieren para su eficacia la *interpositio legislatoris*, gracias a ello se concretará su sentido general, se les dará completitud y se realizarán las normas constitucionales. La eficacia, para Fernández, es uno de los fundamentos de la lógica jurídica de las normas, que no nacen para cumplir un requisito de existencia en el seno del ordenamiento jurídico, sino que se originaban con el entendido de tener un reflejo en la sociedad y así cumplir su *ratio essendi* real. De ahí que la falta de eficacia es consecuencia de la existencia de normas del texto fundamental que requieren *interpositio legiaslatoris*, unida a la dejación del órgano encargado de tal *interpositio.* La falta de intervención del legislador en el desarrollo de las normas, impide que los ciudadanos cumplan los mandatos constitucionales por carencia de regulación. (Fernández, 1993, p. 35).

En este sentido, para el autor austriaco Georg Jellinek, "los preceptos constitucionales a menudo son oscuros o extensos y solo el legislador les da sentido mediante leyes que los concretan" (1991, p. 15), lo que corrobora la obligación que se viene tratando y, además, la especificidad de la racionalidad hermenéutica que debe ser compatible con los principios y valores del mandato constitucional, del que se desprende orgánica y sistémicamente todo el ordenamiento jurídico y político. Siendo así, la existencia de un encargo al legislador es un presupuesto para

que se produzca la omisión legislativa y esta se considera, por lo tanto, una actuación inconstitucional porque lesiona el precepto jurídico vinculante que establece una conducta que no se desarrolla por el órgano encargado de hacerlo, lo que consecuentemente imposibilita a los ciudadanos cumplir con el precepto constitucional por carecer de regulación. En este caso se está ante normas que exigen la intervención legislativa para completarlas en aras de lograr la correspondiente eficacia plena. Si esta intervención no se da, se produce el silencio del legislador u omisión en legislar con efectos contrarios a la Constitución.

La presencia de este tipo de normas, cuya naturaleza exige la intervención futura del legislador para lograr su completitud, se constituyen, para Fernández Rodríguez, en el más poderoso argumento justificador de la inconstitucionalidad por omisión (1998, p. 146); posición fortalecida con la afirmación que hace Bazán al señalar que no sólo la ausencia de regulación de los mandatos al legislador puede dar lugar a la omisión legislativa inconstitucional, sino que también la violación de principios materiales de la Constitución por una norma legal que, por ejemplo, excluya arbitrariamente de un determinado beneficio a un colectivo social. Esto caería dentro de la categoría de omisión legislativa inconstitucional, en este supuesto por exclusión arbitraria (Bazán, 1997, p. 18), tipo de omisión inconstitucional que la jurisprudencia constitucional alemana ha denominado *exclusión arbitraria o discriminatoria de beneficio*, aplicable cuando se excluyen a una categoría de personas de la aplicación de un precepto que concede algún beneficio, contraviniendo el principio de igualdad, señala Casal (2004, p. 211). De esto se evidencia, en suma, que la falta de desarrollo de este tipo de normas constitucionales es la justificación o la argumentación pertinente y lógica, demostrable con el arbitraje del mismo texto jurídico mandatorio, como lo es la Constitución, de la omisión inconstitucional y de las condiciones de la ocurrencia de esta.

En conclusión, un Estado Democrático de Derecho como el colombiano, en el que existe una división clara de los poderes públicos del Estado, le corresponde al órgano legislativo la obligación de reglamentar las normas que requieren, para la respectiva ejecución o práctica, la presencia de una norma concreta y pertinente, de tal suerte que es a este órgano al que se le predica la ausencia de norma o la existencia de una norma (Fernández Rodríguez. 1998, p. 154). Siendo así, la inactividad de los poderes públicos, que se produce por la omisión en la expedición de actos públicos, actos administrativos o en la no emisión de decisiones judiciales, conlleva la vulneración de las normas constitucionales. Semejante vulneración a la Constitución trae la inercia legislativa, que en muchos casos conlleva la falta de reglamentación de normas constitucionales que es, en suma, el desconocimiento de la supremacía de la Constitución.

1.6. A modo de conclusión

La supremacía y la fuerza normativa de la Constitución, conllevan a que los mandatos en ella contenidos sean desarrollados para lograr su eficacia plena. En el marco del Estado Constitucional, le corresponde al Legislador hacer eficaces los mandatos constitucionales dentro del marco del principio de libertad de configuración legislativa. Libertad que no lo habilita para dejar de expedir las normas requeridas para su desarrollo, ya que su silencio u omisión resulta contrario a la Carta Fundamental. Aceptada la libertad de configuración legislativa, no es dable admitir la vulneración de la Ley Fundamental por la inercia u omisión del legislador, por desconocer el principio de supremacía constitucional.

El ordenamiento constitucional contiene normas de cumplimiento inmediato y directo que no requieren de desarrollo posterior, ya que de por sí mismas son idóneas para regular situaciones

concretas, pudiendo ser aplicadas en forma directa. Igualmente contiene mandatos de eficacia limitada que requieren obligatorio y concreto desarrollo del Legislador, y son los *encargos al legislador*. Es prerrogativa del Legislador determinar la oportunidad para expedir una norma, no se concibe como una potestad arbitraria ni absoluta, ya que es su obligación garantizar el cumplimiento de los principios y valores constitucionales, el reconocimiento de los derechos y la protección de los bienes jurídicos.

La Constitución no sólo se vulnera cuando se hace lo que ella prohíbe hacer, sino también cuando se deja de realizar lo que ordena que se haga. La inercia u omisión de las funciones del Estado frente a claros y concretos mandatos del constituyente, produce efectos contrarios a lo que dispone la Constitución. La omisión legislativa inconstitucional se produce frente a aquellas normas de rango constitucional que imponen un encargo al legislador y una conducta concreta, de tal suerte que sin este se resta eficacia a las normas y se produce desconocimiento de principios rectores contenidos en la Carta.

En el siguiente capítulo analizaremos la institución de la omisión legislativa inconstitucional, su conceptualización y principales características jurídicas, así como su admisión a través de la jurisprudencia constitucional. La tipología de las omisiones legislativas y el tratamiento dado a ellas por los órganos de control constitucional. A la par, analizaremos la incidencia de la omisión legislativa frente a los derechos y garantías reconocidas por la Constitución y sí las consecuencias dañosas que de ellas se puedan deducir.

CAPITULO 2. DEBATE SOBRE LA OMISIÓN LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL Y LA VIOLACIÓN DEL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL

En este apartado, siguiendo la línea argumentativa y hermenéutica que se viene desarrollando alrededor de la determinación de las calidades de la omisión legislativa, se analizarán los presupuestos para que configure la omisión legislativa inconstitucional, que se presenta frente a normas constitucionales cuyo desarrollo requiere la intervención del legislador para lograr su eficacia plena, y la admisión en el ordenamiento colombiano de la teoría de la omisión legislativa bajo el argumento de que la Constitución puede ser vulnerada por medio de la acción o de la omisión del Legislador. De la mano del tratadista alemán Wessel, quien propuso la clasificación de las omisiones legislativas en absolutas y relativas, entraremos a analizar los tipos de omisión, y cómo la falta de actuación del legislador conlleva el recorte o desconocimiento de los derechos amparados constitucionalmente con consecuencias dañosas para los asociados y reparadoras para el Estado Legislador.

Como se ha afirmado, el ordenamiento constitucional puede ser incumplido por acción, cuando el Legislador expide una norma abiertamente contraria a los preceptos constitucionales, y por omisión, cuando el Legislador omite la orden constitucional de desarrollar una norma reguladora de un derecho o una libertad. Sobre este aspecto señala Víctor Bazán: "la Constitución se vulnera no solamente cuando se hace lo que ella prohíbe hacer, sino también cuando se deja de hacer lo que ella manda que se haga" (1997, p. 3); concepto que el autor amplia en su texto *Neoconstitucionalismo e inconstitucionalidad por omisión*, señalando que "cuando no se actúa a pesar de la expresa previsión constitucional dirigida a que se lo haga o cuando se regula de forma defi-

ciente plasmando una reglamentación deficiente o discriminatoria al no dotar a algunos de los que, en igualdad de condiciones o circunstancias acuerda a otros" (2007, p. 125).

De este modo, las omisiones se identifican con *la no acción* o falta de actividad del Legislador en el cumplimiento de la obligación de legislar que le impone expresamente el Constituyente, lo que puede tener fundamento en lo expresado en los párrafos anteriores. No obstante, si es necesario insistir en que, para hablar de omisión legislativa, es requisito indispensable que en la Carta exista una norma expresa que contemple el deber de expedir la ley que la desarrolle y el legislador la incumpla, pues sin deber no puede haber omisión. Muchas veces el término omisión legislativa para Israel Santos es utilizado en la práctica para designar o hacer alusión a cualquier tipo de pasividad o silencio, situación que ha dificultado diferenciar el concepto de otros más o menos similares, como el de lagunas del derecho o el silencio administrativo (2016, p. 8). La omisión legislativa se caracteriza siempre por el incumplimiento de la obligación expresa o implícita, en el orden discursivo, de desarrollo posterior de la norma.

En este marco de ideas, también debe precisarse que no todo silencio del Legislador es inconstitucional, dado que existen silencios legislativos que no son contrarios a la Constitución, sea porque la misma norma deja su regulación a la voluntad política del Legislador, caso en el cual la misma norma le otorga la facultad de decidir si la regula o no. Al Legislador le cabe callar, sin que por ello su silencio sea contrario a la Constitución y arrastre consecuencias jurídicas de ahí que como lo señala Ignacio Villaverde "el silencio se transforma en omisión contraria a la Constitución, si ella entraña un desplazamiento del poder constituyente, al significar esa actitud silente una alteración del contenido normativo de la Constitución" (1996, p 4). Ejemplo de esto se encuentra en el artículo 23 del ordenamiento constitucional colombiano que consagra el De-

recho Fundamental de Petición otorgándole al legislador la competencia de regular su ejercicio ante organizaciones privadas, facultad que este actor decide si usa o no.

También puede suceder que no haya inconstitucionalidad en el silencio legislativo cuando se trata de normas constitucionales de aplicación directa, disposiciones que agotan su contenido normativo y en las que el legislador se encuentra limitado a desarrollar los presupuestos de la norma, ajustado a ella, como ocurre con las normas que consagran los derechos fundamentales que tienen aplicación directa e inmediata, sin que sea necesaria intermediación normativa por parte del legislador.

Para efectos del control constitucional de las *omisiones legislativas*, la omisión categorizada como relevante es aquella contraria al ordenamiento constitucional. En otros términos, se trata de "aquel silencio legislativo o aquella regulación legislativa incompleta o parcial que produce consecuencias no queridas por la Constitución y por tanto puede considerar que es objeto de una prohibición constitucional" (Díaz Revorio, 2001, p. 82). Estas *omisiones legislativas inconstitucionales* se derivan del no cumplimiento de disposiciones constitucionales legislativas; es decir, se trata del no cumplimiento de normas que vinculan y obligan al Legislador a la creación de medidas legislativas que concreten y hagan viables los mandatos constitucionales, siendo procedente analizar la omisión legislativa inconstitucional, haciendo distinción entre las omisiones absolutas y relativas. Esta distinción permitirá analizar los mecanismos que dan solución a los problemas que las omisiones conllevan.

2.1 Caracterización jurídica de la omisión constitucionalmente relevante: la omisión legislativa inconstitucional

En la necesidad de comprensión hermenéutica del discurso jurídico sujeto a la omisión misma, es imprescindible hacer un breve rastreo del término *omisión* para luego entrar a analizar la expresión *omisión legislativa inconstitucional*. En principio, la omisión deriva de omitir, que es verbo que contiene semánticamente el significado de dejar, voluntaria o involuntariamente, de decir o de consignar, entregar, dar, destinar, establecer, designar señalar una cosa. En este sentido, la omisión es, en principio dejar de proveer algo que debería darse por el acto de instituir o de decir.

Este decir consiste en enunciar, proferir por medio de un acto discursivo o en "la flojedad o descuido de quien está encargado de un asunto" (Charaudeau, Mainguenau, 2005). Los diccionarios de lengua española, como el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, expresan ocurrencias del término en los *corpora* lingüísticos con ejemplos como cuando "dice la ley que si de su omisión resultare grave daño para la causa pública o para un tercero, las penas serán de inhabilitación especial y multa de 180 a 200 pesos". A esto se suma la acepción según la cual la omisión hace incomprensible el texto y al descuido de la persona que está encargada de una cosa. En el ámbito del derecho, los mismos repertorios lexicográficos definen la omisión como el "delito o falta consistente en la abstención de una actuación que constituye un deber legal, como la asistencia a menores incapacitados o a quien se encuentra en peligro manifiesto y grave" (DRAE, 2014). Los alcances del verbo *omitir* y del sustantivo *omisión* se relacionan con dejar de hacer algo voluntaria o involuntariamente.

Fernández Rodríguez, pese a que reconoce que el término *omisión* tiene origen en el derecho romano en la figura de la preterición del derecho del heredero y en los casos en los que el juez se abstenía de dictar sentencia, coincide en afirmar que fue el sentido jurídico-penal de la omisión el que se tuvo en cuenta y se trasladó al derecho constitucional, entendido como la no realización de la ley, la inobediencia de la ley (1993, p. 21). La connotación dada en el derecho penal a la omisión, que sanciona la no actuación de los individuos cuando una norma jurídica exige una conducta de acción o cuando la omisión provoca un resultado que es sancionado, para Israel Santos Flores es muy similar a la omisión legislativa, ya que la inobservancia de la ley produce consecuencias jurídicas para quien está obligado a actuar (2016, p. 11).

Esta posición lo lleva a considerar que la omisión jurídica en general, requiere dos elementos: en primer lugar, una norma que demanda un determinado hacer a sus destinatarios (elemento formal u objetivo) y un sujeto que estando obligado a su cumplimiento, la trasgrede en forma voluntaria al no acatarlo en lo absoluto o al observarla inacabadamente (elemento material o subjetivo). Consecuente con ésta definición, resultan dos tipos de omisión: la absoluta que implica una inactividad permanente y total; y la relativa o parcial que conlleva un incumplimiento parcial de la norma, vulnerándola. Clasificación que estudiaremos a profundidad más adelante. Para el estudio del instituto jurídico de *omisión legislativa inconstitucional* se parte del presupuesto de considerar a la Constitución como norma jurídica superior y no simplemente un conjunto de principios programáticos. Ello implica, como lo señala Israel Santos, "visualizar el texto constitucional como norma jurídica plenamente exigible ante los tribunales y de carácter vinculante ante el poder público" (2016, p. 15).

En la conceptualización del término, existen dos corrientes doctrinarias, como lo analiza con acierto Fernández Rodríguez: la primera de ellas integrada por quienes conciben el instituto en

forma extensa, y la segunda, por aquellos que lo consideran en su dimensión reducida. En el primer caso, la vulneración de las normas constitucionales se produce por la inactividad de los poderes públicos en general, por lo que no dictar leyes, no emitir actos políticos o administrativos y no pronunciar decisiones judiciales, se configuran como conductas omisivas (1993, p. 23). En este supuesto, la omisión se conecta directamente con el incumplimiento de una obligación de desarrollo o de una obligación de actuar de origen constitucional. Pertenecen a esta corriente Bazán, Bidart Campos, Mirada, Sagúes, entre otros.

En el segundo grupo, la omisión legislativa se refiere exclusivamente a la inacción del Poder Legislativo, siendo la postura más estricta y que más acogida ha tenido. Por ser de corte constitucional, se denomina *omisión legislativa inconstitucional* a la falta de desarrollo por parte del Poder Legislativo respecto a un mandato expreso contenido en una norma de la Ley Fundamental (Santos Flores, 2016, p. 15). Dentro de esta escuela encontramos a Fernández Rodríguez, Gomes Canothilo, Villaverde Meléndez, Casal, Morón Urbina.

En consecuencia, el concepto de *omisión legislativa* puede tener varios alcances y acepciones de acuerdo a la postura que se adopte. Sin embargo, la más aceptada por la doctrina es la que se identificaba con la inobservancia de un texto constitucional por parte del Poder Legislativo; de tal forma que la expresión omisión legislativa es utilizada para referirse a la inconstitucionalidad por *omisión legislativa*, como a continuación lo confirmamos.

El español Fernández Rodríguez recupera el concepto de *la omisión legislativa* como un hecho de inconstitucionalidad dado por la omisión, desde un punto de vista doctrinal, y para ello afirma que en la arquitectura de un Estado Democrático de Derecho, el Poder Legislativo es el encargado de emanar las normas que desenvuelvan los preceptos constitucionales que requieran tal proceder; por lo que “parece lo más adecuado que la omisión inconstitucional se predique

sólo del legislador, aunque en sistemas presidencialistas se podría introducir alguna matización en ello;" y agrega que "el período excesivamente prolongado a la hora de actuar introduce la necesidad de un proceder casuístico que analice individualmente las circunstancias de cada supuesto" (1998, p. 81).

Como se ha venido expresando, con estas nuevas precisiones, se puede entender que la *omisión legislativa inconstitucional* se produce, entonces, frente aquellas normas de rango constitucional que imponen un encargo al Legislador y una conducta concreta, de tal suerte que sin estas se resta eficacia a las normas. La vulneración de una norma constitucional que exige un desarrollo posterior del Legislativo, conlleva el desconocimiento de los principios consagrados en la carta superior, toda vez que lleva a la abstracción o ensimismamiento de ellos por no poder o por no darse efectivamente la labor de desarrollo de una norma que es obligatoria para el Legislador. Son principios, que para Israel Santos "sirven de directrices para el Estado de Derecho pero que no imponen una carga de desarrollo legislativo ulterior, sino más bien exigen un respeto universal en la construcción del ordenamiento jurídico en la aplicación el mismo" (2016, p. 42).

Sobre este aspecto, sostiene Morón Urbina que "el Estado de Derecho moderno exige un legislador activo que dote de efectividad fáctica a los principios y normas que requieren ser desarrolladas conforme los términos que el mandato de actuación lo requiera" (1988, p. 350), que es lo mismo que afirmar que el derecho en el ordenamiento moderno del Estado no puede prescindir de la actividad efectiva del Legislador quien, a través de la producción del discurso jurídico que le corresponde construir, desarrolla los mandatos a los que está sujeto en aras de la marcha del ordenamiento jurídico mismo.

Una aproximación al concepto y alcance de la *omisión legislativa inconstitucional* es aportada por Gomes Canotilho cuando considera que "es el incumplimiento de mandatos constitucio-

nales permanentes y concretos" (1998. p. 917), lo que coincide con la perspectiva de Fernández Rodríguez al insistir en que la omisión legislativa inconstitucional que se produce "por la 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 se impide su eficaz aplicación" (1998, p. 81).

Tajadura Tejada siguiendo, a Gomes Canotilho, considera que la *omisión legislativa inconstitucional* se presenta por el incumplimiento de mandatos constitucionales permanentes y concretos, lo que implica, en primer lugar que la omisión legislativa no se reduce a un simple no hacer, a una abstención, sino que ella se identifica con una exigencia constitucional de acción; en sentido jurídico-constitucional "omisión" significa no hacer aquello a lo que, "de forma concreta", se estaba constitucionalmente obligado. En segundo lugar, las omisiones inconstitucionales derivan del incumplimiento de mandatos constitucionales concretos que vinculan al legislador a la adopción de medidas legislativas de concreción constitucional; en tercer lugar, se requiere de la existencia de normas constitucionales sin suficiente densidad por ser ejecutables o practicables por sí mismas, reenviando al legislador la tarea de darles operatividad práctica, y por último se habla también de omisión inconstitucional cuando el legislador incumple los mandatos que se traducen en una exigencia de legislar única, concreta y no permanente (Tajadura Tejada, 2011, p. 274).

La doctrina constitucional ha desarrollado los presupuestos necesarios para que se configure la omisión legislativa inconstitucional. Como da cuenta Villaverde Menéndez, el primero de tales presupuestos es el silencio del Poder Legislativo, esto es, la inactividad u omisión constatable; el segundo es el de la existencia de una norma constitucional concreta que establezca un deber imperativo de legislar; el tercero es la existencia de una situación contraria a la Constitu-

ción generada por el silencio o las circunstancias jurídicas y fácticas contrarias a la Constitución misma y, finalmente, el transcurso del tiempo o plazo razonable para ejercitar la competencia legislativa (1997, p. 94). Estos cuatro supuestos pueden entenderse, sucintamente, como los requisitos o condiciones que desembocan en una omisión legislativa inconstitucional.

En la práctica jurídica colombiana se ha admitido la teoría de la *omisión legislativa inconstitucional* bajo el argumento de que la Constitución puede ser vulnerada por la acción del Legislador y por vía de omisión legislativa, esto es, cuando el Legislador estando obligado a realizar una determinada acción o regulación y no lo hace (Corte Constitucional, Sentencia C-188 de 1996). La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en vigencia de la Constitución Política de 1886 (Sentencia del 4 de agosto de 1981. M. P Manuel Gaona Cruz, *Gaceta judicial*, núm. 2405; Sentencia del 2 de junio de 1981, M. P Manuel Gaona Cruz *Gaceta judicial*, núm. 2405), y la Corte Constitucional, en virtud del poder que le fue conferido en el ordenamiento de 1991 para preservar la integridad del texto constitucional, se pronunciaron sobre la constitucionalidad de la inactividad del órgano legislativo (Sentencia C-956 de 1999; C-132 de 1999; C-5453 de 1996)

Luego, desde 1996, la jurisprudencia constitucional colombiana tomó posición frente al problema y en la sentencia C-543 de 1996, pionera en la materia, sostuvo que para que se configure la omisión legislativa debe existir en la Carta una norma que contemple el deber de expedir la ley que la desarrolle y, adicionalmente, que el legislador la incumpla, de lo que resulta que la omisión legislativa "se identifica con la no acción o falta de actividad del legislador en el cumplimiento de la obligación de legislar que le impone expresamente el Constituyente […] entendiéndose por omisión legislativa todo tipo de abstención del legislador de disponer lo prescrito por la Constitución."

Reiterando la doctrina expuesta, el Alto Tribunal sostuvo en la sentencia C-188 de 1996, que el fenómeno de la inconstitucionalidad por omisión está ligado a una *obligación de hacer*, que supuestamente el Constituyente consagró a cargo del Legislador que, sin que medie motivo razonable, se abstiene de cumplirla, incurriendo con esta actitud negativa en una violación a la Carta. Esta sentencia reconoce, como hecho de suma importancia, que el *no hacer* del legislador puede vulnerar los derechos individuales al producir daños que deben ser reparados por el Estado.

Posteriormente, en la sentencia C-1064 de 2001, se precisan las características que se deben dar para que de un deber jurídico surja una omisión inconstitucional. Para esto, el texto señala específicamente sobre el deber jurídico que "este 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 se expida un acto definido; y, el plazo para cumplir dicha obligación debe ser claro usualmente porque la Constitución lo ha fijado".

Lo expuesto hasta aquí lleva a concluir que, para que se configure una omisión y que esta sea inconstitucional, es necesario verificar la existencia de un mandato constitucional de obligatorio desarrollo por parte del legislador, pero, además, que dicho mandato sea vinculante, esto es, que su desarrollo sea obligatorio.

2.2 Tipología de las omisiones legislativas inconstitucionales: omisión absoluta y omisión relativa

En el debate sobre la omisión legislativa se han distinguido, tradicionalmente, dos tipos de omisión del Legislador que han sido desarrollados por la doctrina constitucional alemana, a sa-

ber, *i)* la omisión absoluta y *ii)* la omisión relativa, entre las que existe una distinción importante para determinar los mecanismos que dan solución a los problemas que las omisiones conllevan. Para Wessel, magistrado del Tribunal Constitucional alemán y considerado el pionero del estudio de la omisión del Legislador, la omisión absoluta se refiere a la "ausencia total de desarrollo de un precepto constitucional por parte del legislador y la omisión relativa a la vulneración del principio de igualdad por el olvido de ciertos grupos en la legislación" (1952 p. 164). Esta omisión absoluta o total del Legislador se presenta frente a la ausencia total de desarrollo del precepto constitucional, o cuando se evidencia la "ausencia total de la norma que debería regular una determinada situación jurídica fijada constitucionalmente" (Bazán, 2006, p. 479). La omisión relativa o parcial, por otra parte, hacen referencia a las regulaciones que, por falta de previsión de hechos específicos, vulneran el principio de igualdad y que como lo señala Fernández Rodríguez suponen una deficiente regulación por ausencia de completitud de la norma (1993, p. 58).

Para el autor, Wessel ve una consecuencia clara en la diferenciación de las omisiones: la vulneración de un derecho fundamental por omisión absoluta se niega por principio, lo que trae como consecuencia la inadmisión de una demanda de constitucionalidad que se base en dicha inactividad. Las omisiones relativas son fiscalizables ya que supone una vulneración inmediata de un derecho fundamental por el Legislador, por lo que procede interponer una demanda constitucional fundada en el actuar del Legislador contrario al principio de igualdad (Fernández Rodríguez, 1993, p. 58).

Sobre este asunto, la doctrina italiana retoma la clasificación propuesta por Wessel y define la omisión absoluta como "la ausencia de actuación normadora por parte del Parlamento destinada a aplicar un precepto o principio constitucional", y la omisión relativa como "la omisión de res-

peto del principio de igualdad ante la ley cuando el legislador normaba un instituto en virtud de su facultad discrecional" (Hernández Valle, 2003, p. 179-186). Desde la práctica jurídica del constitucionalismo europeo, Francisco Díaz Revorio sostiene que la omisión legislativa absoluta se produce cuando falta toda disposición legislativa que desarrolle o de cumplimiento al precepto constitucional, creando así una situación contraria a la norma fundamental; las omisiones relativas cuando existe una actuación del legislador –una ley– pero la misma es parcial, incompleta o defectuosa desde el punto de vista constitucional. Las omisiones absolutas se corresponden con los "silencios del legislador" que generan situaciones contrarias a la Constitución; las omisiones relativas son silencios de la ley que provocan la misma situación inconstitucional (Díaz Revorio, 2001, p. 83).

Advertidos de la presencia de los dos tipos de omisión legislativa y del desarrollo doctrinal respectivo, es posible entrar en el territorio en que se resuelve si de ellas se puede concluir el alcance de protección desde el Tribunal Constitucional.

2.3. La omisión legislativa absoluta: silencio del Legislador que genera situaciones contrarias a la Constitución

En este apartado se hace un análisis sobre la omisión legislativa absoluta, para ello se confirma cómo la omisión legislativa absoluta, que surge de la falta de actuación del Legislador frente a aquellas normas contenidas en la Carta Fundamental que requieren desarrollo legal para asegurar su cumplimiento, conlleva al desconocimiento o recorte de los derechos y garantías constitucionales, con consecuencias dañinas para los asociados.

Como se ha expresado antes, ocurre la omisión absoluta cuando el Legislador incumple la obligación constitucional de expedir una regulación específica frente a una norma constitucional, lo que instaura una evidente y clara inactividad del Legislador. De ahí se infiere, con asideros lógicos consistentes, que se da la ausencia total de una norma o precepto legal. Es decir, se produce la omisión legislativa absoluta cuando la norma que el Legislador debe expedir no existe, hecho que afecta el desarrollo y realización del texto constitucional. Esto trae consigo la producción de un silencio total sobre una materia determinada cuya regulación ha sido impuesta por una norma constitucional.

Frente al silencio del Legislador, los tribunales constitucionales como órganos encargados de garantizar la supremacía del ordenamiento constitucional, no se han limitado a declarar la inconstitucionalidad de las leyes, y han intervenido entorno a la omisión relativa y absoluta legislativa en que incurre el Legislador. Al respecto, señala el autor Brewer-Carías que en la actualidad es aún más frecuente constatar cómo los jueces constitucionales, en lugar de estar controlando la constitucionalidad de leyes existentes, cada vez más controlan la ausencia de tales leyes o las omisiones o abstenciones absolutas o relativas en las que hubiese incurrido el Legislador. "Al controlar estas omisiones legislativas, el juez constitucional, en muchos casos, asume el papel de ayudante o de auxiliar del Legislador, creando normas que normalmente derivan de la Constitución; y aún, en algunos casos, sustituyendo al propio Legislador" (Brewer-Carías, 2015).

El autor italiano Constantino Mortati (1972, p. 923), en relación con las posibilidades del órgano de jurisdicción constitucional frente a la alteración de la plenitud del texto constitucional por un actuar contrario a la Constitución como por un no actuar, distingue las omisión que califica como *absoluta,* esto es, donde falta todo tipo de actuación normadora destinada a aplicar el

precepto constitucional, de la omisión *relativa*, derivada de actuaciones parciales que disciplina un tema para algunas relaciones y no para otras análogas, conectándose la omisión del legislador con el principio de igualdad, advirtiendo que ofrece mayor dificultad el control de las omisiones absolutas.

En el sistema jurídico colombiano, frente a las omisiones legislativas absolutas y relativas, la Corte Constitucional se ha limitado a pronunciarse sobre la omisión relativa, en la medida en que existe una actuación parcial del Legislador; pero, frente a la omisión absoluta, excluye toda posibilidad de control, dada la inexistencia de un acto que permita dicho control. La Corte circunscribe su propia competencia al reconocimiento de las omisiones legislativas relativas y considera que no es procedente pronunciarse en otros casos, donde el objeto de la acción de inconstitucionalidad consiste en evaluar si el Legislador, en el actuar que le es obligante, vulnera los cánones constitucionales. Como ya se expuesto en páginas precedentes, el argumento que soporta esta afirmación es el de la no existencia de actuación del órgano legislativo y, al no existir cosa actualizada y realizada, no hay acto que comparar con los cánones constitucionales, (Corte Constitucional: C-745 de 1998 y C-745 de 1998. M. P. José Gregorio Hernández. Sentencia C-192 de 2006. M. P Jaime Córdoba Triviño) asunto que podría ser discutido por cuanto la omisión consiste en la ausencia de la acción (opuesto a la inanidad, la inactividad o el dejar hacer fuera de orden o dar espacio a una forma de indolencia, por el interés que fuere) que era obligatoria para el legislador, con independencia de que la acción (en caso de haber sido ejecutada) fuera constitucional o no, problema al que correspondería otro juicio.

El primer pronunciamiento sobre la incompetencia del órgano constitucional para controlar las omisiones legislativas absolutas es la sentencia C-543 de 1996, que decide sobre la omisión legislativa al no reglamentar el Congreso de la República los artículos 87 y 88 de la Constitución

Política que consagran la Acción de Cumplimiento y las Acciones Populares, sentencia mencionada en el apartado precedente. En ella, el Tribunal Constitucional advierte la falta de competencia del órgano de control para conocer demandas de inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta, con fundamento en que es la misma Constitución, en forma taxativa, la que señala al órgano de control constitucional las funciones que les competen y ninguna de estas autoriza la "fiscalización de lo que genéricamente el legislador ha omitido, conforme a las directrices constitucionales" Sostiene el Alto Tribunal que al juez constitucional le corresponde controlar la actuación del legislador, de tal manera que cuando no hay actuación no hay acto que comparar con la norma superior; sí no hay actuación, no hay acto que pueda ser sujeto de control.

Si bien el Tribunal Constitucional, en posición mayoritaria, admite que la inactividad del Legislador frente al deber de legislar produce lesiones a los derechos y garantías individuales establecidos en la Constitución, ello se puede remediar haciendo uso de otros recursos o acciones que la misma Constitución consagra, como la Acción de Tutela o la Acción de Cumplimiento. En relación con la competencia para adelantar un juicio de inconstitucionalidad por omisión legislativa, la Corporación admite que la asume siempre y cuando se trate de omisiones legislativas relativas, no de omisiones legislativas absolutas, ello por la ausencia total de normatividad que le impide hacer un confrontación material, objetiva y verificable entre el texto de la Carta Política y una norma de rango legal, y, por esto, se condiciona la demanda de inconstitucionalidad. Al respecto afirma que la acción pública de inconstitucionalidad, si bien permite realizar un control más o menos extenso de la labor legislativa, no autoriza la fiscalización de lo que el legislador genéricamente ha omitido, conforme a las directrices constitucionales. Por esta razón, hay que excluir de esta forma de control el que se dirige a evaluar las omisiones legislativas absolutas: si no hay actuación, no hay acto qué comparar con las normas superiores; si no hay ac-

tuación, no hay acto que pueda ser sujeto de control. La Corte expresa que ella carece de competencia para conocer de demandas de inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta (Corte Constitucional. Sentencia C-041 de 2001).

De este modo, la Corte Constitucional ha mantenido competencia para conocer de las omisiones legislativas relativas, pero advierte que, para abrir la posibilidad de emitir un pronunciamiento de fondo, se requiere que la demanda de inconstitucionalidad recaiga sobre un texto real y no simplemente de uno deducido por el actor o implícito y, que además, que exista una oposición definitiva y verificable entre lo que dispone el precepto acusado y lo que manda la Constitución (Sentencias C-543 de 1996; C-038 de 2006 y C-045 de 2006). La posición de la Corte Constitucional es, en definitiva, la de reconocer que procede la acción de inconstitucional contra omisiones relativas del Legislador, pero deja sin resolver el vacío causado por la falta de desarrollo de normas que consagran derechos y garantías constitucionales; este problema requiere de la intervención del Legislador para que el mandato constitucional sea realizable.

2.4. Línea jurisprudencial de la omisión legislativa absoluta

De la abstención del Legislador frente al desarrollo de mandatos cuya obligatoriedad la impone la Constitución y que causan alteraciones al orden constitucional, presentaremos la línea de la jurisprudencia de la Corte Constitucional que nos permite evidenciar si existe en efecto, control por parte del ente fiscalizar frente a las omisiones absolutas del legislador.

PROBLEMA JURÍDICO
¿Es competente la Corte Constitucional para pronunciarse respecto de la inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta, cuando la inactividad del legislador deriva en la ausencia total de una regulación exigida por la Constitución?

SI, La Corte Constitucional emite un pronunciamiento de fondo respecto de la exequibilidad de la norma acusada al considerar que efectivamente se está en presencia de una omisión legislativa absoluta; sin embargo, al no existir un mecanismo de control constitucional para subsanar la misma, exhorta al Congreso de la República pues tratándose de un aspecto sancionatorio, lo correcto, en obediencia al principio de legalidad, es que sea el legislador quien señale las conductas y sanciones respectivas.	• **C-543/ 1996** • **C-146/ 1998** • **C-185/ 2002** • **C-402/ 2003** • **C-1154/ 2005** • **C-045/ 2006** • **C-542/ 2008** • **C-442/ 2009** • **C-489/ 2012**	**No**, La Corte Constitucional dicta fallo inhibitorio, en razón a que el control de constitucionalidad se realiza sobre la norma específica que se demanda, lo cual implica que si el legislador genéricamente ha omitido un deber de regulación constitucional, es decir no ha habido una actuación de parte de éste, no hay acto qué comparar y por ende la Corte carece de competencia para realizar dicho control.

Marco conceptual

Se determinó por parte de la Corte Constitucional Colombiana - Sentencia C-619 de 2001- que en la omisión legislativa absoluta, el fenómeno de la inactividad del legislador tiene consecuencias distintas a las de la omisión legislativa relativa, y es ello lo que configura la distinción que se presenta en la práctica entre los dos tipos de omisiones referidas. La jurisprudencia de la Corte

ha hecho referencia a que se debe verificar que la inactividad del legislador se represente en una disposición jurídica concreta para contemplar la posibilidad de declarar la existencia de una omisión legislativa relativa, y así dictar una sentencia de exequibilidad condicionada; no es menos cierto que la ausencia total de una regulación (omisión legislativa absoluta) puede atribuirse a disposiciones jurídicas concretas también, por ejemplo, un Código o una ley estatutaria pueden carecer de la referencia normativa a un elemento esencial relativo al tema que pretenden regular. De este modo, lo que haría que esta última hipótesis se tratara como una omisión relativa o como una absoluta, no sería propiamente la posibilidad o imposibilidad de señalar la(s) proposición(es) jurídica(s) en la(s) cual(es) debió incluirse la regulación ausente, sino la alternativa cierta de que mediante una sentencia de exequibilidad condicionada se pueda llenar el vacío normativo.

En relación con las omisiones absolutas, haremos referencia a tres ejemplos, el primero de ellos constituye un caso extremo analizado en sentencia C-543 de 1996, en el cual se solicitó a la Corte que declarara la existencia de una omisión legislativa sustentada en que para el año 1996 el legislador no había regulado los artículos 87 y 88 constitucionales, que consagran las acciones de cumplimiento y las acciones populares, respectivamente. En la anterior hipótesis, por los pormenores del caso concreto no fue posible dirigir el cargo contra disposición jurídica alguna; pero lo que sí resultaba evidente era la imposibilidad de llenar el vacío normativo por medio de una sentencia en ejercicio del control de constitucionalidad, pues implicaba que la Corte expidiera la regulación.

Otro evento en el que se planteó a la Corte una omisión legislativa absoluta como causal de inexequibilidad, se presentó en el estudio adelantado en la sentencia C-542 de 2008. En aquella ocasión, se analizó la constitucionalidad del artículo del Código Sustantivo del Trabajo que dispone el sometimiento obligatorio a arbitramento de conflictos colectivos de trabajo que se pre-

senten en los servicios públicos esenciales y que no hubieren podido resolverse mediante arreglo directo.

El cargo de inconstitucionalidad sustentó la presunta configuración de una omisión legislativa, en la ausencia de una regulación que definiera con claridad el concepto de servicios públicos esenciales y el listado de cuáles son estos servicios. La Corte consideró que ello configuraba una omisión legislativa absoluta y por ello desestimó el cargo. En este caso también se evidencia que la imposibilidad de la Corte para decidir de fondo sobre la omisión referida, radica en que ello implicaría que esta Corporación definiera cuáles son los servicios públicos esenciales, lo que constituiría una extralimitación en sus competencias de control de constitucionalidad.

Por último, mediante sentencia C-442 de 2009, la Corte declaró la existencia de una omisión legislativa absoluta en las regulaciones del Código de Infancia y Adolescencia, por cuanto el mencionado Código contempló un régimen de responsabilidades de los medios de comunicación, cuando éstos incumplieran sus deberes frente a los menores, pero no dispuso un procedimiento sancionatorio que diera cuenta del régimen de responsabilidades aludido. La Corte instó al Congreso de la República para que regulara el procedimiento coherente con las responsabilidades en que podrían incurrir los medios en el contexto señalado, y afirmó que el Juez de control de constitucionalidad no era competente para llenar un vacío que implicaba el diseño de un procedimiento sancionatorio.

Sentencias objeto de estudio sobre el tema

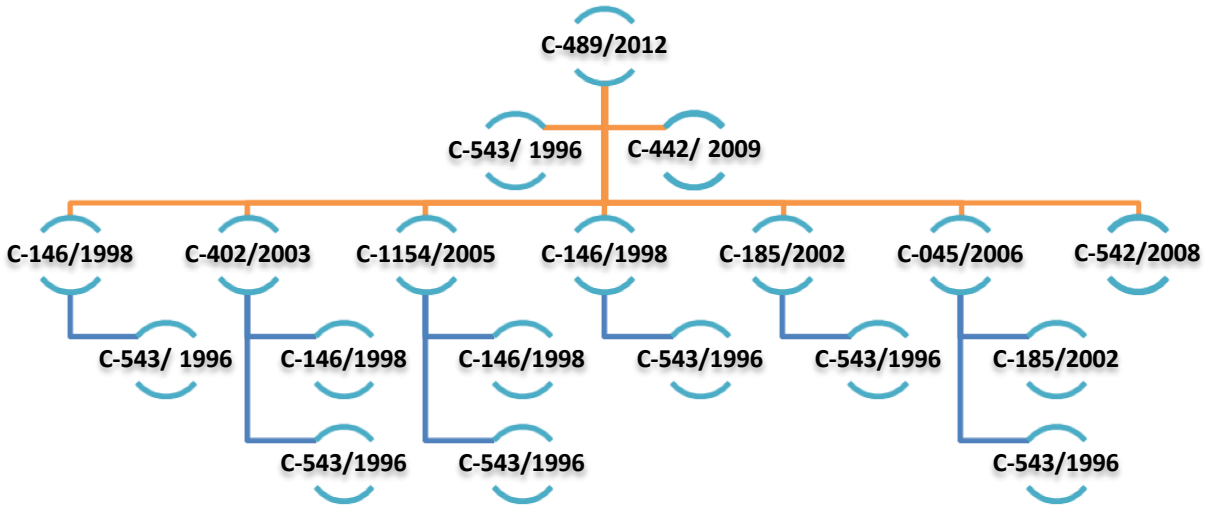
SENTENCIA	MAGISTRADO PONENTE
C-543/ 1996	Dr. Carlos Gaviria Díaz
C-146/ 1998	Dr. Vladimiro Naranjo Mesa
C-185/ 2002	Dr. Rodrigo Escobar Gil
C-402/ 2003	Dr. Jaime Araujo Rentería
C-1154/ 2005	Dr. Manuel José Cepeda Espinosa
C-045/ 2006	Dr. Rodrigo Escobar Gil
C-542/ 2008	Dr. Jaime Córdoba Triviño
C-442/ 2009	Dr. Humberto Antonio Sierra Porto
C-489/ 2012	Dra. Adriana María Guillén Arango

Como punto **arquimédico** de la línea jurisprudencial se encuentra la sentencia C-489/ 2012, como sentencias **hito** se encuentran las sentencias C-146/1998 (Confirmadora de línea) y C-442/2009 (Modificadora de línea). Finalmente, la **sentencia fundadora de línea** es la C-543 de 1996.

Telaraña



Nicho citacional



Análisis estático del precedente

a. Análisis Jurisprudencial de la sentencia C-543/1996

Sentencia C–543 DE 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz (sentencia 1)	
Referencia	**Expediente D-1286.** Demanda de inconstitucionalidad por la omisión del legislador en reglamentar los artículos 87 y 88 de la Constitución**.** **Demandante:** Hugo Alberto Marín H. **Lugar y Fecha:** Santafé de Bogotá, D.C., dieciséis (16) de octubre de mil novecientos noventa y seis (1996).
Hechos	El ciudadano HUGO ALBERTO MARIN H., en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, solicita a la Corte Constitucional que "declare la inconstitucionalidad por omisión en que incurre el Congreso de la República al no haber cumplido con la obligación de reglamentar los artículos 87 y 88 constitucionales, que consagran las acciones de cumplimiento y las acciones populares, respectivamente." Considera el actor que el legislador ha incurrido en una inconstitucionalidad por omisión al no expedir las leyes que regulan las acciones de cumplimiento y las populares, consagradas en los artículos 87 y 88 de la Carta, en consecuencia, solicita a la Corte "señalar un plazo razonable al legislador para reglamentar las normas constitucionales cuya efectividad soli-

	citamos por vía de la presente acción pública de inconstitucionalidad, o en su defecto, si al cabo de dicho término el legislador formal no cumple con lo mandado, disponer que el ejecutivo solicite facultades legislativas extraordinarias al Congreso, para que dentro del plazo establecido por el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución, regule la materia respectiva".
Problema Jurídico	¿Es competente la Corte Constitucional para estudiar la inconstitucionalidad por omisión absoluta, al no haber cumplido el legislador con la obligación de reglamentar los artículos 87 y 88 constitucionales, que consagran las acciones de cumplimiento y las acciones populares?
Tesis	No
Ratio Decidendi	El legislador puede violar los deberes que le impone la Constitución de las siguientes maneras: - Cuando no produce ningún precepto encaminado a ejecutar el deber concreto que le ha impuesto la Constitución; - Cuando en cumplimiento del deber impuesto por la Constitución, favorece a ciertos grupos, perjudicando a otros; - Cuando en desarrollo de ese mismo deber, el legislador en forma expresa o tácita, excluye a un grupo de ciudadanos de los beneficios que otorga al resto. A esta clasificación propuesta cabe agregar otra instancia: cuando el legislador al regular o construir una institución omite una condición o un ingrediente que, de acuerdo con la Constitución, sería exigencia esencial para armonizar con ella. v.gr.: si al regular un procedimiento, se pretermite el derecho de defensa. En el primer caso, de acuerdo con la clasificación creada por Wessel, quien fue el primero en aceptar que el "no hacer" del legislador puede vulnerar derechos individuales, se presenta una omisión legislativa absoluta por cuanto falta la disposición de desarrollo legislativo de un determinado precepto constitucional; mientras que en los restantes, existe una omisión legislativa relativa porque si bien el legislador ha expedido la ley en ella solamente ha regulado algunas relaciones dejando por fuera otros supuestos análogos, con clara violación del principio de igualdad. Así, mientras en el primer evento, hablaríamos de la omisión absoluta de un deber que la Constitución ha establecido de manera concreta, que implica necesariamente la ausencia de normatividad legal, en los demás, nos estaríamos refiriendo a la violación del deber derivado del principio de igualdad o del derecho de defensa, como elemento esencial del debido proceso, por cuanto la ley existe, pero no cubre todos los supuestos que debería abarcar. Hay aquí una actuación imperfecta o incompleta del legislador. En cambio, en la primera, no hay actuación en absoluto.

	Al analizar cada una de las funciones consagradas en el artículo 241 de la Constitución, advierte la Corte que ninguna de ellas la autoriza para fiscalizar o controlar la actividad legislativa por fuera de los términos señalados en la norma precitada. En efecto, la acción pública de inconstitucionalidad si bien permite realizar un control más o menos extenso de la labor legislativa, no autoriza la fiscalización de lo que el legislador genéricamente ha omitido, conforme a las directrices constitucionales. Las actuaciones penalmente encuadrables o constitutivas de faltas disciplinarias están sujetas a un control que escapa a la competencia de la Corte. Lo que se pretende mediante la acción de inconstitucionalidad, es evaluar si el legislador al actuar, ha vulnerado o no los distintos cánones que conforman la Constitución. Por esta razón, hay que excluir de esta forma de control el que se dirige a evaluar las omisiones legislativas absolutas: si no hay actuación, no hay acto qué comparar con las normas superiores; si no hay actuación, no hay acto que pueda ser sujeto de control. Las que sí pueden ser objeto de estudio por esta vía y, de hecho, ya lo han sido, son las llamadas omisiones relativas o parciales, en las que el legislador actúa, pero lo hace imperfectamente, como en los casos arriba señalados, de violación al principio de igualdad o al debido proceso. Así las cosas, no es posible acceder a la petición del demandante, pues la Corte carece de competencia para conocer de demandas de inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta, tal como quedó explicado.
Decisum	Declararse INHIBIDA para emitir pronunciamiento de fondo sobre el presente asunto, por falta de competencia para conocer de demandas de inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta.

b. Análisis Jurisprudencial de la sentencia C-146/ 1998.

Sentencia C–146 DE 1998, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa (sentencia 2)	
Referencia	**Expediente D-1814.** Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 36 y 133 de la Ley 100 de 1993; el artículo 1° de la Ley 33 de 1985; los artículos 4° y 5° de la Ley 4ª de 1966, y el artículo 17, literal b) de la Ley 6ª de 1945. **Demandante:** Germán Villalba Sandoval. **Lugar y Fecha:** Santafé de Bogotá, D.C., veintidós (22) de abril de mil novecientos noventa y ocho (1998).
Hechos	Estima el demandante que las disposiciones acusadas atentan contra los principios mínimos fundamentales laborales consagrados en el artículo 53 de la Carta Política, porque omitieron actualizar monetariamente el ingreso base de liquidación de las pensiones de jubilación, vejez y pensión sanción de los trabajadores que habiendo cumplido con el tiempo de servicio necesario para acceder a la respectiva pensión, debieron quedar cesantes mientras cumplían

	con el requisito de la edad, y que, al cumplirlo, obtuvieron el reconocimiento de su pensión sobre un salario devaluado. Por el contrario, los trabajadores que de manera simultánea cumplieron con estos dos requisitos, el de la edad y tiempo de servicio, tienen garantizada la actualización de sus pensiones por virtud de los reajustes anuales al salario. Esta discriminación, al decir del demandante, constituye una vulneración de los derechos de los pensionados que se encuentran en la primera de las situaciones descritas, pues desde el momento en que tuvieron que quedar cesantes por razón de cumplir con el tiempo de servicio, hasta el momento en que cumplieron con la edad requerida para la pensión, su ingreso base de liquidación quedó "congelado" y el monto de su pensión, mermado progresivamente en proporción con el aumento del índice de precios al consumidor. A estos trabajadores, dice, se les ha reconocido una pensión inferior a la generada y, teniendo en cuenta que se trata de personas de la tercera edad, el Estado debe garantizarles una protección especial. La violación de derechos mencionada, se refiere a aquellos trabajadores del Estado que se jubilaron con posterioridad a la Ley 4a de 1966 y antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, pues aquella actualizó retroactivamente el salario base de liquidación de los trabajadores jubilados con anterioridad a su vigencia, al prescribir que las pensiones de jubilación o de invalidez reconocidas por una o más entidades de Derecho Público con anterioridad a la vigencia de esta ley, serán aumentadas, por una sola vez, hasta llegar a setenta y cinco por ciento (75%) de la asignación actual del cargo o cargos que sirvieron de base para la liquidación, o su equivalente... De igual manera, la Ley 100 en sus artículos 36 y 133 prevé para quienes se jubilen conforme a sus disposiciones, la actualización del salario base de liquidación de la pensión. Pero para las personas que se jubilaron en el lapso comprendido entre las dos leyes referidas, que cumplieron con el requisito de tiempo antes que con el de edad y que tuvieron que esperar a cumplir la edad requerida, no se previó la norma de reajuste del salario base de liquidación de la pensión. Con base en las inconformidades constitucionales referidas, el actor solicita la "declaración extensiva de la norma de actualización (o reajuste) de las pensiones de jubilación o vejez y pensión sanción" establecida en la Ley 100, para que sea "contemplada en algunas de las pensiones de jubilación o vejez y pensión sanción, que no se les consideró con retroactividad a su vigencia este derecho en la citada ley." El demandante considera que existe un vacío jurídico en este aspecto y pretende por la vía de la acción pública de inconstitucionalidad, obtener el reajuste del salario base de liquidación de su propia pensión, reconocida hace varios años. En efecto, al respecto manifiesta que el objetivo de la demanda es "obtener la actualización o nivelación de mi pensión de jubilación reconocida en 1992, para la cual la ley 100/93 no contempla esta norma."
Problema Jurídico	¿Es competente la Corte Constitucional para estudiar la exequibilidad de los artículos 36 y 133 de la Ley 100 de 1993; el artículo 1° de la Ley 33 de 1985; los artículos 4° y 5° de la Ley 4ª de 1966, y el artículo 17, literal b) de la Ley

	6ª de 1945 por omisión legislativa absoluta ya que el legislador olvidó regular lo pertinente a las pensiones de jubilación o vejez y pensión sanción, las cuales no se consideraron con retroactividad en la ley 100 de 1993
Tesis	No
Ratio Decidendi	La Corte Constitucional se ha referido en varias oportunidades a la inconstitucionalidad por omisión, e incluso, en algunas oportunidades, con fundamento en este vicio ha declarado la inexequibilidad de algunas normas jurídicas. Así, por ejemplo, en la Sentencia C-188 de 1996 (M. P. Dr. Fabio Morón Díaz), se vertieron los siguientes conceptos: "El fenómeno de la inconstitucionalidad por omisión está ligado, cuando se configura, a una "obligación de hacer", que supuestamente el Constituyente consagró a cargo del legislador, el cual sin que medie motivo razonable se abstiene de cumplirla, incurriendo con su actitud negativa en una violación a la Carta." De igual manera, en el pronunciamiento contenido en la Sentencia C-555 de 1994 (M. P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz), se dijo, refiriéndose a la norma objeto de cuestionamiento, que "... la inexequibilidad derivaría de la conducta omisiva del Legislador que propicia la desigualdad de trato que consiste en no extender un determinado régimen legal a una hipótesis material semejante a la que termina por ser única beneficiaria del mismo." No obstante, lo anterior, resulta necesario explicar que la inconstitucionalidad por omisión no puede ser declarada por el juez constitucional sino en relación con el contenido normativo de una disposición concreta, que por incompleta resulta ser discriminatoria. Es decir, son inconstitucionales por omisión aquellas normas legales que, por no comprender todo el universo de las hipótesis de hecho idénticas a la regulada, resultan ser contrarias al principio de igualdad. Pero la omisión legislativa pura o total, no es objeto del debate en el proceso de inexequibilidad, puesto que este consiste, esencialmente, en un juicio de comparación entre dos normas de distinto rango para derivar su conformidad o discrepancia. Luego el vacío legislativo absoluto no puede ser enjuiciado en razón de la carencia de objeto en uno de uno de los extremos de comparación. Lo anterior ha sido perentoriamente señalado por esta Corporación en los siguientes términos que ahora vale la pena reiterar con énfasis: "La acción pública de inconstitucionalidad no puede entablarse contra una norma jurídica por lo que en ella no se expresa, sino que tiene lugar únicamente respecto del contenido normativo de la disposición acusada." (Sentencia C- 073 de 1996. M. P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.) Las anteriores consideraciones son fundamento suficiente para explicar la inhibición de fallo que producirá la Corte. Las acusaciones y pretensiones del demandante no son susceptibles de ser analizadas y discutidas mediante el trámite propio del control constitucional abstracto, de comparación de la Car-

	ta con los preceptos legales por su contenido regulante. No existe propiamente un cargo de inconstitucionalidad en contra del contenido de los preceptos acusados, por lo cual, si bien desde el punto de vista formal la demanda reúne las condiciones de admisibilidad, substancialmente no se aprecia la formulación de un cargo que pueda ser examinado dentro de los parámetros del juicio constitucional.
Decisum	**Primero:** Salvo en lo resuelto en el numeral segundo de esta parte resolutiva, declararse INHIBIDA para pronunciarse de fondo sobre la constitucionalidad de los artículos 36 y 133 de la Ley 100 de 1993, 1° de la Ley 33 de 1985, 4° y 5° de la Ley 4ª de 1966, y 17 literal b) de la Ley 6ª de 1945, por falta de cargos substanciales en contra del contenido normativo de los preceptos acusados. **Segundo**: ESTARSE A LO RESUELTO en la Sentencia C-168 de 1995 que declaró inexequible el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, únicamente el aparte final del mismo, que dice : " Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciere falta fuere igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la presente ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos".

Aclaración de voto. Magistrado José Gregorio Hernández Galindo

Aclaro mi voto en el asunto de la referencia en lo concerniente a la inconstitucionalidad por omisión, por cuanto, si bien a mi juicio resulta acertada la jurisprudencia de la Corte en el sentido de no aceptar que se demanden proposiciones no contenidas en las normas acusadas, que correspondan a la pura creación del demandante, no debe desecharse de manera absoluta y general que pueda la Corte, en ejercicio de su función de guarda de la integridad y supremacía constitucionales, declarar que en casos específicos el legislador, al dejar de hacer algo que el Constituyente le había confiado en términos perentorios y apremiantes, viola la Carta Política por omisión. Al respecto, repito lo que tuve oportuni-

dad de manifestar, aclarando también mi voto, a propósito de la Sentencia C-543 del 16 de octubre de 1996 (M. P.: Dr. Carlos Gaviria Díaz).

Salvamento de voto. Magistrados Eduardo magistrados Eduardo Cifuentes Muñoz y Alejandro Martínez Caballero

Dos motivos nos llevan a esta decisión. En primer lugar, y respecto de la posición de la mayoría sobre las omisiones absolutas, nos remitimos a lo expuesto en nuestra aclaración al voto a la Sentencia C-543 de 1996. En segundo lugar, no consideramos, a la luz de la regla fijada en la sentencia C-543 de 1996 - que, además, es el sustento de la decisión de la que nos apartamos-, que en el presente caso se hubiera presentado una omisión legislativa absoluta. En la aludida sentencia, la Corte se refirió al concepto de omisión legislativa relativa en los siguientes términos: "existe una *omisión legislativa relativa* porque si bien el legislador ha expedido la ley en ella solamente ha regulado algunas relaciones dejando por fuera otros supuestos análogos, con clara violación del principio de igualdad" nos estaríamos refiriendo a la violación del deber derivado del principio de igualdad o del derecho de defensa, como elemento esencial del debido proceso, por cuanto la ley existe, pero no cubre todos los supuestos que debería abarcar. Hay aquí una actuación imperfecta o incompleta del legislador" Como se puede apreciar, la Corte vincula la omisión legislativa relativa a la inexistencia de una regulación suficiente en la ley. Lo anterior significa que el examen sobre la existencia de una omisión relativa debe realizarse a la luz de la integridad de una regulación y no, como lo supone la mayoría, a partir del texto de una norma específica.

En este sentido, probado, como se puede leer en la sentencia de la que nos apartamos, que existe un vacío normativo respecto de un grupo de personas -laguna que, por lo demás, resulta de la apreciación de normas pertenecientes a leyes distintas pero que regulan la materia-, no ha debido la Corte declararse inhibida. En este caso, la apreciación de los criterios de igualdad determinados en la doctrina de la Corte, necesariamente habría conducido a extender la situación de favor a las personas excluidas.

c. Análisis Jurisprudencial de la sentencia C-185/ 2002

Sentencia C–185 DE 2002, M. P. Rodrigo Escobar Gil (sentencia 3)	
Referencia	**Expediente D-3700.** Demanda de inconstitucionalidad parcial contra el inciso 1º del artículo 365 y el artículo 366 de la Ley 600 de 2000. **Demandante:** Martín Leonardo Suárez Varón. **Lugar y Fecha:** Bogotá, D.C, trece (13) de marzo de dos mil dos (2002).
Hechos	El ciudadano Martín Leonardo Suárez Varón, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad consagrada en los artículos 241 y 242 de la Constitución Política, demandó la inexequibilidad de la expresión "prendaria", tal como aparece contenida en el inciso 1º del artículo 365 y en el artículo 366 de la Ley 600 de 2000. Estima el actor que las disposiciones parcialmente acusadas son violatorias del preámbulo y de los artículos 13 y 28 de la Constitución Política. Se demanda la inconstitucionalidad de la expresión "prendaria" contenida en las normas anteriormente transcritas, al considerar que, por su intermedio, el Congreso incurrió en una "omisión legislativa relativa", consistente en excluir del nuevo régimen de procedimiento penal la caución juratoria. Para el impugnante, tal omisión contraviene el preámbulo de la Constitución y los derechos fundamentales a la igualdad y a la libertad, pues impide que la caución juratoria pueda ser utilizada como garantía para hacer efectiva la medida de libertad provisional. Como sustento de la solicitud de inconstitucionalidad, el demandante afirma: Que, "la nueva ley de procedimiento penal no reconoce la modalidad juratoria de caución que tuvo acogida en el Decreto 2700 de 1991, y que constituía alternativamente con la caución prendaria requisito para poder gozar de libertad pese a contar el sindicado con medida de aseguramiento de detención preventiva (Art. 416.1 del Decreto derogado)." Que, bajo el actual esquema procesal, la caución prendaria se constituye en condición necesaria para afianzar el derecho a la libertad provisional, desconociéndose a la caución juratoria como instrumento sustitutivo, idóneo y apto

	para los casos en que el sindicado carece por completo de los recursos económicos exigidos. Que si la Ley 600 de 2000 (art. 369) define la caución prendaria como "(...) el depósito de dinero o la constitución de una póliza de garantía, en cuantía de uno (1) a mil (1000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, que se fijará de acuerdo a las condiciones económicas del sindicado y la gravedad de la conducta punible", "quien no cuente entre sus activos disponibles con por lo menos un salario mínimo mensual o con el suficiente crédito personal y social para constituir una póliza, no podrá gozar de su libertad pese a que objetivamente está inmerso en una causal que impide que continúe bajo detención física." Que, la vigencia de la caución juratoria es entonces indispensable para corregir las imperfecciones a las que conduce la caución prendaria, tal y como lo recalcó la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia al señalar que: "...la caución juratoria está regulada por la ley procesal no como un medio para evadir la caución prendaria, sino como una equitativa manifestación del derecho penal. Que frente al derecho fundamental a la libertad, la institución de la detención preventiva solamente resulta aplicable cuando se ajusta a los fines reconocidos por la Constitución y la ley, razón por la cual, privar de la libertad al sindicado por carecer de recursos económicos resulta contrario a la Carta Fundamental, más aún cuando se sabe de antemano que aquél tiene derecho a un mecanismo sustitutivo de la pena, o se ha demostrado la ocurrencia de un eximente de responsabilidad o se ha reparado integralmente el daño (artículo 365 de la Ley 600 de 2000). Que de conformidad con el artículo 5 de la Ley 600 de 2000, en concordancia con el artículo 14 de la Ley 74 de 1968 (aprobatoria del Pacto de Derechos Civiles y Políticos), es deber de los funcionarios judiciales hacer efectiva la igualdad de los intervinientes en la actuación procesal, en especial la de aquellas personas que por su limitación económica se encuentran en inferioridad de condiciones.
Problema Jurídico	¿Le corresponde a la Corte determinar si el Congreso de la República, al excluir el instituto jurídico de la caución juratoria del nuevo régimen procesal penal, incurrió en una "omisión legislativa relativa" que se proyecta sobre el contenido material de las normas acusadas y afecta los derechos fundamentales a la igualdad y a la libertad personal de algunos de sus destinatarios?
Tesis	No.
Ratio Decidendi	De manera general, la jurisprudencia de esta Corte ha admitido que la inactividad del legislador, en lo que corresponde al cumplimiento y desarrollo de la función legislativa, puede afectar o desconocer derechos y garantías superiores, y en esa medida, ser objeto de control jurisdiccional por la vía de la

acción pública de inconstitucionalidad. En estos casos, la presunta infracción a la Carta proviene, no del derecho positivo preexistente - fruto de la acción legislativa ordinaria o especial- como es lo común, sino de la falta de regulación normativa en torno a materias constitucionales sobre las cuales el Congreso tiene asignada una específica y concreta obligación de hacer.

No obstante, lo anterior, en procura de respetar la autonomía e independencia del Congreso, y de precisar lo que constituye el propio ámbito de competencia funcional de este tribunal, la misma jurisprudencia ha aceptado que no toda inactividad legislativa puede someterse al trámite del control constitucional. Así, desde una perspectiva eminentemente finalista, la Corte ha señalado que cuando se cuestiona la legitimidad de la actividad congresional por incurrir en presuntas conductas omisivas, el análisis de constitucionalidad sólo tiene lugar, sí y sólo sí, cuando la omisión que se ataca es por esencia relativa o parcial y en ningún caso absoluta.

En la omisión relativa o parcial, la competencia de la Corte Constitucional para proferir decisión de fondo está plenamente justificada, pues aquella se edifica sobre una acción normativa del legislador, específica y concreta, de la que éste ha excluido determinado ingrediente o condición jurídica que resulta imprescindible a la materia allí tratada, o que habiéndolo incluido, termina por ser insuficiente e incompleto frente a ciertas situaciones que también se han debido integrar a sus presupuestos fácticos. En consecuencia, puede afirmarse que en esta hipótesis, se cumple a cabalidad el fundamento básico del control constitucional - la confrontación objetiva entre la ley y la Constitución -, ya que el debate se suscita en torno a un texto legal que se reputa imperfecto en su concepción, y que a partir de la ausencia parcial de regulación, al cotejarlo con la Carta, aquél puede resultar arbitrario, inequitativo o discriminatorio en perjuicio de ciertas garantías constitucionales como la igualdad y el debido proceso. En relación con el tema, también la jurisprudencia de esta Corporación se ha pronunciado señalado lo siguiente:

"Tratándose de la omisión absoluta, es claro que el órgano de control carece de competencia para emitir pronunciamiento de fondo, pues la misma comporta una ausencia total e íntegra de normatividad que, en cualquier caso, impide una confrontación material, objetiva y verificable con el texto de la Carta Política, aspecto que resulta relevante al proceso de constitucionalidad, en cuanto responde a la técnica a partir de la cual éste último se edifica, configura y desarrolla. Al respecto, no sobra recordar que la acción pública de inconstitucionalidad ha sido definida por esta Corporación como el mecanismo judicial a través del cual "... [se] busca el cotejo, por la autoridad judicial competente - en Colombia, la Corte Constitucional- entre el precepto legal demandado y los mandatos constitucionales". Por ello, si no ha sido expedida una ley en sentido formal y material, no puede hablarse de un cotejo entre normas legales y el texto de la Constitución Política y, de contera, no es posible que prospere el reproche que por omisión se formula ante este organismo de control. Sobre el particular, la Corte tuvo oportunidad de precisar: "Lo que se

pretende mediante la acción de inconstitucionalidad, es evaluar si el legislador al actuar, ha vulnerado o no los distintos cánones que conforman la Constitución. Por esta razón, hay que excluir de esta forma de control el que se dirige a evaluar las omisiones legislativas absolutas: si no hay actuación, no hay acto qué comparar con las normas superiores; si no hay actuación, no hay acto que pueda ser sujeto de control." (Sentencia C-543/96, M. P. Carlos Gaviria Díaz).

"No obstante, la omisión del legislador también puede ser relativa, caso en el cual se la denomina, llanamente, omisión legislativa. Una 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 ineficiente. De lo anterior se deduce, entonces, que las omisiones legislativas relativas son susceptibles de control constitucional." (Sentencia C-041/2002, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra).

Ahora bien, para efectos de proceder al examen de constitucionalidad de una disposición jurídica, por haber incurrido el Congreso en omisión legislativa relativa, la Corte ha considerado necesario el cumplimiento de ciertas condiciones, a saber: **(i)** que exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo; **(ii)** que la misma excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, tenían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta; **(iii)** que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente; **(iv)** que la falta de justificación y objetividad genere para los casos excluidos de la regulación legal una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma; y **(v)** que la omisión sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador.

Teniendo en cuenta los requisitos que ha establecido la jurisprudencia para definir la naturaleza jurídica de la omisión legislativa, se evidencia que el cargo formulado por el actor no plantea, en principio, la existencia de una omisión absoluta. En cuanto que la demanda se estructura sobre una proposición jurídica determinada, y se dirige a reprochar la ausencia de cierta institución cuya exclusión del régimen penal estaría afectando un sector específico de la población carcelaria: los que carecen de recursos económicos, puede considerarse que la eventual omisión es en esencia relativa. Y ello es así, si se repara en el hecho de que durante la vigencia del anterior Código de Procedimiento Penal - Decreto 2700 de 1991-, la caución juratoria que ahora se extraña procedía, precisamente, *"cuando a juicio del funcionario, el sindicado carecía de*

	recursos económicos para constituir caución prendaria". (art. 393). No obstante, aplicando los criterios hermenéuticos que determinan los requisitos de procedibilidad de las demandas de inconstitucionalidad, la Corte considera que, si bien en este caso podría hablarse de la existencia de una omisión legislativa relativa, el cargo que por esa causa se plantea no es directamente predicable de la expresión acusada. En efecto, si de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corte, es consustancial a las demandas de inconstitucionalidad por presunta omisión legislativa, el que el actor haya acusado el texto del cual emerge específicamente la aludida omisión, la presente causa no está llamada a prosperar pues, una lectura detenida de las normas impugnadas, permite concluir que en sus respectivos contenidos normativos no se regula y desarrolla el tema de las cauciones, y tampoco se definen las circunstancias fácticas a partir de las cuales debe fijarse la caución prendaria.
Decisum	Declararse INHIBIDA para emitir pronunciamiento de fondo respecto de la expresión *"prendaria"*, contenida en el inciso primero del artículo 365 y en el artículo 366 de la Ley 600 de 2000, *"Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal"*.

d. Análisis Jurisprudencial de la sentencia C-402/ 2003

Sentencia C–402 DE 2003, M. P. Jaime Araujo Rentería (sentencia 4)	
Referencia	**Expediente D-4277.** Demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 1º y el parágrafo 4º del artículo 33 y contra el inciso 1º del artículo 36 de la ley 100 de 1993. **Demandante:** Raúl Salazar Manrique. **Lugar y Fecha:** Bogotá, D.C., veintidós (22) de mayo de dos mil tres (2003)
Hechos	Considera el demandante que el numeral 1º y el parágrafo 4º del artículo 33 y el inciso 1º del artículo 36 de la ley 100 de 1993 quebrantan los artículos 1, 2, 4, 13, 25, 47, 48, 53 y 54 de la Constitución, por las siguientes razones: - Las expresiones que se refieren a la edad violan derechos fundamentales constitucionales en relación con las personas que adolecen de limitación física, psíquica, visual y auditiva, por cuanto la expectativa de vida de esta población es inferior a la de las personas que no tienen estas limitaciones. Se vulnera el principio constitucional según el cual el Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea efectiva. Al respecto puede constatarse el rechazo social, el mayor desgaste físico y psicológico de las personas limitadas y, en general, las mayores dificultades a que éstas se ven abocadas corrientemente y que dan al traste con los presupuestos de calidad de vida. - Igualmente se vulnera el inciso tercero del artículo 13 superior en la medi-

da en que las expresiones impugnadas le imposibilitan al Estado hacer efectiva la protección especial que merecen las personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta. El inciso segundo de este artículo también se quebranta por cuanto se obstaculiza la realización del predicado según el cual el Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, adoptando medidas a favor de los grupos discriminados o marginados.

- El artículo 47 constitucional resulta contrariado en tanto las expresiones demandadas se oponen al designio estatal de adelantar una política de previsión social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos. Es decir, se dificulta la puesta en práctica de políticas especiales en materia de previsión social a favor de las personas limitadas, dada la menor expectativa de vida de éstas
- Se desconoce el mandato del artículo 48 constitucional que destaca la universalidad de la seguridad social en tanto derecho irrenunciable, toda vez que de poco le sirve a las personas limitadas cotizar durante 20 años si no van a alcanzar a vivir en promedio hasta la edad requerida para gozar de su pensión.
- Las normas impugnadas se hallan en contravía con el mandato del artículo 53 de la Carta, según el cual el Estado debe garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud, es decir, el derecho a gozar de consideraciones especiales en razón de su salud. Este artículo consagra una presunción constitucional, de acuerdo con la cual la salud de las personas con limitaciones físicas, visuales, auditivas o psíquicas per se es inferior a la del resto de la población, por tanto el trabajo y la jubilación como resultado del mismo deben hallarse en consonancia con esa condición mermada de salud.
- Se viola el artículo 25 superior por cuanto los requisitos de edad de jubilación van en contra de unas condiciones laborales dignas y justas para con los limitados en mención. Asimismo se desconoce el predicado del artículo 1 de la Constitución, conforme al cual Colombia es un Estado Social de Derecho, que como tal reconoce la pluralidad y se funda en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran. En efecto, las reglas demandadas niegan el acceso real al disfrute de una pensión de vejez, dado el mayor desgaste biológico que la persona limitada acusa a la edad prevista en la ley para pensionarse. Por eso el Estado debe equiparar las condiciones que le permitan a tales personas disfrutar objetivamente su pensión de vejez, a fin de que los requisitos para pensionarse se puedan cumplir antes de su fallecimiento o de la excesiva merma de sus condiciones físicas
- Al promulgar la ley 100 de 1993 el legislador olvidó los artículos 47 y 48 de la Constitución, toda vez que quedó en entredicho la atención especializada que merecen los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos para garantizarles como a cualquier habitante el derecho irrenunciable a la seguridad social. Y más que la simple titularidad del derecho, garantizarles el

	disfrute efectivo de la pensión de vejez.
Problema Jurídico	¿Es competente la Corte Constitucional para estudiar la exequibilidad del numeral 1º y el parágrafo 4º del artículo 33 y el inciso 1º del artículo 36 de la ley 100 de 1993 por omisión legislativa absoluta ya que el legislador olvidó los artículos 47 y 48 de la Constitución, toda vez que quedó en entredicho la atención especializada que merecen los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos para garantizarles como a cualquier habitante el derecho irrenunciable a la seguridad social y garantizarles el disfrute efectivo de la pensión de vejez?
Tesis	No.
Ratio Decidendi	"En relación con el fenómeno de la inconstitucionalidad por omisión, esta Corporación ha afirmado que tiene lugar cuando el legislador no cumple un deber de acción expresamente señalado por el constituyente. Esta omisión puede ocurrir de varias maneras: a) cuando se abstiene de expedir una norma encaminada a ejecutar un deber concreto establecido por el constituyente; b) Cuando expide una ley que si bien desarrolla un deber impuesto por la Constitución, favorece a ciertos sectores y perjudica a otros; c) Cuando adopta un precepto que corresponde a una obligación constitucional, pero excluye expresa y tácitamente a un grupo de ciudadanos de los beneficios que otorga a los demás; y d) Cuando al regular una institución omite una condición o un elemento esencial, exigido por la Constitución. "En la primera hipótesis, corresponde a una omisión legislativa absoluta, pues no existe precepto alguno; en los demás casos, a una omisión legislativa relativa, porque si bien el legislador ha expedido la ley que desarrolla un deber constitucional, en ella solamente ha regulado algunas situaciones dejando por fuera otros supuestos similares, con clara violación del principio de igualdad". Teniendo en cuenta que la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa sólo procede cuando ésta es de carácter relativo, la jurisprudencia constitucional predica: "No obstante lo anterior, resulta necesario explicar que la inconstitucionalidad por omisión no puede ser declarada por el juez constitucional sino en relación con el contenido normativo de una disposición concreta, que por incompleta resulta ser discriminatoria. Es decir, son inconstitucionales por omisión aquellas normas legales que por no comprender todo el universo de las hipótesis de hecho idénticas a la regulada, resultan ser contrarias al principio de igualdad. Pero la omisión legislativa pura o total, no es objeto del debate en el proceso de inexequibilidad, puesto que este consiste, esencialmente, en un juicio de comparación entre dos normas de distinto rango para derivar su conformidad o discrepancia. Luego el vacío legislativo absoluto no puede ser enjuiciado en razón de la carencia de objeto en uno de uno de los extremos de comparación.

	"Lo anterior ha sido perentoriamente señalado por esta Corporación en los siguientes términos que ahora vale la pena reiterar con énfasis: "La acción pública de inconstitucionalidad no puede entablarse contra una norma jurídica por lo que en ella no se expresa, sino que tiene lugar únicamente respecto del contenido normativo de la disposición acusada". En líneas posteriores de la misma sentencia, reivindicando la amplia gama de configuración legislativa que le compete al legislador, la Corte afirmó la improcedencia de la figura en los casos ajenos a normas que por omisión excluyan de sus efectos aquellos eventos que por ser asimilables deberían estar cobijados por sus dictados. Dijo la Corte: "Pero por fuera de esta hipótesis, el legislador en general tiene una amplia gama de configuración legislativa que sólo a él corresponde definir. Por lo cual puede ejercerla como a bien lo tenga, en la oportunidad que estime conveniente. La Corte Constitucional carece de competencia para exigir del Congreso la expedición de normas legales en determinado sentido; ni para ordenar la aplicación por extensión de normas jurídicas. Si bien la aplicación analógica o extensiva de las leyes es un mecanismo de integración del derecho que puede ser aplicado por los jueces al resolver sobre derechos concretos y que está expresamente previsto en el artículo 8° de la Ley 153 de 1887 cuando prescribe que 'cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho', en cambio por la vía de control de constitucionalidad no es posible normatizar de manera general sobre la extensión de la ley a situaciones de hecho no contempladas en los textos legales. Esta función no ha sido asignada por el constituyente a este Tribunal, y menos aún para ordenar esta aplicación extensiva con efectos retroactivos, como pretende el demandante."
Decisum	Declararse INHIBIDA por carecer de competencia para exigir del Congreso la expedición de normas legales en determinado sentido; ni para ordenar la aplicación por extensión de normas jurídicas.

e. Análisis Jurisprudencial de la sentencia C-1154/ 2005

Sentencia C–1154 DE 2005, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa (sentencia 5)	
Referencia	**Expediente D-5057. D-5705 y D-5712 (acumulados).** Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 15 (parcial), 16 (parcial), 79, 177 (parcial), 274, 284, 285, 288 (parcial), 290 (parcial), 291, 306 (parcial), 308 (parcial), 327 (parcial), 337, 383 (parcial), 435, 436 y 455 de la Ley 906 de 2004 "por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal". **Demandantes:** Edilberto Álvarez Guerrero y Alfonso Daza González.

	Lugar y Fecha: Bogotá, D. C., quince (15) de noviembre de dos mil cinco (2005)
Hechos	En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 241 de la Constitución, los ciudadanos Edilberto Álvarez Guerrero y Alfonso Daza González demandaron los artículos 15 (parcial), 16 (parcial), 79, 177 (parcial), 274, 284, 285, 288 (parcial), 290 (parcial), 291, 306 (parcial), 308 (parcial), 327 (parcial), 337, 383 (parcial), 435, 436 y 455 de la Ley 906 de 2004, "por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal." Mediante Auto del treinta y uno (31) de marzo de dos mil cinco (2005), la Corte Constitucional admitió las demandas acumuladas en el proceso de la referencia. El demandante Alfonso Daza González plantea que "La Ley 906 de 2004 incurrió en una omisión legislativa cuando en virtud del artículo 1 del Acto Legislativo 03 de 2002, que modificó el artículo 116 de la Constitución, creó la institución del jurado de conciencia, pero el legislador ordinario, teniendo la obligación en el Código de Procedimiento Penal, en atención a los señalado en los artículos 4 y 5 transitorios del Acto Legislativo 03 de 2002, por omisión legislativa, no lo hizo, y por eso la Ley 906 de 2004 en éste aspecto es inconstitucional, en razón a que vulnera el Artículo 1 del Acto Legislativo 03 de 2002. (…) por esa razón dicha institución democrática debe ser incluida y reglamentada en el Código de Procedimiento Penal.
Problema Jurídico	¿Es competente la Corte Constitucional para estudiar la exequibilidad de los artículos 15 (parcial), 16 (parcial), 79, 177 (parcial), 274, 284, 285, 288 (parcial), 290 (parcial), 291, 306 (parcial), 308 (parcial), 327 (parcial), 337, 383 (parcial), 435, 436 y 455 de la Ley 906 de 2004 por omisión legislativa absoluta ya que el legislador olvidó regular lo pertinente a la figura de los jurados de conciencia, establecidos por el Acto Legislativo No. 03 de 2002?
Tesis	No.
Ratio Decidendi	La Corte Constitucional encuentra que los argumentos que presenta el actor se refieren a una omisión legislativa absoluta ya que el cargo se dirige contra la total falta de regulación de los jurados de conciencia en la Ley 906 de 2004. Adicionalmente, se destaca que las omisiones legislativas deben desprenderse de un deber constitucional del legislador. El demandante deriva dicho deber constitucional del artículo 116 de la Constitución y de los artículos 4 y 5 transitorios del Acto Legislativo 02 de 2003. Sin embargo, de los anteriores mandatos constitucionales se desprende una facultad de investir a los particulares, de manera transitoria, de la función de administrar justicia como jurados, pero no un deber específico e ineludible, que de no ser cumplido impediría el funcionamiento del nuevo sistema. Por lo tanto, al verificar que el cargo presentado en la demanda se funda en una omisión legislativa absoluta, la Corte Constitucional se inhibirá de efectuar pronunciamiento sobre éste.
	Declararse inhibida de emitir pronunciamiento sobre los cargos presentados

Decisum	contra toda la Ley 906 de 2004

f. Análisis Jurisprudencial de la sentencia C-045/ 2006

Sentencia C–045 DE 2006, M. P. Rodrigo Escobar Gil (sentencia 6)	
Referencia	**Expediente D-5873.** Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 36 (parcial) de la Ley 788 de 2002, "por la cual se expiden normas en materia tributaria y penal del orden nacional y territorial; y se dictan otras disposiciones." **Demandante:** Diego Luis Gutiérrez Lacouture. **Lugar y Fecha:** Bogotá, D.C., primero (1) de febrero de dos mil seis (2006).
Hechos	El accionante considera que la expresión "y los servicios vinculados con la seguridad social de acuerdo con lo previsto en la Ley 100 de 1993", contenida en el numeral 3º del artículo 36 de la Ley 788 de 2002, vulnera el artículo 48 de la Constitución Política. En su criterio, la norma demandada al referirse únicamente a los servicios vinculados a la seguridad social en salud como excluidos del impuesto al valor agregado, omitió incluir expresamente dentro de su contenido y, en consecuencia, excluir del pago del IVA, la totalidad de los insumos o bienes adquiridos por las entidades de seguridad social para ejercer su actividad así como aquellos bienes y servicios que sin ser médicos, en el caso de las EPS y ARS, constituyen gastos administrativos dirigidos a la ejecución de servicios vinculados con la seguridad social, como por ejemplo el arrendamiento de los locales para funcionar, adquisición y mantenimiento de equipos médicos de las EPSs o el servicio de suministro de papelería y elementos de oficina de las Empresas Prestadoras de Salud. La razón por la que a juicio del actor estos insumos deberían estar excluidos también del pago del impuesto al valor agregado, es que la totalidad de estos bienes y gastos administrativos se cancelan con recursos que pertenecen al sistema general de seguridad social en salud, específicamente de los dineros que provienen del pago al Plan Obligatorio de Salud (POS) mediante la UPC, recursos que tienen un carácter parafiscal y no constituyen ingresos propios de las EPS.
Problema Jurídico	¿Es competente la Corte Constitucional para estudiar la exequibilidad del artículo 36 (parcial) de la Ley 788 de 2002, por omisión legislativa absoluta ya que el legislador olvidó expresamente dentro de su contenido y, en consecuencia, excluir del pago del IVA, la totalidad de los insumos o bienes adquiridos por las entidades de seguridad social para ejercer su actividad así como aquellos bienes y servicios que sin ser médicos, en el caso de las EPS y ARS, constituyen gastos administrativos dirigidos a la ejecución de servicios vinculados con la seguridad social, como por ejemplo el arrendamiento de los loca-

	les para funcionar, adquisición y mantenimiento de equipos médicos de las EPSs o el servicio de suministro de papelería y elementos de oficina de las Empresas Prestadoras de Salud?
Tesis	No.
Ratio Decidendi	En diversas oportunidades la Corte Constitucional ha señalado que es posible adelantar un juicio de inconstitucionalidad por omisión legislativa, pero ha precisado que ello solo procede cuando se esté frente a omisiones legislativas relativas y no cuando se trate de omisiones legislativas absolutas. Sobre el particular ha puntualizado la Corporación que ante una omisión legislativa absoluta, el órgano de control constitucional carece de competencia para emitir pronunciamiento de fondo, puesto que esa clase de omisión del legislador comporta una ausencia total de normatividad, circunstancia que hace imposible que se realice una confrontación material, objetiva y verificable entre el texto de la Carta Política y una norma de rango legal, confrontación sin la cual el proceso de constitucionalidad no puede llevarse a cabo. A este respecto la Corte ha precisado que "lo que se pretende mediante la acción de inconstitucionalidad, es evaluar si el legislador al actuar, ha vulnerado o no los distintos cánones que conforman la Constitución. Por esta razón, hay que excluir de esta forma de control el que se dirige a evaluar las omisiones legislativas absolutas: si no hay actuación, no hay acto qué comparar con las normas superiores; si no hay actuación, no hay acto que pueda ser sujeto de control." Como quiera, entonces, que la omisión legislativa que cree advertir el demandante no se predica de la disposición acusada, hay ineptitud de la demanda y la Corte habrá de abstenerse de hacer un pronunciamiento de fondo en relación con la expresión "y los servicios vinculados con la seguridad social de acuerdo con lo previsto en la Ley 100 de 1993", contenida en el numeral 3º del artículo 476 del Estatuto Tributario, tal como fue modificado por el artículo 36 de la Ley 788 de 2002.
Decisum	Declararse INHIBIDA para emitir pronunciamiento de fondo respecto de la expresión "y los servicios vinculados con la seguridad social de acuerdo con lo previsto en la Ley 100 de 1993", contenida en el numeral 3º del artículo 476 del Estatuto Tributario, tal como fue modificado por el artículo 36 de la Ley 788 de 2002.

g. Análisis Jurisprudencial de la sentencia C-542/ 2008

Sentencia C–542 DE 2008, M. P. Jaime Córdoba Triviño (sentencia 7)	
Referencia	**Expediente D- 7011.** Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 392 y 452 (parcial) del Código Sustantivo del Trabajo. **Demandantes:** Lizbeth Mina Gambin y Andrea Fernanda Arévalo Álvarez. **Lugar y Fecha:** Bogotá DC., veintiocho (28) de Mayo de dos mil ocho (2008).

Hechos	Las demandantes consideran que los textos normativos demandados vulneran en común los artículos 1, 13, 25, 39, 53, 93 y 94 de la Constitución Política, al igual que los artículos 3 y 8 del Convenio 87 de la OIT y en general el Convenio 154 de la OIT. En relación al literal a) del artículo 452, consideran las actoras que: Esta disposición, al establecer la obligatoriedad de acudir a un Tribunal de Arbitramento en aquellos conflictos colectivos de trabajo donde no se presente un arreglo directo, en tratándose de servicios públicos esenciales, "entraba de alguna manera la decisión de la controversia de manera equitativa para las partes" dado que "el legislador sustrae de manera directa de mano de las partes la facultad que estas tienen para escoger cómo resolver su conflicto". Al no existir en la legislación una clara enumeración de aquellos servicios que componen el conjunto de "servicios públicos esenciales", la aplicación del literal a) del artículo 452 deviene en inconstitucional, dado que implica la obligación de acudir al arbitramento obligatorio en todos los conflictos colectivos de trabajo relacionados con asuntos de servicios públicos "quitándoles la posibilidad de acudir a otras etapas de Negociación Colectiva como lo es la huelga", de allí que se predique una omisión legislativa.
Problema Jurídico	¿Es competente la Corte Constitucional para estudiar la exequibilidad del artículo 452 (parcial) del Código Sustantivo del Trabajo, por omisión legislativa absoluta ya que al no existir en la legislación una clara enumeración de aquellos servicios que componen el conjunto de "servicios públicos esenciales", la aplicación de la disposición acusada deviene en inconstitucional, dado que implica la obligación de acudir al arbitramento obligatorio en todos los conflictos colectivos de trabajo relacionados con asuntos de servicios públicos "quitándoles la posibilidad de acudir a otras etapas de Negociación Colectiva como lo es la huelga"?
Tesis	No.
Ratio Decidendi	Sostienen las demandantes que el literal a) del artículo 452 del Código Sustantivo de Trabajo, vulnera el derecho de negociación colectiva en cuanto si bien la norma, al establecer el tribunal de arbitramento obligatorio como mecanismo para resolver los conflictos colectivos en los que no se presente arreglo directo, hace referencia a los servicios públicos esenciales "no se sabe exactamente las materias sobre las que versa, el legislador debe regular qué son y cuáles son los servicios públicos esenciales". Y agrega "estamos aplicando una distinción que no ha sido concretamente establecida, ni legal ni jurisprudencialmente, es decir, se sabe qué es un servicio público esencial pero no cuáles lo son (sic)…)". La demanda cita en apoyo de su argumentación la sentencia C-075 de 1997[3] en la que esta Corporación ratifica la competencia del legislador para definir los servicios públicos esenciales y lo insta a cumplir con el mandato del artículo 56 de la Carta. Dijo la Corte: "Corresponde al Congreso de la República definir los servicios públicos esenciales,

sin perjuicio de que la Corte Constitucional, posteriormente, pueda hacer uso de la potestad de ejercer el control de las disposiciones legales que para el efecto se dicten. Estima la Corte que es primordial y urgente que el legislador proceda a desarrollar el precepto constitucional, a fin de precisar las actividades constitutivas del servicio público esencial, y con el objeto de garantizar en plenitud el ejercicio del derecho de huelga en aquellas labores que no tienen esa característica". En esta oportunidad lo que las demandantes plantean es una omisión del legislador en punto a la determinación cierta de cuáles son las actividades consideradas como servicios públicos esenciales. Estiman que es la incertidumbre y la ambigüedad sobre la materia, derivada de la inactividad del legislador, lo que conduce a la vulneración del derecho de negociación colectiva. Al respecto reitera la Corte, como tantas veces lo ha hecho, que su labor de guarda de la integridad y supremacía de la Carta se encuentra restringida y limitada por lo dispuesto en la propia Constitución, de manera que no le está permitido extender su competencia a asuntos no señalados allí expresamente. En efecto, al asignar a esta Corporación la guarda de la integridad y supremacía de la Carta, el Constituyente lo hizo en los siguientes términos: "A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo", indicando a continuación y en forma taxativa cada una de las funciones que debía desarrollar (241 C.N.)

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

Lo que se pretende mediante la acción de inconstitucionalidad, es evaluar si el legislador al actuar, ha vulnerado o no los distintos cánones que conforman la Constitución. Por esta razón, hay que excluir de esta forma de control el que se dirige a evaluar las omisiones legislativas absolutas: si no hay actuación, no hay acto qué comparar con las normas superiores; si no hay actuación, no hay acto que pueda ser sujeto de control.

Las que sí pueden ser objeto de estudio por esta vía y, de hecho ya lo han sido, son las llamadas omisiones relativas o parciales, en las que el legislador actúa, pero lo hace imperfectamente, como en los casos arriba señalados, de violación al principio de igualdad o al debido proceso".

Decisum	Declararse INHIBIDA para pronunciarse sobre la demanda formulada contra el literal a) del artículo 452 del Código Sustantivo del Trabajo.

h. Análisis Jurisprudencial de la sentencia C-442/ 2009

Sentencia C–442 DE 2009, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto (sentencia 8)	
Referencia	**Expediente D- 7444.** Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 18 (parcial), numeral 37 artículo 41 (parcial), numeral 2 artículo 43 (parcial), numeral 5 artículo 44 (parcial) y artículo 47 (parcial) de la Ley 1098 de 2006. **Demandantes:** Oneida Giraldo y Diana Teresa Sierra Gómez, **Lugar y Fecha:** Bogotá DC., ocho (8) de Julio de dos mil nueve (2009).
Hechos	En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 241 de la Constitución Política, las ciudadanas Oneida Giraldo y Diana Teresa Sierra Gómez, interpusieron acción pública de inconstitucionalidad en contra de los artículos 18 (parcial), numeral 37 artículo 41 (parcial), numeral 2 artículo 43 (parcial), numeral 5 artículo 44 (parcial) y artículo 47 (parcial) de la Ley 1098 de 2006 "Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia". Las actoras proponen a la Corte Constitucional tres cargos. El tercer cargo que se plantea a la Corte Constitucional, se dirige contra los artículos 41 numeral 37 y 47 de la Ley 1098 de 2006. El referido numeral 37 del artículo 41 estable la obligación del Estado de promover el cumplimiento por parte de los medios de comunicación, de los deberes y responsabilidades dispuestas en el Código de la Infancia y la Adolescencia (L.1098/06); y el artículo 47, determina que los medios de comunicación son responsables por la violación de los deberes contemplados en el mismo artículo 47. Para las demandantes, el legislador incurrió en una omisión legislativa relativa al establecer los contenidos normativos referidos. Dicha omisión consiste en que no se reguló procedimiento alguno, cuyo objeto fuera sancionar a los medios de comunicación frente al incumplimiento de las mencionadas responsabilidades. Las actoras explican que en ausencia de la regulación de un mecanismo expreso por el cual se autorice el adelantamiento de un procedimiento en situaciones de incumplimiento de los deberes de los medios de comunicación, el Estado colombiano incumple las obligaciones constitucionales consistentes en proteger de manera especial y reforzada a los(as) menores de dieciocho (18) años (art 44 C.N). Así como también, se deja de atender el deber de tomar las medidas pertinentes y necesarias para lograr la eficaz garantía de sus derechos, según se desprende no sólo de los artículos 2° y 6° de la Constitución, sino también de normas internacionales aprobadas por Colombia relativas

	a derechos de los(as) menores de dieciocho (18) años (arts. 24 PIDCP, 10° PIDESC y 3° CDN). De otro lado, agregan que la ausencia de la regulación en comento, se hace más patente si se tiene en cuenta que en vigencia del antiguo Código del Menor (Decreto 2737 de 1989), se había reglamentado mediante el decreto 1673 de 1994 la competencia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar por intermedio de los Defensores de Familia, para sancionar a los medios de comunicación, cuando éstos incumplieran los deberes especiales establecidos en los artículos 300 a 303 del mencionado Código anterior. En este orden, la nueva legislación (L.1098/06) creó un vacío y omitió establecer las sanciones y el procedimiento respectivo, para los casos en que los medios incumplan los deberes del nuevo Código. Como fórmula de reparación de la omisión legislativa explicada, las demandantes proponen a la Corte Constitucional que se declare la exequibilidad condicionada de los artículos 41-37 y 47 del Código de la Infancia y la Adolescencia y posterior a esto, "(…) la norma sea remitida al Presidente de la República para que reglamente la omisión respectiva". En resumen, las ciudadanas demandantes presentan tres cargos. El tercer cargo se dirige contra los apartes del numeral 37 del artículo 41 y el parágrafo del artículo 47 que disponen la responsabilidad de los medios de comunicación ante la violación de los deberes y responsabilidades que el nuevo Código de la Infancia y la Adolescencia les asigna, así como el deber del Estado de velar por ello; en tanto y en cuanto esta regulación no incluye un procedimiento sancionatorio para los eventos en que en efecto los medios incurren en incumplimiento de alguno de estos deberes especiales. Esto configuraría según las demandantes una omisión legislativa relativa.
Problema Jurídico	¿Es competente la Corte Constitucional para estudiar la exequibilidad de los artículos 41 numeral 37 y 47 de la Ley 1098 de 2006, por omisión legislativa absoluta ya que el legislador olvidó señalar un procedimiento sancionatorio para los eventos en que los medios de comunicación incumplan los deberes y responsabilidades que el nuevo Código de la Infancia y la Adolescencia les impone?
Tesis	Sí.
Ratio Decidendi	Cabe señalar que los deberes de los medios para con los derechos e intereses de los niños y niñas, así como el principio constitucional de interés superior del menor, sustentan la vigencia de contenidos normativos como los contemplados en los numerales 5, 6, 7 y 8 del artículo 47 del nuevo Código de la Infancia y la Adolescencia. También, resulta constitucionalmente admisible que el régimen de responsabilidades en cabeza de los medios de comunicación, establecido en el Código de la Infancia y la Adolescencia, se implemente mediante un procedimiento sancionato-

rio, sin perjuicio de que se exija también la instauración de mecanismos efectivos de autorregulación. Con base en lo expuesto, la Corte Constitucional encuentra que (i) el establecimiento normativo de un régimen de responsabilidades de los medios de comunicación respecto de los(as) menores de dieciocho (18) años, omitió incluir un elemento esencial para armonizar con los deberes del Estado de procurar que las medidas a favor de niños y niñas sean eficaces. Sin embargo, (ii) si bien se puede identificar el deber constitucional del legislador de tomar medidas que hagan efectiva la protección a menores de dieciocho (18) años, en el presente caso no existe una obligación clara de que ello debió incluirse en los artículos demandados por omisión (núm. 37 art. 41 y par. art. 47 Código de la Infancia y la Adolescencia); así como también (iii) la Corte Constitucional carece de competencia para llenar el vacío derivado de la omisión en cuestión, pues se trata de una deficiencia en la regulación que sugiere la consideración de si su reparación corresponde a la Corte Constitucional o a otras autoridades (deficiencia media). A continuación, la Sala hará referencia a cada uno de los puntos anteriores.

La Corte considera que la configuración de la omisión referida, no significa que las normas que consagran la modalidad de responsabilidades posteriores de los medios de comunicación (arts. 41-37 y 47 L.1098/06), debieron regular o hacer referencia a la forma en que la garantía del cumplimiento de dichas responsabilidades se haría eficaz en la práctica. Pues, ello bien pudo regularse en cualquier otra parte del Código; o, en consideración al carácter de la omisión, valga decir, la ausencia de un procedimiento sancionatorio para eventos en que los medios de comunicación incumplan los deberes de abstención señalados en el artículo 47 del Código de la Infancia y la Adolescencia, su establecimiento pudo consagrarse en un acápite especial del mencionado Código.

También, se puede aseverar que dicho procedimiento podría contemplarse en un cuerpo normativo distinto al nuevo Código, que utilice como referencia regulaciones específicas en relación con el control de los contenidos de las transmisiones, publicaciones y circulaciones de los medios de comunicación (tal como las citadas en el fundamento jurídico anterior), para dirigirlas a la protección de niños y niñas. Y esto, podría ser lo más coherente, si lo que se quiere es especificar un sistema de sanciones minucioso de acuerdo a los derechos garantizados y al tipo de falta, en los términos del artículo 47 referido. Lo mismo se puede apreciar respecto de las reglas generales sobre creación y formación de la policía de la infancia y la adolescencia por ejemplo (arts. 89 a 97 Código de Infancia y Adolescencia), caso en cual su estructura e integración no está regulada en el Código referido, sino que se encuentra en otras disposiciones, las referidas a la integración y estructura de la Policía Nacional. En suma, si bien la regulación aludida por las demandantes está ausente, dicha ausencia no necesariamente puede pregonarse de los artículos 41-37 y 47 del Código de Infancia y Adolescencia, y ni siquiera del cuerpo normativo del Códi-

go en mención, sino del ordenamiento jurídico colombiano en general.

Esto indica que existen dudas sobre el cumplimiento del primer requisito para considerar la configuración de una omisión legislativa relativa, consistente en que existen disposiciones jurídicas a las cuales claramente se pueda dirigir el cargo; esto es, que hay disposiciones en cuyo contenido debió necesariamente incluirse lo omitido. Se puede señalar entonces, la presencia de razones tanto para afirmar que la omisión podría estar en las normas que refieren las responsabilidades de los medios o en el articulado mismo del nuevo Código de Infancia y Adolescencia, como para aseverar que la regulación ausente debió contenerse en cualquier otra normativa, ajena al nuevo Código, relacionada con los deberes de los medios de comunicación o con los derechos de los(as) menores de dieciocho (18) años. Por ello, la determinación de si resulta una omisión relativa o absoluta, dependerá del análisis de si el vacío generado por su causa puede o no ser llenado por la Corte Constitucional.

Derivado de lo anterior y en relación con el tercer punto, es pertinente tener en cuenta, que la jurisprudencia constitucional ha sostenido que la reparación de las vulneraciones a los principios constitucionales originados en una omisión legislativa, no es la declaratoria de inexequibilidad de la norma que omite la regulación, sino la incorporación del ingrediente, elemento o condición, mediante la declaratoria de exequibilidad condicionada.

No obstante, en el presente caso se considera que no es posible adoptar una fórmula de exequibilidad condicionada cuyo fin sea incorporar el elemento carente de regulación. Pues, ello implicaría que la Corte abordara el diseño de un procedimiento, el establecimiento de la autoridad competente y un sistema de sanciones. Situación que bajo toda circunstancia excede las facultades de la Corte Constitucional en ejercicio del control de constitucionalidad, señaladas en el artículo 241 Superior. En efecto, los regímenes sancionatorios en Colombia deben respetar el principio de legalidad (art. 29 C.N), luego deben estar contenidos en normas legales; además de que su regulación, según la jurisprudencia de la Corte, debe describir en detalle los elementos propios de un sistema sancionatorio, valga reiterar, el procedimiento, las sanciones y la autoridad competente.

En apoyo de lo anterior cabe añadir, que la "manifestación *del ius puniendi* del Estado está sometida a claros principios generalmente aceptados, y en la mayoría de los casos proclamados de manera explícita en los textos constitucionales. Así, a los principios de configuración del sistema sancionador como los de legalidad (toda sanción debe tener fundamento en la ley), tipicidad (exigencia de descripción específica y precisa por la norma creadora de las infracciones y de las sanciones, de las conductas que pueden ser sancionadas y del contenido material de las sanciones que puede imponerse por la comisión de cada conducta, así como la correlación entre unas y otras) y de prescripción (los particulares no pueden quedar sujetos de manera indefinida a la puesta en marcha de los instrumen-

tos sancionatorios), se suman los propios de aplicación del sistema sancionador, como los de culpabilidad o responsabilidad según el caso – régimen disciplinario o régimen de sanciones administrativas no disciplinarias- (juicio personal de reprochabilidad dirigido al autor de un delito o falta), de proporcionalidad o el denominado non bis in ídem." Por ello la especificidad y el grado de detalle son elementos esenciales de este tipo de regulaciones, razón por la cual resulta una labor propia de creación de derecho, que como se ha dicho compete al órgano que la Constitución creó para ello, y no a la Corte Constitucional como guardiana e intérprete autorizada de ella.

Otra alternativa para llenar el vacío surgido de la omisión detectada, consistiría en que se hiciera un condicionamiento cuyo sentido fuera determinar que los medios de comunicación son responsables por el incumplimiento de las abstenciones contenidas en los numerales 5, 6, 7 y 8 del artículo 47 del Código de Infancia y Adolescencia, en los términos de las normas que bajo el antiguo Código del Menor regulaban el tema, valga decir el artículo 305 del derogado Código (relativo al procedimiento y sanciones contra medios no escritos) y el Decreto 1673 de 1994 (relativo al procedimiento y sanciones contra medios escritos). No obstante, ello implicaría revivir una norma expresamente derogada sin razón suficiente para ello, pues recuérdese que la Corte ha aceptado excepcionalmente la reincorporación de normas derogadas, pero en eventos en que la norma derogatoria es declarada inexequible, situación que no es el caso. Y también, esta alternativa sugeriría la aplicación de un decreto reglamentario (Decreto 1673 de 1994) cuya fuerza ejecutoria se entiende extinguida, pues reglamentaba el incumplimiento de responsabilidades de los medios de comunicación, contenidas en disposiciones jurídicas (antiguo Código del Menor) que ya no están vigentes.

Por los argumentos anteriores, la Sala considera que en el caso bajo análisis se presenta una omisión absoluta, en razón a que, como se vio, el vacío surgido de ella no puede ser llenado por el juez de control de constitucionalidad; sino que corresponde al órgano encargado de la producción de normas jurídicas.

En conclusión, (i) el presente es un caso en que no puede determinarse fehacientemente cuál es la proposición jurídica en la que debió incluirse la regulación ausente, sino que sólo se puede afirmar que dicha regulación debe formar parte del ordenamiento jurídico nacional; y (ii) frente a esta omisión del legislador no es posible adoptar mediante una sentencia de control de constitucionalidad, medida alguna para llenar el vacío derivado. Frente a lo último es claro que las alternativas para ello exceden las competencias del juez de control de constitucionalidad, por lo cual la omisión encontrada por la Corte es absoluta y las normas demandadas por este cargo deberán ser declaradas exequibles.

Con todo la Corte Constitucional encuentra que existen razones constitucionales con entidad suficiente para exhortar al Congreso de la Repúbli-

	ca para que expida en el menor tiempo posible una regulación integral que consagre la forma en que se determina la responsabilidad de los medios de comunicación por el incumplimiento de los deberes de los numerales 5, 6, 7 y 8 del artículo 47 del Código de la Infancia y la Adolescencia, y las sanciones que ello acarrea.
Decisum	CUARTO. - Declarar EXEQUIBLES, por los cargos analizados en la presente sentencia, el numeral 37 del artículo 41 de la Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia), y el parágrafo del artículo 47 de la misma Ley. QUINTO. - EXHORTAR al Congreso de la República para que regule en el menor tiempo posible y de manera integral, la forma en que se determina la responsabilidad de los medios de comunicación por el incumplimiento de las abstenciones contenidas en los numerales 5, 6, 7 y 8 del artículo 47 del Código de Infancia y Adolescencia, y las sanciones que ello acarrea.

i. Análisis Jurisprudencial de la sentencia C-489/ 2012

Sentencia C–489 DE 2012, M. P. Adriana María Guillén Arango (sentencia 9)	
Referencia	**Expediente D- 8693.** Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 1454 de 2011, "Por la cual se dictan normas orgánicas sobre ordenamiento territorial y se modifican otras disposiciones". **Demandantes:** Roberto de Jesús Daza Zabaleta y otros. **Lugar y Fecha:** Bogotá, D.C., veintisiete (27) de junio de dos mil doce (2012).
Hechos	La acción de inconstitucionalidad se interpone por diversos cargos; no obstante, para nuestro estudio, nos referiremos únicamente al cargo segundo, relacionado con la omisión legislativa. Explicaron los actores que en el ordenamiento jurídico colombiano, las leyes orgánicas encierran un sentido ordenador y autolimitante de las funciones ejercidas por el Congreso, ya que la Constitución le ordena al legislativo que expida leyes (Art. 151), que posteriormente limitarán su libertad de configuración legislativa. Para los demandantes esto se debe a que las leyes orgánicas prolongan los intereses superiores que no pudieron ser regulados detalladamente en la Carta, pero que dada su importancia, el Constituyente fijó unas pautas y condicionamientos que deben ser observados sin omisión alguna. En este sentido argumentaron que la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial (LOOT) debe observar los parámetros establecidos en la Constitución, en especial los contenidos en el Título XI "De la Organización Territorial". Además, que dada la mora legislativa, también debieron tenerse en cuenta los postulados planteados por la Corte Constitucional y los conceptos emitidos por los

	organismos del Estado especializados en la materia, como la Comisión de Ordenamiento Territorial de 1994, que ilustró sobre las condiciones objetivas para la elaboración de la ley hoy demandada, las cuales respondían a las verdaderas necesidades del país. Por otro lado, indicaron que la Ley 1454 de 2011, debió comprender todos los aspectos que ordena la Constitución, y que a su entender son: - Establecer la distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales (Art. 288). - Otorgar el carácter de entidades territoriales a las regiones y a las provincias (Art. 286). - Implantar las condiciones para la conversión de la región en entidad territorial, las atribuciones, los órganos de administración y los recursos de la misma y su participación en el manejo de los ingresos provenientes del Fondo Nacional de Regalías. - Definir los principios para adoptar el estatuto especial de cada región. - Determinar el procedimiento de conformación de las entidades territoriales indígenas (Art. 329). Igualmente, argumentaron que el artículo 306 superior, permite que dos o más departamentos puedan constituirse en regiones administrativas y de planificación, con personería jurídica, autonomía y patrimonio propio, cuyo objeto principal sea el desarrollo económico y social del respectivo territorio. Argumentan que la ley acusada, en el Capítulo II, dedica gran parte de su articulado a definir las distintas formas de asociación entre las entidades territoriales y a establecer mecanismos de cooperación entre éstas y la Nación. Sin embargo, indicaron que ya existía un régimen para cumplir ese propósito establecido en las Leyes 136 de 1994 y 489 de 1998. Lo anterior, para hacer énfasis en que llama la atención que la Ley 1454 de 2011, regule detalladamente las formas asociativas de las entidades territoriales (Art. 306 de la C.P.) y omita reglamentar el artículo 307 superior, que contempla la conversión de las Regiones Administrativas y de Planificación (RAP) en Regiones como Entes Territoriales (RET). En consecuencia, se cuestionan ¿Por qué la Ley 1454 de 2011, no desarrolló la regionalización? en la medida de que no resulta lógico que la norma demandada no regule de manera integral el régimen regional, sobre todo lo referente a las Regiones como Entes Territoriales (RET). En el mismo sentido expresaron que el legislador cometió la misma omisión, respecto a la conformación de las entidades territoriales indígenas, prevista en el artículo 329 de la Carta, ya que solo se limitó a señalar, en el parágrafo 2° del artículo 37, que el Gobierno Nacional presentará al Congreso, dentro de los 10 meses siguientes a la vigencia de la Ley, un proyecto especial que reglamente lo relativo a la conformación de la Entidades Territoriales Indígenas
Problema Jurídico	¿Es competente la Corte Constitucional para estudiar la exequibilidad de la Ley 1454 de 2011, por omisión legislativa absoluta ya que el legislador omitió regular aspectos sustanciales relacionados con el ordenamiento territorial, tales como la regionalización y las entidades regionales indígenas?

Tesis	No.
Ratio Decidendi	El segundo cargo planteado por los demandantes, se resume en la omisión legislativa del Congreso de la República al no desarrollar lo contenido en los artículos 307 y 329 superiores en la Ley 1454 de 2011 que como se ha visto se refieren a las regiones como entidades territoriales y a las entidades territoriales indígenas respectivamente. Sobre este cargo los actores cumplieron con la carga de claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia ya en la demanda se evidencia una carga argumentativa tal que permite a la Corte identificar el contenido de la censura y su justificación. No obstante lo anterior encuentra la Corte que en este caso lo que se presenta no es una omisión legislativa relativa, como lo indican los demandantes, sino una omisión legislativa absoluta ya que existe una regulación precaria y remisoria de las regiones como entidades territoriales contenidas en el artículo 307 y de las entidades territoriales indígenas del artículo 329 que no permiten inferir que se dio un desarrollo integral y pleno de dichos artículos en la medida en que las materias propias de la ley orgánica de ordenamiento territorial pueden estar contenidas en diversas leyes, y no tienen por qué estar reguladas en un documento legal único. Es decir, que la Constitución no exige, como aducen los demandantes, que todos los temas que tengan reserva de ley orgánica territorial deban de estar incluidos en un único documento jurídico ya que como se ha reiterado en las Sentencias C-600A de 1995, C- 795 de 2000 y C-093 de 2002 los temas relacionados con el ordenamiento territorial pueden desarrollarse en diversos cuerpos normativos siempre y cuando éstos cumplan con el limitante de haber sido tramitados y aprobados como leyes orgánicas. En atención a lo anterior el segundo cargo de inconstitucionalidad no puede ser conocido por la Corte ya que se generaría un fallo inhibitorio por la posibilidad que tiene el legislador de dictar varias leyes de ordenamiento territorial. Empero considera la Corte que en el caso concreto debe realizarse un análisis de por qué razones en este caso se presenta una omisión legislativa absoluta que genera un fallo inhibitorio ya que se evidencia que el tema de la regulación de las regiones como entidades territoriales del artículo 307 y las entidades territoriales indígenas (ETI´s) del artículo 329 no ha sido regulado por el legislador después de más de veinte años de vigencia de la Constitución de 1991 dando lugar a que se impida la puesta en práctica de dichas entidades territoriales. Teniendo en cuenta lo anterior la Corte explicará por qué razón se presenta una omisión legislativa absoluta en la Ley 1454 de 2011 en el desarrollo de los contenidos establecidos en los artículos 307 y 329 de la Constitución que establece las regiones como entidades territoriales y las entidades territoriales indígenas respectivamente. En cuanto a la temática de la inconstitucionalidad por omisión legislativa se tiene que decir que en primer lugar la figura de la inconstitucionalidad por omisión legislativa fue planteado en la dogmática por el alemán Wessel quien en un escrito de 1952 titulado “Die Rechtsprechung der BVerfG zur Lehre

von Versassungsbeschwerde" introdujo el concepto de la inconstitucionalidad por omisión legislativa. En dicho escrito Wessel explicaba que la omisión de un deber de legislación podía dar lugar a la lesión de determinados derechos individuales.

Posteriormente Costantino Mortati en su obra "Appunti per uno Studio sui remedi giuridizionale contro comportamenti omissivi del Legislatore" resaltó que una cosa es que se presente una laguna normativa en la legislación que puede ser resuelta a través de la analogía o mediante la labor interpretativa y, otra cosa, es la ausencia de legislación por incumplimiento de un deber jurídico. Para Mortati, "la omisión supone siempre un incumplimiento voluntario equivalente a un acto expreso de disposición contrario a un deber constitucional; la laguna, en cambio, puede producirse de modo involuntario". En dicho estudio concluye Mortati que al presentarse una omisión legislativa para el desarrollo de la Constitución, sólo es posible para el órgano constitucional realizar una declaración somera de ilegitimidad y negligencia del comportamiento legislativo.

Para algunos autores la problemática de la inconstitucionalidad por omisión legislativa empieza a ser resuelta desde tres ámbitos: en primer lugar (i) desde el ámbito eminentemente académico en el cual algunos autores establecen que se debe dar la posibilidad de que los tribunales constitucionales, al realizar el control, provean la legislación omitida; en segundo lugar (ii) desde el ámbito jurisprudencial desde el cual los tribunales constitucionales como el italiano, el alemán y más tardíamente el español empezaron a implementar la posibilidad de control de constitucionalidad de las omisiones legislativas; y finalmente (iii) a través de la implementación de normas constitucionales que imponen el deber de legislar para que el Congreso cumpla su labor de desarrollo normativo de la Constitución.

Sobre la imposibilidad de realizar el control de constitucionalidad sobre las omisiones legislativas absolutas dijo la Corte en la Sentencia C- 073 de 1996 que, "La acción pública de inconstitucionalidad no puede entablarse contra una norma jurídica por lo que en ella no se expresa, sino que tiene lugar únicamente respecto del contenido normativo de la disposición acusada".

En este mismo sentido en la Sentencia C- 543 de 1996 se estableció que, "La acción pública de inconstitucionalidad si bien permite realizar un control más o menos extenso de la labor legislativa, no autoriza la fiscalización de lo que el legislador genéricamente ha omitido, conforme a las directrices constitucionales (…) Por esta razón, hay que excluir de esta forma de control el que se dirige a evaluar las omisiones legislativas absolutas: si no hay actuación, no hay acto qué comparar con las normas superiores; si no hay actuación, no hay acto que pueda ser sujeto de control. La Corte carece de competencia para conocer de demandas de inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta".

En esta misma Sentencia se estableció que: "El legislador puede violar los deberes que le impone la Constitución de las siguientes maneras: cuando no produce ningún precepto encaminado a ejecutar el deber concreto que le ha

	impuesto la Constitución; cuando en cumplimiento del deber impuesto por la Constitución, favorece a ciertos grupos, perjudicando a otros; cuando en desarrollo de ese mismo deber, el legislador en forma expresa o tácita, excluye a un grupo de ciudadanos de los beneficios que otorga al resto; cuando el legislador al regular o construir una institución omite una condición o un ingrediente que, de acuerdo con la Constitución, sería exigencia esencial para armonizar con ella. En el primer caso, se presenta una omisión legislativa absoluta por cuanto falta la disposición de desarrollo legislativo de un determinado precepto constitucional; mientras que en los restantes, existe una omisión legislativa relativa porque si bien el legislador ha expedido la ley en ella solamente ha regulado algunas relaciones dejando por fuera otros supuestos análogos, con clara violación del principio de igualdad" Teniendo en cuenta lo anterior se verifica que en la Ley 1454 de 2011, se omite de manera absoluta un desarrollo directo de las regiones como entidades territoriales del artículo 307 de la C.P., así como de las entidades territoriales indígenas previstas en el artículo 329 de la C.P., ya que solo se establecen normas que remiten a una posterior regulación de dichos deberes constitucionales. Por tal motivo, se advierte que en el presente caso lo que se presenta en el caso concreto es una ausencia total de legislación produciéndose de esta manera una omisión legislativa absoluta no sujeta de control por parte de esta Corte. Como se ha venido estableciendo ante la ausencia total de legislación la Corte debe emitir en este caso un fallo inhibitorio porque como quedó dicho desde la Sentencia C- 073 de 1996, la acción pública de inconstitucionalidad no puede entablarse contra una norma jurídica "por lo que en ella no se expresa", sino que tiene lugar únicamente, "respecto del contenido normativo de la disposición acusada". Es decir que, si el legislador genéricamente ha omitido un deber de regulación constitucional, no ha habido una actuación de parte de éste, no hay acto qué comparar y por ende la Corte carece de competencia para realizar dicho control. En conclusión, ya que en la Ley 1454 de 2011 se omitió de manera absoluta la regulación sobre las regiones como entidades territoriales y las entidades territoriales indígenas la Corte no es competente para realizar el juicio de constitucionalidad solicitado y por ende se declara inhibida para fallar con relación a este cargo. No obstante, y debido a que existe un deber constitucional incumplido por parte del legislador se exhortará al Gobierno Nacional y al Congreso de la República para que regule lo concerniente a las regiones como entidades territoriales y expidan el proyecto de ley especial que reglamente lo relativo a la conformación de las Entidades Territoriales Indígenas exhorto que se establecerá en la parte resolutiva de esta Sentencia.
Decisum	Primero. - Declararse INHIBIDA para conocer de inconstitucionalidad de la Ley 1454 de 2011 por los cargos propuestos por los demandantes. Segundo. - EXHORTAR al Gobierno Nacional y al Congreso de la República para que regule lo concerniente a las regiones como entidades territoriales y

	expidan el proyecto de ley especial que reglamente lo relativo a la conformación de las Entidades Territoriales Indígenas.

Sub-regla interpretativa

La Corte Constitucional desde la expedición la Sentencia C-543 de 1996 fue clara en señalar la falta de competencia de la Corporación para pronunciarse respecto de la constitucionalidad por omisión legislativa absoluta en los siguientes términos: La acción pública de inconstitucionalidad si bien permite realizar un control más o menos extenso de la labor legislativa, no autoriza la fiscalización de lo que el legislador genéricamente ha omitido, conforme a las directrices constitucionales (…) Por esta razón, hay que excluir de esta forma de control el que se dirige a evaluar las omisiones legislativas absolutas: si no hay actuación, no hay acto qué comparar con las normas superiores; si no hay actuación, no hay acto que pueda ser sujeto de control. La Corte carece de competencia para conocer de demandas de inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta. En tal sentido, frente a tal situación, se procede con la expedición de un fallo inhibitorio.

La Corte mantuvo y ratificó la sub-regla señalada hasta la expedición de la Sentencia C-442 de 2009, decisión en la cual se declaró la exequibilidad de la norma acusada, pues se había formulado la acción pública de inconstitucionalidad con base en una omisión legislativa relativa, pues el Código de Infancia y Adolescencia, contempló una serie de deberes y obligaciones en cabeza de los medios de comunicación pero olvidó establecer el procedimiento sancionatorio en caso de que estos cometieran una transgresión a los mismos. El tribunal constitucional estableció que dicha situación obedecía a una omisión legislativa absoluta y no relativa, declarando exequible la norma acusada, pero aclarando que, en función del control constitucional, sus facultades eran limitadas para resolver la omisión presentada, entre otras cosas, se dispuso:

La manifestación del *ius puniendi* del Estado está sometida a claros principios generalmente aceptados, y en la mayoría de los casos proclamados de manera explícita en los textos constitucionales. Así, a los principios de configuración del sistema sancionador como los de legalidad (toda sanción debe tener fundamento en la ley), tipicidad (exigencia de descripción específica y precisa por la norma creadora de las infracciones y de las sanciones, de las conductas que pueden ser sancionadas y del contenido material de las sanciones que puede imponerse por la comisión de cada conducta, así como la correlación entre unas y otras) y de prescripción (los particulares no pueden quedar sujetos de manera indefinida a la puesta en marcha de los instrumentos sancionatorios), se suman los propios de aplicación del sistema sancionador, como los de culpabilidad o responsabilidad según el caso – régimen disciplinario o régimen de sanciones administrativas no disciplinarias- (juicio personal de reprochabilidad dirigido al autor de un delito o falta), de proporcionalidad o el denominado non bis in ídem." Por ello la especificidad y el grado de detalle son elementos esenciales de este tipo de regulaciones, razón por la cual resulta una labor propia de creación de derecho, que como se ha dicho compete al órgano que la Constitución creó para ello, y no a la Corte Constitucional como guardiana e intérprete autorizada de ella (Sentencia C-442 de 2009).

Lo anterior ligado de igual manera al principio de legalidad como garantía para los sujetos que son sometidos a un procedimiento sancionatorio bien sea de orden judicial o administrativo, lo que conlleva a que dichas disposiciones residan exclusivamente bajo la competencia del órgano legislador del Estado; resolviendo finalmente exhortar al Congreso de la República para realizar el trámite correspondiente para subsanar la omisión legislativa absoluta presentada.

Finalmente, bajo la expedición de la sentencia C-489 de 2012, se estableció un punto medio, pues se confirmó la sub-regla de la **incompetencia** de la Corte Constitucional para pronunciarse respecto de la inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta, específicamente respecto de la Ley 1454 de 2011 (Ley de ordenamiento territorial), la cual omitió regular las figuras de las regiones y las entidades territoriales indígenas, pronunciándose en los siguientes términos:

> La Corte no es competente para realizar el juicio de constitucionalidad solicitado y por ende se declara inhibida para fallar con relación a este cargo. No obstante, y debido a que existe un deber constitucional incumplido por parte del legislador se exhortará al Gobierno Nacional y al Congreso de la República para que regule lo concerniente a las regiones como entidades territoriales y expidan el proyecto de ley especial que reglamente lo relativo a la conformación de las Entidades Territoriales Indígenas exhorto que se establecerá en la parte resolutiva de esta Sentencia (sentencia C-489 de 2012).

Como se observa, en este último pronunciamiento, si bien se mantuvo la teoría de la incompetencia frente a la omisión legislativa absoluta que conlleva a tomar decisiones inhibitorias, se fortaleció la figura del exhorto al órgano estatal competente para que adelante el trámite correspondiente y así sea posible subsanar la omisión respectiva; dejando como conclusión que no existe en Colombia un mecanismo de control constitucional que le permita a la guardiana de la Constitución resolver de fondo y proponer soluciones inmediatas, reales y efectivas frente a la inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta, pues los mecanismos existentes no establecen la competencia o facultad para hacerlo.

2.5 La omisión relativa: silencios de la Ley contrarios a la Constitución

En apartado anterior fue presentada la omisión absoluta como la ausencia total de regulación frente a un mandato constitucional que produce situaciones contrarias a la norma superior. Corresponde ahora analizar la omisión legislativa relativa y los fundamentos que ha tenido el órgano de control constitucional de asumir su conocimiento cuando ella se produce.

La omisión relativa parte también de la inactividad del Legislador, pero ella se produce cuando el Legislador expide la norma, siendo ésta deficiente, incompleta o defectuosa desde el punto de vista constitucional. En las omisiones relativas, el Legislador no regula algunas hipótesis de la norma, deja lagunas en la legislación o excluye la aplicación de un derecho a grupos de población, formando con esto situaciones contrarias a la Constitución y que son fuente productora de daños. En palabras de Víctor Bazán, se presenta un "supuesto de *insuficiencia de desarrollo de una disposición constitucional* o *actividad deficiente del legislador"* (2014, p. 103). En esta clase de omisión, aunque la norma ha sido expedida por el órgano competente, las falencias de ella misma le impiden alcanzar el perfeccionamiento del mandato constitucional. Posición reiterada por Norberto Nogueira Alcalá para quien la omisión relativa existe "cuando el órgano estatal no efectiviza el mandato constitucional, por ejemplo, cuando el legislador sanciona la ley, pero lo hace incorrectamente, no regulando algunas hipótesis que debe regular o dejando lagunas en la legislación, excluyendo a un grupo del ejercicio de un derecho o negándole arbitrariamente la protección de sus intereses" (2004, p. 154).

La doctrina ha diferenciado las causales en las que se presenta la violación de la Constitución por omisión relativa o parcial y que permiten movilizar su fiscalización: i) cuando el Legislador al propulsar una la norma para *obedecer* el mandato constitucional favorece a ciertos grupos y

olvida a otros, o acuerda ventajas a unos que no dispensa a otros; ii) por carencias o imperfecciones de la disposición en relación con exigencias derivadas de otros preceptos constitucionales o por una incompleta regulación de un instituto que origine la ineficacia de la norma constitucional; iii) cuando la norma expedida por el Legislador presenta un contenido menor al exigible constitucionalmente (Bazán, 2014, p. 119-121).

La *omisión parcial o incompleta*, como se refiere a ella el profesor Rodolfo Arango Rivadeneira, puede vulnerar los derechos de las personas y, en especial, la afectación del principio de igualdad de trato por omisión estatal, lo que consolida el daño antijurídico que debe ser indemnizado por el Estado Legislador. La omisión estatal parcial, señala el autor, a diferencia de la omisión absoluta, no es fácilmente perceptible y estimable como causa de la vulneración de un derecho fundamental, pues ella se verifica haciendo un análisis del alcance y aplicabilidad que la norma le dio al principio constitucional protegido, siendo necesario, para ello, comprobar si se cumple la finalidad de la norma (2005. p. 184). Luego, se considera la omisión relativa parcialmente inconstitucional, según Bidart Campos, porque "si bien se dictó la Ley, esta desconoce los principios materiales de la Constitución, al no hacer una regulación completa de la norma, resultando por ello, violatoria del principio de Igualdad" (1997, p. 17). En este sentido para Fernández Segado, la ausencia de regulación podría dar lugar no solo a que se produzca la omisión relativa inconstitucional, sino también, a la violación de principios constitucionales al ser expedida una norma legal que excluya en forma arbitraria de determinado beneficio, a un colectivo social (2010, p. 8), Las omisiones legislativas relativas, indica Fernández Rodríguez, "no tienen en el fondo entidad propia sino que se reconduce a una inconstitucionalidad positiva factible de fiscalizar" (1993, p. 58).

Frente a las omisiones legislativas relativas se ha considerado en principio que el Tribunal Constitucional es competente para conocerlas, dado que siendo el órgano al que le corresponde enjuiciar la constitucionalidad de las leyes, es lógico que él también señale sus omisiones, tal como se ha planteado en el derecho comparado y así lo ha confirmado Francisco Javier Díaz Revorio al señalar que si la omisión parcial de un texto plantea un problema de interpretación de la ley de acuerdo con la Constitución, se acepta que los órganos competentes para realizar el control o para solucionar la omisión sean los jueces ordinarios, quienes son los que, al resolver un asunto concreto, realizan la labor de interpretación de la ley, sin que por ello se excluya al Tribunal Constitucional (2001, p. 84).

En su jurisprudencia, la Corte Constitucional ha reconocido su competencia para conocer las omisiones legislativas relativas, toda vez que éstas tienen efectos jurídicos que pueden presentar una oposición objetiva y real con la Constitución, que se puede verificar a través de una confrontación de los mandatos acusados y las disposiciones superiores. Ha considerado la viabilidad de ocuparse de las omisiones legislativas, en la medida en que exista un precepto legal sobre el cual pronunciarse y cuando sea posible confrontar la norma demandada con la Constitución, de donde emanaría el deber incumplido por el Legislador (Sentencias C- 1549 de 000; C- 246 de 2001C-442 de 2009; C- 155 de 2004; C-1064 de 2001; C-351 de 2013). Admite así el Tribunal Constitucional la procedencia de la acción pública de inconstitucionalidad, a efecto de que se declare la omisión legislativa relativa y, en consecuencia, se expida una sentencia de exequibilidad condicionada que incorpore el supuesto de hecho que ha sido excluido por el legislador, tal como lo señaló en la sentencia C-522 de 2009.

Exige que para proceder al examen de constitucionalidad de una disposición jurídica demandada, por haber incurrido el Legislador en omisión legislativa relativa, se deben configurar los

siguientes requisitos de orden normativo: i) que exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo; ii) que la omisión excluya de sus consecuencias jurídicas los casos que, por ser asimilables, tenían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado; iii) que la exclusión carezca de una razón suficiente; iv) que la falta de justificación y objetividad genere para los casos excluidos de la regulación legal una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma; v) que la omisión sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al Legislador (Sentencia C-185 de 2002).

De lo anterior, puede observarse que si al expedirse una ley, en desarrollo de un deber impuesto por la Constitución, no se contemplan todos los supuestos que deben ser objeto de regulación para que la norma se adecue a la Constitución, favoreciendo a ciertos grupos y perjudicando a otros, o la norma excluye a un grupo de ciudadanos de los beneficios que otorga la ley a los demás, u omite una condiciones o elementos esenciales exigidos por la Constitución, conlleva la violación a los derechos a la Igualdad y al Debido Proceso. (Corte Constitucional. Sentencia C- 067 de 1999). Recuerda en este punto Víctor Bazán, que existen desarrollos jurisprudenciales en la Corte Constitucional colombiana, que predican que las omisiones relativas inconstitucionales no solo se configuran cuando hay quebrantamiento a la igualdad, sino también en supuestos de insuficiencia normativa lesiva del Debido Proceso y de otros bienes, principios y valores constitucionales (2014, p. 104).

Visto lo anterior, es claro que la Corte Constitucional tiene como parámetro de control de la omisión legislativa relativa, la vulneración de los derechos fundamentales de Igualdad y Debido Proceso; sin embargo, no es el único escenario en el que pueden plantarse, ya que siempre que se presente una situación discriminatoria, como por ejemplo, cuando un procedimiento no inclu-

ye etapas esenciales, o cuando se brindan instancias de participación a unos sujetos específicos y a otros no y sobre temas que los pueden afectar, procede el control de constitucionalidad por omisión relativa (Sentencia C- 073 de 1996).

En esta situación puede afirmarse sin equívocos que la mayoría de las sentencias en que la Corte Constitucional colombiana ha estudiado la omisión relativa, la procedencia del control ha sido la discriminación o exclusión inconstitucional de sujetos afectados por la norma que se examina, esto es la vulneración al derecho a la Igualdad. En este sentido, resalta la importancia del control sobre las omisiones relativas, en cuanto buscan asegurar la efectividad da la guarda de la Constitución Política sin afectar la configuración legislativa, garantizándose que las normas emanadas del legislador se sujeten a lo mandado por la Carta.

La acción de inconstitucionalidad propuesta contra una omisión legislativa relativa no se entabla contra una norma jurídica, debido a que no es expresa; tiene lugar únicamente respecto al contenido normativo de la disposición acusada de ser incompleta y con resultados discriminatorios (Corte Constitucional, Sentencia C- 146 de 1998). Esto muestra que el control constitucional recae más sobre las normas, es decir, sobre las reglas o contenidos normativos derivados de los textos legales, y no sobre los textos en sí mismo considerados. (Corte Constitucional, Sentencia C-543 de 1996). Esta distinción frente a la procedencia y condiciones del control de inconstitucionalidad son importantes, toda vez que, si el control recae sobre los textos, y no sobre las normas derivadas de la Ley, no sería posible sanear la omisión legislativa relativa a través de sentencias interpretativas como lo hace la Corte, que excluye una interpretación y conserva otra; de lo contrario, tendría el Tribunal Constitucional que retirar del ordenamiento jurídico la norma acusada. Por ello, la Corte ha señalado que la inconstitucionalidad por omisión solo puede ser declarada en relación con el contenido normativo de una disposición concreta, que por consti-

tuirse en ausencia parcial de regulación resulta discriminatorio, contrario al principio de Igualdad (Corte Constitucional, Sentencia C- 146 de 1998 y Sentencia C- 1125 de 2004).

Consecuentemente y en suma, vale reiterar que si el Legislador, al expedir una Ley, ha reconocido un determinado beneficio a unas personas excluyendo a otras, que deben ser sujetos de igual tratamiento, se configura la violación al principio de Igualdad, para lo cual la Corte asume su control y con ello entra a subsanar la falencia del Legislador. La Corte Constitucional ha venido utilizando diferentes mecanismos jurídicos que posibilitan el control de la omisión legislativa en defensa de la fuerza normativa de la Constitución que prevalece sobre la autonomía legislativa, sin desconocer que también como lo señala en la sentencia C-1064 de 2001, mantiene la posición de que los derechos y principios constitucionales se deducen directa y exclusivamente de la Constitución. Sobre el tema agrega Juan Pablo Sarmiento que:

> En lo que respecta a la omisión legislativa relativa, toda norma debe ser interpretada conforme a la Constitución, de manera que podríamos remitirnos nuevamente al debate presentado respecto a la responsabilidad del Estado juez, aplicada a la indebida indiscriminación, que además es reprochada por la Carta Fundamental, lo que supone que una interpretación integrada con ésta o con otras normas, podría permitir la igualación de situaciones que normativamente resulten discriminatorias (2010, p. 90).

En todo caso, a manera de conclusión, la omisión legislativa relativa al igual que la omisión absoluta, por ser silencio contrario a la Constitución, causan igualmente un daño a los administrados, pues es la función legislativa la que priva o restringe a un asociado de un derecho.

2.6 Línea jurisprudencial de la omisión legislativa relativa

De la omisión legislativa relativa, que se presenta cuando el Legislador omite una condición o un ingrediente de la norma necesario para que armonice con ella, presentaremos la línea jurisprudencial, identificando las reglas y sub-reglas y la sombra decisional a fin de verificar si a través de la jurisprudencia, la Corte Constitucional ha subsanado dichas abstenciones del legislador:

PROBLEMA JURÍDICO		
¿Es procedente que la Corte Constitucional declare la inconstitucionalidad por omisión legislativa relativa cuando el Congreso de la República al expedir una norma, omite un elemento esencial de la misma, exigido por la Constitución?		
SI, La Corte Constitucional declara la INEXEQUIBILIDAD pero se aclara que NO es por omisión legislativa, sino que el Presidente de la República en virtud de funciones legislativas otorgadas, se le concedió un poder extralimitado que contraría la carta política	• **C-543/ 1996** • **C-146/ 1998** • **C-427/ 2000** • **C-185/ 2002** • **C-809/ 2002** • **C-865/ 2004** • **C-061/2005** • **C-192/ 2006**	**No**, La Corte Constitucional se inhibe de pronunciarse al respecto porque no podía dar un fallo de fondo, en razón a que algunos de las situaciones expuestas por los accionantes no se enmarcaban en la omisión legislativa relativa sino absoluta, y, además no estaban completos los supuestos fácticos para la comparación y tampoco cumplían a cabalidad con los requisitos exigidos por la esta Corporación para que sea admisible la omisión legislativa relativa

Marco conceptual

Se determinó por parte de la Corte Constitucional Colombiana que la omisión legislativa relativa se presenta cuando el legislador incumple una obligación derivada de la Constitución, que le impone adoptar determinada norma legal; en efecto, al respecto esta Corporación ha dicho que este tipo de omisión "está ligado, cuando se configura, a una *obligación de hacer*, que supuestamente el Constituyente consagró a cargo del Legislador, el cual sin que medie motivo razonable se abstiene de cumplirla, incurriendo con su actitud negativa en una violación a la Carta.

***Sentencias objeto de estudio sobre el tema*:**

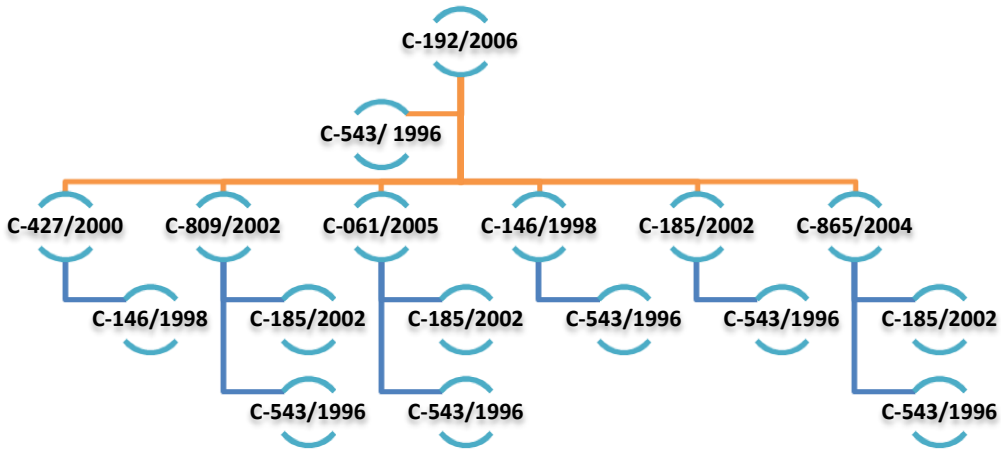
SENTENCIA	MAGISTRADO PONENTE
C-543/ 1996	Dr. Carlos Gaviria Díaz
C-146/ 1998	Dr. Vladimiro Naranjo Mesa
C-427/ 2000	Dr. Vladimiro Naranjo Mesa
C-185/ 2002	Dr. Rodrigo Escobar Gil
C-809/ 2002	Dr. Eduardo Montealegre Lynett
C-865/ 2004	Dr. Rodrigo Escobar Gil
C-061/ 2005	Dr. Manuel José Cepeda Espinosa
C-192/ 2006	Dr. Jaime Córdoba Triviño

Como **punto arquimédico** de la línea jurisprudencial se encuentra la sentencia C-192 de 2006, como **sentencia hito** se encuentra la sentencia C-061 de 2005 y como **sentencia fundadora de línea**, la sentencia C-543 de 1996.

Telaraña:



Nicho citacional



Análisis estático del precedente

a. Análisis Jurisprudencial de la sentencia C-543/1996

Sentencia C–543 DE 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz (sentencia 1)	
Referencia	**Expediente D-1286.** Demanda de inconstitucionalidad por la omisión del legislador en reglamentar los artículos 87 y 88 de la Constitución**.** **Demandante:** Hugo Alberto Marín H. **Lugar y Fecha:** Santafé de Bogotá, D.C., dieciséis (16) de octubre de mil novecientos noventa y seis (1996).
Hechos	El ciudadano Hugo Alberto Marín H., en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, solicita a la Corte Constitucional que "declare la inconstitucionalidad por omisión en que incurre el Congreso de la República al no haber cumplido con la obligación de reglamentar los artículos 87 y 88 constitucionales, que consagran las acciones de cumplimiento y las acciones populares, respectivamente." Considera el actor que el legislador ha incurrido en una inconstitucionalidad por omisión al no expedir las leyes que regulan las acciones de cumplimiento y las populares, consagradas en los artículos 87 y 88 de la Carta, en consecuencia, solicita a la Corte "señalar un plazo razonable al legislador para reglamentar las normas constitucionales cuya efectividad solicitamos por vía de la presente acción pública de inconstitucionalidad, o en su defecto, si al cabo de dicho término el legislador formal no cumple con lo mandado, disponer que el ejecutivo solicite facultades legislativas extraordinarias al Congreso, para que dentro del plazo establecido por el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución, regule la materia respectiva".
Problema Jurídico	¿Es competente la Corte Constitucional para declarar la inconstitucionalidad por omisión originada por la falta de desarrollo legislativo de los artículos 87 y 88 de la Constitución política de Colombia que consagran la acción de cumplimiento y las acciones populares?
Tesis	No.
Ratio Decidendi	La omisión legislativa relativa se produce cuando el legislador ha expedido la ley y en ella solamente ha regulado algunas relaciones dejando por fuera otros supuestos análogos, con clara violación del principio de igualdad. De acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina se entiende por omisión legislativa "todo tipo de abstención del legislador de disponer lo prescrito por la Constitución". Dichas omisiones, entonces, se identifican con la "no acción" o falta de actividad del legislador en el cumplimiento de la obligación de legis-

	lar que le impone expresamente el Constituyente. Para que se pueda hablar de omisión legislativa, es requisito indispensable 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 haber omisión. En consecuencia, la omisión legislativa no se puede derivar de la ausencia de leyes por incumplimiento del Congreso del deber general de legislar, lo que constituye no una omisión relativa, sino una absoluta. Así las cosas, no es posible acceder a la petición del demandante, pues la Corte carece de competencia para conocer de demandas de inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta.
Decisum	Declararse INHIBIDA para emitir pronunciamiento de fondo sobre el presente asunto, por falta de competencia para conocer de demandas de inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta.

b. Análisis Jurisprudencial de la sentencia C-146/ 1998

Sentencia C–146 DE 1998, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa (sentencia 2)	
Referencia	**Expediente D-1814.** Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 36 y 133 de la Ley 100 de 1993; el artículo 1° de la Ley 33 de 1985; los artículos 4° y 5° de la Ley 4ª de 1966, y el artículo 17, literal b) de la Ley 6ª de 1945. **Demandante:** Germán Villalba Sandoval. **Lugar y Fecha:** Santafé de Bogotá, D.C., veintidós (22) de abril de mil novecientos noventa y ocho (1998).
Hechos	Estima el demandante que las disposiciones acusadas son violatorias de los artículos 13 y 53 de la Constitución Política. El demandante considera que las normas acusadas atentan contra los principios mínimos fundamentales laborales consagrados en el artículo 53 de la Carta Política, porque omitieron actualizar monetariamente el ingreso base de liquidación de las pensiones de jubilación, vejez y pensión sanción de los trabajadores que habiendo cumplido con el tiempo de servicio necesario para acceder a la respectiva pensión, debieron quedar cesantes mientras cumplían con el requisito de la edad, y que, al cumplirlo, obtuvieron el reconocimiento de su pensión sobre un salario devaluado. Por el contrario, los trabajadores que de manera simultánea cumplieron con estos dos requisitos, el de la edad y tiempo de servicio, tienen garantizada la actualización de sus pensiones por virtud de los reajustes anuales al salario. Esta discriminación, al decir del demandante, constituye una vulneración de los derechos de los pensionados que se encuentran en la primera de las situaciones descritas, pues desde el momento en que tuvieron que quedar cesantes por razón de cumplir con el tiempo de servicio, hasta el momento en que cumplieron con la edad requerida para la pensión, su ingreso base de liquidación quedó "congelado" y el monto de su pensión, mermado progresivamente en proporción con el aumento del índice de precios al consumidor. A estos traba-

	jadores, dice, se les ha reconocido una pensión inferior a la generada y, teniendo en cuenta que se trata de personas de la tercera edad, el Estado debe garantizarles una protección especial. La violación de derechos mencionada, se refiere a aquellos trabajadores del Estado que se jubilaron con posterioridad a la Ley 4a de 1966 y antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, pues aquella actualizó retroactivamente el salario base de liquidación de los trabajadores jubilados con anterioridad a su vigencia, al prescribir que las pensiones de jubilación o de invalidez reconocidas por una o más entidades de Derecho Público con anterioridad a la vigencia de esta ley, serán aumentadas, por una sola vez, hasta llegar a setenta y cinco por ciento (75%) de la asignación actual del cargo o cargos que sirvieron de base para la liquidación, o su equivalente... De igual manera, la Ley 100 en sus artículos 36 y 133 prevé para quienes se jubilen conforme a sus disposiciones, la actualización del salario base de liquidación de la pensión. Pero para las personas que se jubilaron en el lapso comprendido entre las dos leyes referidas, que cumplieron con el requisito de tiempo antes que con el de edad y que tuvieron que esperar a cumplir la edad requerida, no se previó la norma de reajuste del salario base de liquidación de la pensión. Con base en las inconformidades constitucionales referidas, el actor solicita la "declaración extensiva de la norma de actualización (o reajuste) de las pensiones de jubilación o vejez y pensión sanción" establecida en la Ley 100, para que sea "contemplada en algunas de las pensiones de jubilación o vejez y pensión sanción, que no se les consideró con retroactividad a su vigencia este derecho en la citada ley." El demandante considera que existe un vacío jurídico en este aspecto y pretende por la vía de la acción pública de inconstitucionalidad, obtener el reajuste del salario base de liquidación de su propia pensión, reconocida hace varios años. En efecto, al respecto manifiesta que el objetivo de la demanda es "obtener la actualización o nivelación de mi pensión de jubilación reconocida en 1992, para la cual la ley 100/93 no contempla esta norma."
Problema Jurídico	¿Debe la Corte Constitucional declarar inexequibles los artículos 36 y 133 de la Ley 100 de 1993; el artículo 1° de la Ley 33 de 1985; los artículos 4° y 5° de la Ley 4ª de 1966, y el artículo 17, literal b) de la Ley 6ª de 1945, por existir un vacío normativo sobre las pensiones de jubilación o vejez y pensión sanción las cuales no se consideraron con retroactividad en la ley 100 de 1993?
Tesis	No.
Ratio Decidendi	La Corte Constitucional se ha referido en varias oportunidades a la inconstitucionalidad por omisión, e incluso, en algunas oportunidades, con fundamento en este vicio ha declarado la inexequibilidad de algunas normas jurídicas. Así, por ejemplo, en la Sentencia C-188 de 1996 (M. P. Dr. Fabio Morón Díaz), se vertieron los siguientes conceptos: "El fenómeno de la inconstitu-

	cionalidad por omisión está ligado, cuando se configura, a una "obligación de hacer", que supuestamente el Constituyente consagró a cargo del legislador, el cual sin que medie motivo razonable se abstiene de cumplirla, incurriendo con su actitud negativa en una violación a la Carta." De igual manera, en el pronunciamiento contenido en la Sentencia C-555 de 1994 (M. P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz), se dijo, refiriéndose a la norma objeto de cuestionamiento, que "... la inexequibilidad derivaría de la conducta omisiva del Legislador que propicia la desigualdad de trato que consiste en no extender un determinado régimen legal a una hipótesis material semejante a la que termina por ser única beneficiaria del mismo." No obstante, lo anterior, resulta necesario explicar que la inconstitucionalidad por omisión no puede ser declarada por el juez constitucional sino en relación con el contenido normativo de una disposición concreta, que por incompleta resulta ser discriminatoria. Es decir, son inconstitucionales por omisión aquellas normas legales que, por no comprender todo el universo de las hipótesis de hecho idénticas a la regulada, resultan ser contrarias al principio de igualdad. Pero la omisión legislativa pura o total, no es objeto del debate en el proceso de inexequibilidad, puesto que este consiste, esencialmente, en un juicio de comparación entre dos normas de distinto rango para derivar su conformidad o discrepancia. Luego el vacío legislativo absoluto no puede ser enjuiciado en razón de la carencia de objeto en uno de uno de los extremos de comparación. Lo anterior ha sido perentoriamente señalado por esta Corporación en los siguientes términos que ahora vale la pena reiterar con énfasis: "La acción pública de inconstitucionalidad no puede entablarse contra una norma jurídica por lo que en ella no se expresa, sino que tiene lugar únicamente respecto del contenido normativo de la disposición acusada." (Sentencia C- 073 de 1996. M. P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.) Las anteriores consideraciones son fundamento suficiente para explicar la inhibición de fallo que producirá la Corte. Las acusaciones y pretensiones del demandante no son susceptibles de ser analizadas y discutidas mediante el trámite propio del control constitucional abstracto, de comparación de la Carta con los preceptos legales por su contenido regulante. No existe propiamente un cargo de inconstitucionalidad en contra del contenido de los preceptos acusados, por lo cual, si bien desde el punto de vista formal la demanda reúne las condiciones de admisibilidad, substancialmente no se aprecia la formulación de un cargo que pueda ser examinado dentro de los parámetros del juicio constitucional.
Decisum	**Primero:** Salvo en lo resuelto en el numeral segundo de esta parte resolutiva, declararse **INHIBIDA** para pronunciarse de fondo sobre la constitucionalidad de los artículos 36 y 133 de la Ley 100 de 1993, 1° de la Ley 33 de 1985, 4° y 5° de la Ley 4ª de 1966, y 17 literal b) de la Ley 6ª de 1945, por falta de cargos substanciales en contra del contenido normativo de los preceptos acusados.

	Segundo: ESTARSE A LO RESUELTO en la Sentencia C-168 de 1995 que declaró inexequible el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, únicamente el aparte final del mismo, que dice : " Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciere falta fuere igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la presente ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos".

Aclaración de voto. Magistrado José Gregorio Hernández Galindo

Aclaro mi voto en el asunto de la referencia en lo concerniente a la inconstitucionalidad por omisión, por cuanto, si bien a mi juicio resulta acertada la jurisprudencia de la Corte en el sentido de no aceptar que se demanden proposiciones no contenidas en las normas acusadas, que correspondan a la pura creación del demandante, no debe desecharse de manera absoluta y general que pueda la Corte, en ejercicio de su función de guarda de la integridad y supremacía constitucionales, declarar que en casos específicos el legislador, al dejar de hacer algo que el Constituyente le había confiado en términos perentorios y apremiantes, viola la Carta Política por omisión.

Al respecto, repito lo que tuve oportunidad de manifestar, aclarando también mi voto, a propósito de la Sentencia C-543 del 16 de octubre de 1996 (M. P.: Dr. Carlos Gaviria Díaz).

Salvamento de voto. Magistrados Eduardo magistrados Eduardo Cifuentes Muñoz y Alejandro Martínez Caballero

OMISIÓN LEGISLATIVA RELATIVA

La Corte vincula la omisión legislativa relativa a la inexistencia de una regulación suficiente en la ley. Lo anterior significa que el examen sobre la existencia de una omisión relativa debe realizarse a la luz de la integridad de una regulación y no, como lo supone la mayoría, a partir del texto de una norma específica. En este sentido, probado, como se puede leer en la sentencia de la que nos apartamos, que existe un vacío normativo respecto de un grupo de personas -laguna que, por lo demás, resulta de la apreciación de normas pertenecientes a leyes distintas pero que regulan la materia-, no ha debido la Corte declararse inhibida. En este caso, la apreciación de los criterios de igualdad determinados en la doctrina de la Corte, necesariamente habría conducido a extender la situación de favor a las personas excluidas.

Dos motivos nos llevan a esta decisión. En primer lugar, y respecto de la posición de la mayoría sobre las omisiones absolutas, nos remitimos a lo expuesto en nuestra aclaración al voto a la Sentencia C-543 de 1996.

En segundo lugar, no consideramos, a la luz de la regla fijada en la sentencia C-543 de 1996 - que, además, es el sustento de la decisión de la que nos apartamos-, que en el presente caso se hubiera presentado una omisión legislativa absoluta. En la aludida sentencia, la Corte se refirió al concepto de omisión legislativa relativa en los siguientes términos: “existe una *omisión legislativa relativa* porque si bien el legislador ha expedido la ley en ella solamente ha regulado algunas relaciones dejando por fuera otros supuestos análogos, con clara violación del principio de igualdad” nos estaríamos refiriendo a la violación del deber derivado del principio de igualdad o del derecho de defensa, como elemento esencial del debido proceso, por cuanto la ley existe, pero no cubre todos los

supuestos que debería abarcar. Hay aquí una actuación imperfecta o incompleta del legislador" Como se puede apreciar, la Corte vincula la omisión legislativa relativa a la inexistencia de una regulación suficiente en la ley. Lo anterior significa que el examen sobre la existencia de una omisión relativa debe realizarse a la luz de la integridad de una regulación y no, como lo supone la mayoría, a partir del texto de una norma específica.

En este sentido, probado, como se puede leer en la sentencia de la que nos apartamos, que existe un vacío normativo respecto de un grupo de personas -laguna que, por lo demás, resulta de la apreciación de normas pertenecientes a leyes distintas pero que regulan la materia-, no ha debido la Corte declararse inhibida. En este caso, la apreciación de los criterios de igualdad determinados en la doctrina de la Corte, necesariamente habría conducido a extender la situación de favor a las personas excluidas.

c. Análisis jurisprudencial de la sentencia C-427/ 2000

Sentencia C–427 DE 2000, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa (sentencia 3)	
Referencia	**Expediente D-2510.** Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 399 de 1997, "por la cual se crea una tasa, se fijan unas tarifas y se autoriza al Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, INVIMA". **Demandante:** Néstor Javier González Guátame. **Lugar y Fecha:** Santafé de Bogotá, D.C., doce (12) de abril de dos mil (2000).
Hechos	Estima el demandante que la norma demandada contraría los artículos 13 y 95, numeral 9º de la Carta. El actor afirma en su demanda que la Ley objeto del presente pronunciamiento excluye a varias de "las personas naturales o jurídicas que en ejercicio de su actividad económica requieren de la expedición, modificación y renovación de sus registros sanitarios". Ello se debe a que el legislador, en lugar de establecer categorías generales de productos que, por su similar naturaleza, deberían estar gravados con la tasa, pretendió determinar en concreto, con un carácter excesivamente casuístico, qué productos están gravados y cuáles no lo están. Al hacerlo, dice, pasó por lo alto varios

	productos que, en consecuencia, quedaron exonerados de pagar la tasa a la que se refiere tal ordenamiento. Dicha exoneración constituye, para el actor, una manifiesta e injustificada desigualdad. Para reafirmar su posición, el actor menciona algunos de los productos que, a pesar de pertenecer a las mismas categorías generales objeto de la competencia de registro del Invima, se encuentran excluidos de la norma demandada, ejemplificando, de este modo, el carácter injustificado de la alegada discriminación. Por otra parte, el demandante manifiesta sus discrepancias respecto del concepto 009681 del 17 de septiembre de 1997, rendido por la directora de la oficina jurídica del Invima al director general de dicha entidad. Según tal concepto, alega el actor, se permite la interpretación analógica en la determinación de los productos que están obligados a pagar la tasa, criterio que contraría lo establecido por nuestra Constitución Política.
Problema Jurídico	¿Debe declarar la Corte Constitucional inexequible por omisión legislativa la Ley 399 de 1997 porque el Congreso de la República pasó por alto varios productos que, en consecuencia, quedaron exonerados de pagar la tasa a la que se refiere tal ordenamiento, lo cual genera discriminación a ciertos sujetos pasivos del tributo, quedando algunos de ellos exentos del pago de la tasa correspondiente?
Tesis	No.
Ratio Decidendi	"Si la norma que crea el impuesto carece de cualquiera de los elementos mencionados o lo indica de manera vaga o indefinida, toda ella es inconstitucional. "Por el contrario, en cuanto al aspecto del que se viene tratando, no hay motivo para declarar la inexequibilidad de la norma tributaria si ella presenta con suficiente exactitud y determinación los puntos indicados en la norma constitucional, que, integrados, configuran el gravamen." Sentencia C-390 de 1996, M. P. José Gregorio Hernández Galindo. No obstante, lo anterior, resulta necesario explicar que la inconstitucionalidad por omisión no puede ser declarada por el juez constitucional sino en relación con el contenido normativo de una disposición concreta, que por incompleta resulta ser discriminatoria. Es decir, son inconstitucionales por omisión aquellas normas legales que, por no comprender todo el universo de las hipótesis de hecho idénticas a la regulada, resultan ser contrarias al principio de igualdad. Pero la omisión legislativa pura o total, no es objeto del debate en el proceso de inexequibilidad, puesto que este consiste, esencialmente, en un juicio de comparación entre dos normas de distinto rango para derivar su conformidad o discrepancia. Luego el vacío legislativo absoluto no puede ser enjuiciado en razón de la carencia de objeto en uno de uno de los extremos de comparación. La acción pública de inconstitucionalidad no puede entablarse contra una

	norma jurídica por lo que en ella no se expresa, sino que tiene lugar únicamente respecto del contenido normativo de la disposición acusada.' (Sentencia C- 073 de 1996. M. P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.) De la jurisprudencia antes citada se puede concluir que la omisión legislativa absoluta no produce una inconstitucionalidad debido a la inexistencia de norma legal sobre la cual dicha característica sea predicable. Por el contrario, para que se pueda hablar de una inconstitucionalidad de este tipo, es necesario que la omisión sea relativa. Al respecto, la jurisprudencia de esta Corporación afirmó lo siguiente: "... la inexequibilidad derivaría de la conducta omisiva del Legislador que propicia la desigualdad de trato que consiste en no extender un determinado régimen legal a una hipótesis material semejante a la que termina por ser única beneficiaria del mismo." Sentencia C–555 de 1994, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
Decisum	Abstenerse de emitir pronunciamiento sobre el artículo 9º de la Ley 399 de 1997, salvo en cuanto a su parágrafo el cual se declara EXEQUIBLE.

d. Análisis Jurisprudencial de la sentencia C-185/ 2002

Sentencia C–185 DE 2002, M. P. Rodrigo Escobar Gil (sentencia 4)	
Referencia	**Expediente D-3700.** Demanda de inconstitucionalidad parcial contra el inciso 1º del artículo 365 y el artículo 366 de la Ley 600 de 2000. **Demandante:** Martín Leonardo Suárez Varón. **Lugar y Fecha:** Bogotá, D.C, trece (13) de marzo de dos mil dos (2002).
Hechos	El ciudadano Martín Leonardo Suárez Varón, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad consagrada en los artículos 241 y 242 de la Constitución Política, demandó la inexequibilidad de la expresión "prendaria", tal como aparece contenida en el inciso 1º del artículo 365 y en el artículo 366 de la Ley 600 de 2000. Estima el actor que las disposiciones parcialmente acusadas son violatorias del preámbulo y de los artículos 13 y 28 de la Constitución Política. El actor demanda la inconstitucionalidad de la expresión "prendaria" contenida en las normas anteriormente transcritas, al considerar que, por su intermedio, el Congreso incurrió en una "omisión legislativa relativa", consistente en excluir del nuevo régimen de procedimiento penal la caución juratoria. Para el impugnante, tal omisión contraviene el preámbulo de la Constitución y los derechos fundamentales a la igualdad y a la libertad, pues impide que la caución juratoria pueda ser utilizada como garantía para hacer efectiva la medida de libertad provisional.

	Que, "la nueva ley de procedimiento penal no reconoce la modalidad juratoria de caución que tuvo acogida en el Decreto 2700 de 1991, y que constituía alternativamente con la caución prendaria requisito para poder gozar de libertad pese a contar el sindicado con medida de aseguramiento de detención preventiva (Art. 416.1 del Decreto derogado)." Que, bajo el actual esquema procesal, la caución prendaria se constituye en condición necesaria para afianzar el derecho a la libertad provisional, desconociéndose a la caución juratoria como instrumento sustitutivo, idóneo y apto para los casos en que el sindicado carece por completo de los recursos económicos exigidos. Que si la Ley 600 de 2000 (art. 369) define la caución prendaria como "(...) el depósito de dinero o la constitución de una póliza de garantía, en cuantía de uno (1) a mil (1000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, que se fijará de acuerdo a las condiciones económicas del sindicado y la gravedad de la conducta punible", "quien no cuente entre sus activos disponibles con por lo menos un salario mínimo mensual o con el suficiente crédito personal y social para constituir una póliza, no podrá gozar de su libertad pese a que objetivamente está inmerso en una causal que impide que continúe bajo detención física." Que, la vigencia de la caución juratoria es entonces indispensable para corregir las imperfecciones a las que conduce la caución prendaria, tal y como lo recalcó la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia al señalar que: "...la caución juratoria está regulada por la ley procesal no como un medio para evadir la caución prendaria, sino como una equitativa manifestación del derecho penal. Que frente al derecho fundamental a la libertad, la institución de la detención preventiva solamente resulta aplicable cuando se ajusta a los fines reconocidos por la Constitución y la ley, razón por la cual, privar de la libertad al sindicado por carecer de recursos económicos resulta contrario a la Carta Fundamental, más aún cuando se sabe de antemano que aquél tiene derecho a un mecanismo sustitutivo de la pena, o se ha demostrado la ocurrencia de un eximente de responsabilidad o se ha reparado integralmente el daño (artículo 365 de la Ley 600 de 2000). Que de conformidad con el artículo 5 de la Ley 600 de 2000, en concordancia con el artículo 14 de la Ley 74 de 1968 (aprobatoria del Pacto de Derechos Civiles y Políticos), es deber de los funcionarios judiciales hacer efectiva la igualdad de los intervinientes en la actuación procesal, en especial la de aquellas personas que por su limitación económica se encuentran en inferioridad de condiciones.
Problema Jurídico	¿El Congreso de la República, al excluir el instituto jurídico de la caución juratoria del nuevo régimen procesal penal, incurrió en una "omisión legislativa relativa" que se proyecta sobre el contenido material de las normas acusadas y afecta los derechos fundamentales a la igualdad y a la libertad personal de algunos de sus destinatarios, y por tal razón debe la Corte Constitucional declarar inexequible el inciso 1º del artículo 365 y el artículo 366 de la Ley

	600 de 2000?
Tesis	No.
Ratio Decidendi	De manera general, la jurisprudencia de esta Corte ha admitido que también la inactividad del legislador, en lo que corresponde al cumplimiento y desarrollo de la función legislativa, puede afectar o desconocer derechos y garantías superiores, y en esa medida, ser objeto de control jurisdiccional por la vía de la acción pública de inconstitucionalidad. En estos casos, la presunta infracción a la Carta proviene, no del derecho positivo preexistente - fruto de la acción legislativa ordinaria o especial- como es lo común, sino de la falta de regulación normativa en torno a materias constitucionales sobre las cuales el Congreso tiene asignada una específica y concreta obligación de hacer. No obstante, lo anterior, en procura de respetar la autonomía e independencia del Congreso, y de precisar lo que constituye el propio ámbito de competencia funcional de este tribunal, la misma jurisprudencia ha aceptado que no toda inactividad legislativa puede someterse al trámite del control constitucional. Así, desde una perspectiva eminentemente finalista, la Corte ha señalado que cuando se cuestiona la legitimidad de la actividad congresional por incurrir en presuntas conductas omisivas, el análisis de constitucionalidad sólo tiene lugar, sí y sólo sí, cuando la omisión que se ataca es por esencia relativa o parcial y en ningún caso absoluta. La llamada omisión relativa o parcial, la competencia de la Corte Constitucional para proferir decisión de fondo está plenamente justificada, pues aquella se edifica sobre una acción normativa del legislador, específica y concreta, de la que éste ha excluido determinado ingrediente o condición jurídica que resulta imprescindible a la materia allí tratada, o que habiéndolo incluido, termina por ser insuficiente e incompleto frente a ciertas situaciones que también se han debido integrar a sus presupuestos fácticos. En consecuencia, puede afirmarse que en esta hipótesis, se cumple a cabalidad el fundamento básico del control constitucional - la confrontación objetiva entre la ley y la Constitución -, ya que el debate se suscita en torno a un texto legal que se reputa imperfecto en su concepción, y que a partir de la ausencia parcial de regulación, al cotejarlo con la Carta, aquél puede resultar arbitrario, inequitativo o discriminatorio en perjuicio de ciertas garantías constitucionales como la igualdad y el debido proceso. En relación con el tema, también la jurisprudencia de esta Corporación se ha pronunciado señalado lo siguiente: "No obstante, la omisión del legislador también puede ser relativa, caso en el cual se la denomina, llanamente, omisión legislativa. Una 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 ineficiente. De lo anterior se deduce, enton-

	ces, que las omisiones legislativas relativas son susceptibles de control constitucional." (Sentencia C-041/2002, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra). Ahora bien, para efectos de proceder al examen de constitucionalidad de una disposición jurídica, por haber incurrido el Congreso en omisión legislativa relativa, la Corte ha considerado necesario el cumplimiento de ciertas condiciones, a saber: **(i)** que exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo; **(ii)** que la misma excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, tenían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta; **(iii)** que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente; **(iv)** que la falta de justificación y objetividad genere para los casos excluidos de la regulación legal una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma; y **(v)** que la omisión sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador. Teniendo en cuenta los requisitos que ha establecido la jurisprudencia para definir la naturaleza jurídica de la omisión legislativa, se evidencia que el cargo formulado por el actor no plantea, en principio, la existencia de una omisión absoluta. En cuanto que la demanda se estructura sobre una proposición jurídica determinada, y se dirige a reprochar la ausencia de cierta institución cuya exclusión del régimen penal estaría afectando un sector específico de la población carcelaria: los que carecen de recursos económicos, puede considerarse que la eventual omisión es en esencia relativa. Y ello es así, si se repara en el hecho de que durante la vigencia del anterior Código de Procedimiento Penal - Decreto 2700 de 1991-, la caución juratoria que ahora se extraña procedía, precisamente, *"cuando a juicio del funcionario, el sindicado carecía de recursos económicos para constituir caución prendaria".* (art. 393). No obstante, aplicando los criterios hermenéuticos que determinan los requisitos de procedibilidad de las demandas de inconstitucionalidad, la Corte considera que, si bien en este caso podría hablarse de la existencia de una omisión legislativa relativa, el cargo que por esa causa se plantea no es directamente predicable de la expresión acusada. En efecto, si de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corte, es consustancial a las demandas de inconstitucionalidad por presunta omisión legislativa, el que el actor haya acusado el texto del cual emerge específicamente la aludida omisión, la presente causa no está llamada a prosperar pues, una lectura detenida de las normas impugnadas, permite concluir que en sus respectivos contenidos normativos no se regula y desarrolla el tema de las cauciones, y tampoco se definen las circunstancias fácticas a partir de las cuales debe fijarse la caución prendaria.
Decisum	Declararse INHIBIDA para emitir pronunciamiento de fondo respecto de la expresión *"prendaria"*, contenida en el inciso primero del artículo 365 y en el artículo 366 de la Ley 600 de 2000, *"Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal*

e. Análisis Jurisprudencial de la sentencia C-809/ 2002

Sentencia C–809 DE 2002, M. P. Eduardo Montealegre Lynett (sentencia 5)	
Referencia	**Expediente D-3977.** Demanda de inconstitucionalidad contra el inciso tercero del artículo 91 de la Ley 617 de 2000. **Demandante:** Luis Camilo Osorio Isaza. **Lugar y Fecha:** Bogotá, D.C., tres (3) de octubre de dos mil dos (2002)
Hechos	El demandante considera que el inciso acusado incurrió en una omisión legislativa relativa, que viola los artículos 13 y 29 de la Carta. Ese inciso del artículo 91 de la ley 617 de 2000 establece que las Fuerzas Armadas y el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, están excluidas del límite a los gastos establecidos por esa disposición, pero no incluyó en esa excepción a la Fiscalía General de la Nación. Esa omisión vulnera, según el actor, el principio de igualdad, pues la Fiscalía tiene no sólo propósitos similares al DAS y a las Fuerzas Armadas, pues todas buscan "asegurar la convivencia pacífica y la vigilancia de un orden justo, de conformidad con lo establecido en el artículo 2º de la normatividad superior", sino que además desarrolla, al igual que esas entidades, funciones de policía judicial. El demandante explica que el Legislador tiene una cierta libertad en materia presupuestal, pero debe "demostrar la razonabilidad y proporcionalidad de cada medida en concreto, pues en un Estado de derecho no existen poderes absolutos conferidos a ninguna autoridad, ni siquiera a la rama legislativa". Y en este caso, argumenta el actor, si bien la disposición acusada persigue un propósito admisible, como es el saneamiento fiscal, utiliza un medio discriminatorio y desproporcionado, pues limita "indebidamente a la Fiscalía General de la Nación de la posibilidad de orientar sus recursos según sus propias necesidades y prioridades, que no son otras que las de investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los jueces competentes". Concluye entonces el actor: Correspondiendo, entonces, a la Fiscalía General de la Nación dirigir y coordinar las funciones de policía judicial que en forma permanente cumplen la policía nacional y los demás organismos señalados por la ley, entre ellos el Departamento Administrativo de Seguridad Nacional y las Fuerzas Militares –éstas últimas de conformidad con lo señalado en el artículo 59 de la ley 684 de 2001-, no se encuentra explicación alguna razonable a la omisión legislativa en estudio, pues posibilita a las entidades expresamente previstas en la norma demandada el cumplimiento efectivo de sus fines legales pues no les impone límites en sus gastos-, dejando arbitrariamente por fuera al organismo que precisamente tiene a su cargo las labores de investigación penal y de policía judicial". Por esas razones, el demandante considera que la norma es discriminatoria y viola el artículo 13 de la Carta. Pero, además, según su criterio, esa omisión viola también el artículo 29 superior sobre debido proceso, pues restringe los gastos por desplazamiento para práctica de pruebas, compromete la celeridad

	procesal y la investigación de lo favorable y desfavorable al procesado, con lo cual afecta las garantías procesales.
Problema Jurídico	¿Debe la Corte Constitucional declarar inexequible el artículo 91 de la ley 617 de 2000, por omisión legislativa relativa ya que establece que las Fuerzas Armadas y el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, están excluidas del límite a los gastos establecidos por esa disposición, y no incluyó en esa excepción a la Fiscalía General de la Nación, configurándose una violación a los artículos 13 y 29 de la Carta Política?
Tesis	No.
Ratio Decidendi	La Corte, ha considerado que si el Legislador regula una materia y excluye de forma injustificada supuestos de hecho que precisamente por no ser tenidos en cuenta tienen la virtud de afectar disposiciones constitucionales, es posible un estudio de constitucionalidad de esas omisiones legislativas relativas. Para estos efectos, la Corte, en reiterada jurisprudencia, ha identificado algunos criterios a partir de los cuales resulta procedente el examen de constitucionalidad de una posible omisión legislativa relativa. Así, la sentencia C-185 de 2002 afirmó al respecto: "...para efectos de proceder al examen de constitucionalidad de una disposición jurídica, por haber incurrido el Congreso en omisión legislativa relativa, la Corte ha considerado necesario el cumplimiento de ciertas condiciones, a saber: (**i)** que exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo; **(ii)** que la misma excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, tenían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta; **(iii)** que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente; **(iv)** que la falta de justificación y objetividad genere para los casos excluidos de la regulación legal una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma; y **(v)** que la omisión sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador." Como vemos, la Corte ha considerado como elementos estructurales de la omisión legislativa relativa, la existencia de una disposición que excluya de sus hipótesis o de sus consecuencias alguna situación que en principio debía estar incluida, que tal exclusión no tenga justificación alguna y que por lo tanto la misma no supere el juicio de proporcionalidad y de razonabilidad, y por último que dicha exclusión constituya inobservancia de un mandato constitucional impuesto al legislador. Con base en esa reiterada doctrina, entra esta Corporación a analizar si la norma acusada incurrió en una omisión legislativa inconstitucional. Ahora bien, como esa omisión se vincula a una eventual discriminación provocada por una disposición que limita los gastos de las entida-

	des del orden nacional, comienza la Corte por recordar el alcance de la libertad del Legislador para limitar los gastos estatales, y su relación con el principio de igualdad.
Decisum	Declarar EXEQUIBLE, pero únicamente por el cargo estudiado, el inciso tercero del artículo 91 de la Ley 617 de 2000, que literalmente dice: "Se exceptúan de esta disposición los gastos para la prestación de los servicios de salud, los de las Fuerzas Armadas y los del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS."

f. Análisis Jurisprudencial de la sentencia C-865/ 2004

Sentencia C–865 DE 2004, M. P. Rodrigo Escobar Gil (sentencia 6)	
Referencia	**Expediente D-5057.** Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 252 (total) y 373 (parcial) del Código de Comercio. **Demandantes:** Ciro Antonio Agudelo y Orlando Neusa Forero. **Lugar y Fecha:** Bogotá, D.C., siete (7) de septiembre de dos mil cuatro (2004).
Hechos	Los actores consideran que las disposiciones acusadas vulneran lo dispuesto en el preámbulo y los artículos 1°, 2°, 4°, 5°, 6°, 11, 13, 25, 29, 48, 53, 58, 83, 86, 93, 94, 333 y 338 de la Constitución Política. En primer lugar, establecen que las normas acusadas no resultan inexequibles, bajo el supuesto que las sociedades se encuentren a paz y salvo en el pago de las obligaciones laborales. Pues, por ejemplo, en el caso puntual de las prestaciones que surgen en virtud del derecho irrenunciable a la seguridad social, su reconocimiento y pago es asumido por las Administradoras de Fondos de Pensiones o el Seguro Social, sin que pueda reclamarse por dicho concepto valor alguno a las sociedades o a los socios. A juicio de los demandantes, es este el supuesto que legitima y da validez constitucional a la limitación de la responsabilidad patrimonial prevista en las normas acusadas del Código de Comercio. En segundo término, en algunas ocasiones, las sociedades a través de sus órganos de dirección, omiten cumplir las obligaciones laborales y de seguridad social. En estos casos, la limitación de la responsabilidad patrimonial entre socios y sociedad es inconstitucional, pues se desconocería la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales (C.P. art. 53) y de los derechos parafiscales a la seguridad social (C.P. 48). En opinión de los demandantes, al ser ésta una situación atípica resultado de una violación a principios de rango constitucional y legal, la legislación mercantil no contempla una solución acorde con la Carta Fundamental, pues es claro que la limitación de la responsabilidad patrimonial únicamente opera bajo el supuesto del cumplimiento fiel de las obligaciones laborales. En este

	orden de ideas, es necesario la intervención del Juez Constitucional en el sentido de declarar la inexequibilidad de los textos acusados por la existencia de una omisión legislativa relativa. Dicha omisión se fundamenta en la ausencia de un precepto legal que establezca una condición distinta para los trabajadores a quienes se les incumple sus obligaciones laborales y pensionales, pues de conformidad con la Constitución Política, sus derechos son irrenunciables y, por lo mismo, no pueden sujetarse a la suerte de la sociedad.
Problema Jurídico	¿Debe declarar la Corte Constitucional inexequible el artículo 252 (total) y 373 (parcial) del Código de Comercio porque vulneran la Constitución Política, y en especial, los derechos irrenunciables a la seguridad social (C.P. art. 48) y a los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales (C.P. art. 53), por cuanto incurren en una omisión legislativa relativa?
Tesis	No.
Ratio Decidendi	Tratándose de la omisión absoluta, es claro que el órgano de control carece de competencia para emitir pronunciamiento de fondo, pues la misma comporta una ausencia total e íntegra de normatividad que, en cualquier caso, impide una confrontación material, objetiva y verificable con el texto de la Carta Política, aspecto que resulta relevante al proceso de constitucionalidad, en cuanto responde a la técnica a partir de la cual éste último se edifica, configura y desarrolla. Por el contrario, en el caso de la llamada omisión relativa o parcial, la competencia de la Corte Constitucional para proferir decisión de fondo está plenamente justificada, pues aquella se edifica sobre una acción normativa del legislador, específica y concreta, de la que éste ha excluido determinado ingrediente o condición jurídica que resulta imprescindible a la materia allí tratada, o que habiéndolo incluido, termina por ser insuficiente e incompleto frente a ciertas situaciones que también se han debido integrar a sus presupuestos fácticos. (...)" (Sentencia C-185 de 2002. M. P. Rodrigo Escobar Gil). En este contexto, la Corte ha sostenido que la prosperidad del examen de constitucionalidad de una norma, por haber incurrido el legislador en una omisión legislativa relativa, supone el cumplimiento de dos requisitos, a saber: **(i)** El juicio de inexequibilidad requiere la concurrencia de una norma frente a la cual se predique la omisión; y **(ii)** la misma debe excluir un ingrediente, condición normativa o consecuencia jurídica que a partir de un análisis inicial o de una visión global de su contenido, permita concluir que su consagración normativa resulta esencial e indispensable para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta Fundamental.
Decisum	Primero.- INHIBIRSE para pronunciarse sobre las expresiones: "Estas acciones sólo podrán ejercitarse contra los liquidadores y únicamente hasta la concurrencia de los activos sociales recibidos por ellos", previstas en el inciso 1° del artículo 252 del Código de Comercio, e igualmente en torno a las ex-

	presiones:"En las sociedades por cuotas o partes de interés las acciones que procedan contra los asociados, en razón de su responsabilidad por las operaciones sociales, se ejercitarán contra los liquidadores, como representantes de los asociados, tanto durante la liquidación como después de consumada la misma, pero dichos asociados también deberán ser citados al juicio respectivo", contenidas en el inciso 2° del mismo artículo 252 del Código de Comercio, por ausencia de cargos de inconstitucionalidad. Segundo. - Declarar EXEQUIBLE las expresiones: "En las sociedades por acciones no habrá acción de los terceros contra los socios por las obligaciones sociales", previstas en el inciso 1° del artículo 252 del Código de Comercio, por el cargo analizado. De igual manera, se declara EXEQUIBLE las expresiones: "(...) responsables hasta el monto de sus respectivos aportes (...)", contenida en el inciso 1° del artículo 373 del Código de Comercio, por el cargo analizado.

g. Análisis Jurisprudencial de la sentencia C-061/ 2005

Sentencia C–061 DE 2005, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa (sentencia 7)	
Referencia	**Expediente D-5302.** Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 112 del Decreto Ley 1213 de 1990, "por el cual se reforma el estatuto del personal y suboficiales de la Policía Nacional". **Demandante:** Liliana Peña Garcés. **Lugar y Fecha:** Bogotá, D. C., primero (1) de febrero de dos mil cinco (2005).
Hechos	Se señala por parte de la accionante que en cuanto a la violación del artículo 150-10 Superior que el Decreto Ley acusado fue expedido por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias –especiales, limitadas y específicas- que le confirió la Ley 66 de 1989. En cuanto a la violación del artículo 13 de la Carta, considera la demandante que la norma creó una desigualdad en relación con las excepciones establecidas por el numeral 2 del artículo 344 del Código Laboral al principio de inembargabilidad de las prestaciones sociales. Afirma la actora: "El inciso acusado establece una excepción a la excepción que establece (sic) el numeral 2 del artículo 344 del Código Laboral. Este numeral, por vía de excepción, ordena el embargo de las prestaciones sociales de todos los trabajadores de Colombia cuando las deudas sean a favor de cooperativas; pero la norma acusada saca de este numeral las prestaciones sociales de los agentes de la Policía Nacional. Por esta norma acusada, ahora no son todos los trabajadores embargables, sino que lo son todos menos los de la Policía Nacional; esa exclusión del grupo de trabajadores embargables por las cooperativas constituye una excepción al

	artículo 13 de la C.N., lo que hace que la norma acusada viole este derecho fundamental. Las cooperativas pueden embargar todas las prestaciones de los trabajadores, menos las de los agentes de la Policía".
Problema Jurídico	¿Debe la Corte declarar inexequible el artículo112 del Decreto Ley 1213 de 1990 por contrariar el artículo 13 de la Constitución política en razón a la omisión legislativa relativa?
Tesis	No.
Ratio Decidendi	La Corte ha considerado que si el Legislador regula una materia y excluye de forma injustificada supuestos de hecho que precisamente por no ser tenidos en cuenta tienen la virtud de afectar disposiciones constitucionales, es posible un estudio de constitucionalidad de esas omisiones legislativas relativas. Para estos efectos, la Corte, en reiterada jurisprudencia, ha identificado algunos criterios a partir de los cuales resulta procedente el examen de constitucionalidad de una posible omisión legislativa relativa. Así, la sentencia C-185 de 2002 afirmó al respecto: para efectos de proceder al examen de constitucionalidad de una disposición jurídica, por haber incurrido el Congreso en omisión legislativa relativa, la Corte ha considerado necesario el cumplimiento de ciertas condiciones, a saber: **(i)** que exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo; **(ii)** que la misma excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, tenían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta; **(iii)** que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente; **(iv)** que la falta de justificación y objetividad genere para los casos excluidos de la regulación legal una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma; y **(v)** que la omisión sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador. En el presente caso, no están dados los requisitos para la configuración de una omisión legislativa relativa contraria a la Constitución. En efecto, no existe ningún mandato constitucional específico en virtud del cual el Legislador esté obligado a incluir los créditos adquiridos con cooperativas entre las excepciones a la regla de inembargabilidad de las prestaciones sociales de los miembros de la Policía Nacional. El hecho de que la Constitución Política otorgue una especial protección al sector solidario en tanto motor del desarrollo socioeconómico, ordenando al Estado fortalecer las organizaciones que lo integran (Art. 333, C.P.), no implica que el Legislador esté expresamente obligado a adoptar este curso de acción específico, es decir, que deba salvaguardar los créditos que existan a favor de las cooperativas en cabeza de los miembros de la Policía Nacional a

	través de la exclusión de su inembargabilidad en casos concretos. En esa medida, no se configura una omisión legislativa relativa, y el cargo deberá desestimarse. Para la Corte, a diferencia del tema de la inembargabilidad, esta disposición no hace referencia a una característica o rasgo propio de las prestaciones sociales de los miembros de la Policía, que pueda categorizarse como parte del régimen jurídico general de dichas prestaciones. Por el contrario, se trata de una norma que consagra una potestad específica para las autoridades administrativas encargadas del manejo de las prestaciones sociales de los miembros de la Policía Nacional, en el sentido de que podrán, sin acudir a los procedimientos ordinarios de cobro, efectuar descuentos directamente sobre las prestaciones sociales en cuestión cuandoquiera que sus titulares hayan contraído obligaciones con el ramo de Defensa Nacional. No es éste un asunto propio del régimen jurídico aplicable a tales prestaciones ni guarda relación directa con él. Es un instrumento para que las autoridades administrativas logren una finalidad específica, a saber, cobrar con cargo a tales prestaciones los dineros que deban los miembros de la Policía Nacional al ramo de Defensa nacional, lo cual escapa al régimen de las prestaciones y se inscribe en la órbita de las facultades de las autoridades administrativas en la Policía Nacional. Además, el tema de los descuentos que autoriza la segunda parte de la norma bajo revisión no guarda una relación de conexidad directa con ninguno de los asuntos sobre los cuales la Ley 66 de 1989 autorizó expresamente al Presidente para legislar, leídos a la luz de una interpretación restrictiva sobre el alcance de las facultades conferidas al jefe del Poder Ejecutivo. El tema de los mecanismos de cobro a los que puede acudir la administración para resarcir los créditos que obran a su favor es un asunto que guarda una relación tan sólo eventual con el del régimen general de las prestaciones sociales de la Policía. Dicha relación está sujeta a que se reúnan condiciones externas y ajenas a dicho régimen, como el que un miembro de la Policía Nacional haya contraído una deuda con el ramo de Defensa Nacional. En consecuencia, considera la Corte que la segunda frase del artículo 112 acusado es contraria a lo dispuesto en el artículo 150-10 de la Constitución Política vigente, por cuanto al adoptar esta disposición, el Presidente de la República se extralimitó en el ejercicio de las facultades extraordinarias que le habían sido conferidas. El asunto de los descuentos que se incluye en la norma acusada no se encontraba dentro de la órbita de competencias extraordinarias del Ejecutivo, por lo cual no correspondía al Presidente de la República expedir una disposición al respecto, y por los motivos anteriores la Corte declara inexequible.
Decisum	Declarar EXEQUIBLE, por los cargos estudiados, el artículo 112 del Decreto Ley 1213 de 1990, salvo la frase *"Cuando se trate de obligaciones contraídas con el ramo de Defensa Nacional podrá ordenarse directamente los descuentos del caso por la correspondiente autoridad administrativa, los cuales tampoco excederán del cincuenta por ciento (50%) de la prestación afectada"*, la cual se declara INEXEQUIBLE.

h. Análisis Jurisprudencial de la sentencia C-192/ 2006

Sentencia C–192 DE 2006, M. P. Jaime Córdoba Triviño (sentencia 8)	
Referencia	**Expediente D-5980.** Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 31 de la Ley 788 de 2002. **Demandante:** Guillermo Chávez Páez. **Lugar y Fecha:** Bogotá, D.C., quince (15) de marzo de dos mil seis (2006).
Hechos	En ejercicio de la acción de inconstitucionalidad, el ciudadano Guillermo Chávez Páez demandó la inconstitucionalidad del artículo 31 de la Ley 788 de 2002, bienes exentos de impuestos. El demandante solicita la declaratoria de inconstitucionalidad por omisión del artículo 31 de la Ley 788 de 2002, por considerar que al no haberse incluido dentro del listado de bienes que se encuentran exentos del impuesto sobre las ventas la totalidad de insumos (bienes) adquiridos por las entidades de seguridad social para ejercer su actividad, y aquellos bienes que sin ser médicos (en el caso de las EPS y ARS) constituyen gastos administrativos necesarios de dichas entidades para la ejecución de los servicios vinculados con la Seguridad. Se vulnera el artículo 48 de la Constitución Política que prohíbe destinar o utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella. Sostiene el demandante que en el presente caso se cumplen los cinco presupuestos fijados en la Sentencia C-427/00 para que opere la inconstitucionalidad por omisión. En primer lugar, considera que existe una norma sobre la que se predica la omisión, esto es, el precepto acusado que no incluyó expresamente dentro de su contenido que la totalidad de los insumos (bienes) adquiridos por las entidades de seguridad social para ejercer su actividad, están exentos del pago del IVA. El demandante señala que dicha omisión excluye de las consecuencias de la norma demandada aquellos casos que, por ser asimilables, deberían subsumirse dentro de su presupuesto fáctico. Sostiene que el legislador no tuvo en cuenta que "la totalidad de insumos (bienes) adquiridos por las entidades de seguridad social para ejercer su actividad como entidades de la seguridad social. El demandante, asegura que la omisión del legislador en el artículo acusado no obedece a una razón objetiva y suficiente, puesto que esos dineros, pertenecen al Sistema de Seguridad Social en Salud ya que provienen de la UPC y en consecuencia tienen un carácter parafiscal. El demandante, afirma que, al carecer de una razón objetiva y suficiente, la omisión produce una desigualdad injustificada entre los casos que están y los que no están sujetos a las consecuencias previstas por la norma. Al respecto considera que la desigualdad se genera porque omitió incluir expresamente dentro de su contenido, que debían excluirse del pago del impuesto sobre las ventas la totalidad de insumos (bienes) adquiridos por las entidades de seguri-

	dad social para ejercer su actividad, ya que por no haber exención expresa.
Problema Jurídico	¿Debe la Corte Constitucional declarar inexequible el artículo 31 de la Ley 788 de 2002, por existir una omisión legislativa en relación con una serie de bienes que se encuentran exentos del impuesto sobre las ventas, generando una desigualdad que a juicio del actor y del Seguro Social, se genera al no haberse incluido dentro de dicho listado la totalidad de insumos adquiridos por las entidades de seguridad social para ejercer su actividad?
Tesis	No.
Ratio Decidendi	Se ha diferenciado entre la omisión legislativa absoluta y la omisión legislativa relativa. En el primer evento, no hay actuación por parte del legislador, lo que implica necesariamente la ausencia de normatividad legal, mientras que, en el segundo caso, se alude a la violación de un deber constitucional que se materializa en una actuación imperfecta o incompleta del Congreso. La Corte ha considerado como elementos estructurales de la omisión legislativa relativa, "la existencia de una disposición que excluya de sus hipótesis o de sus consecuencias alguna situación que en principio debía estar incluida, que tal exclusión no tenga justificación alguna y que por lo tanto la misma no supere el juicio de proporcionalidad y de razonabilidad, y por último que dicha exclusión constituya inobservancia de un mandato constitucional impuesto al legislador." Ha dicho la Corte que "resulta necesario explicar que la inconstitucionalidad por omisión no puede ser declarada por el juez constitucional sino en relación con el contenido normativo de una disposición concreta, que por incompleta resulta ser discriminatoria. La Corte puede considerar la procedencia de una demanda por omisión legislativa relativa, siempre y cuando estén demostrados los siguientes presupuestos:"(**i)** que exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo; **(ii)** que la misma excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, tenían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta; **(iii)** que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente; **(iv)** que la falta de justificación y objetividad genere para los casos excluidos de la regulación legal una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma; y **(v)** que la omisión sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador." Si bien es cierto, en aplicación del principio *pro actione*, para efectos de decidir sobre la admisión de la demanda de inconstitucionalidad , se estimó que la misma reunía los requisitos exigidos en el artículo 2º del Decreto 2067 de 1991, también lo es que con ocasión de la adopción de la decisión definitiva del proceso constitucional, encuentra la Sala que del reproche planteado

	contra el artículo 31 de la Ley 788 de 2002 no deriva de una omisión legislativa relativa, sino que por el contrario, de una que es absoluta. Adicionalmente, la ausencia de la prescripción legislativa de carácter tributario que el actor echa de menos orientada a beneficiar las entidades de la seguridad social, no pueden predicarse necesariamente del artículo que es objeto de cuestionamiento. Por esta razón, no se cumple el presupuesto referente a que la omisión esté íntimamente vinculada con el precepto legal impugnado, que es lo que faculta al juez constitucional para analizar la omisión del legislador. El actor no cumplió con los presupuestos señalados de que trata sobre una omisión legislativa relativa, en cambio interpretó la ley de forma subjetiva, y se admitió la demanda por tratarse de inconstitucionalidad más no de que lo tratara, pues le faltan argumentos para hablar sobre una inconstitucionalidad por omisión legislativa relativa del cual trata el tema el Decreto 2067 de 1991.
Decisum	Declararse INHIBIDA para emitir pronunciamiento de fondo sobre el artículo 31 de la Ley 788 de 2002.

Sub-regla interpretativa

La Corte Constitucional fue clara al momento en que conceptualizó la omisión legislativa relativa señalando:

> La omisión legislativa relativa se presenta cuando el legislador incumple una obligación derivada de la Constitución, que le impone adoptar determinada norma legal; en efecto, al respecto esta Corporación ha dicho que este tipo de omisión "está ligado, cuando se configura, a una "obligación de hacer", que supuestamente el Constituyente consagró a cargo del legislador, el cual sin que medie motivo razonable se abstiene de cumplirla, incurriendo con su actitud negativa en una violación a la Carta (Sentencia C-192/ 2006)

Adicionalmente reiteró los criterios que se deben seguir para que sea admisible una inconstitucionalidad por omisión relativa siendo los siguientes cinco puntos: **(i)** que exista una norma sobre

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

En cuanto a los fallos analizados, si bien los mismos no fueron favorables para los accionantes, las consideraciones expuestas por la Corte Constitucional marcaron un precedente importante para el tema, pues se dejaron establecidas las diferencias existentes entre la omisión legislativa relativa y la absoluta y adicional a esto, se sentaron criterios para la procedencia de la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa relativa. De igual manera, se estableció la procedencia de la inexequibilidad de algunas normas, pero no por la existencia de la omisión legislativa relativa, sino por la falta de competencia o extralimitación de ciertas funciones legislativas que posee por ejemplo, el Presidente República.

2.7 La inconstitucionalidad por omisión en el ámbito de los derechos y garantías constitucionales

Hasta aquí se ha analizado cómo en el ordenamiento constitucional se encuentran normas de aplicación inmediata o directa que no requieren desarrollo legislativo para lograr la respectiva

eficacia plena, ya que esta se encuentra en la misma Carta y no procede, frente a ellas, la predicación de la omisión legislativa reprochable al Legislador. Pero existen otras normas que el Legislador ordinario debe desarrollar para dar plena ejecución a la Constitución; tales normas requieren de su intervención para ser operativas, de tal suerte que, si ella no se da, se produce *omisión legislativa inconstitucional*. Cuando el Legislador se abstiene de regular una materia constitucionalmente establecida que requiere desarrollo legal, se produce la omisión legislativa absoluta, con un efecto determinante ante la ausencia de mecanismos jurídicos que la hagan efectiva. Omisión que frente a los derechos consagrados en la Constitución y que requieren desarrollo legislativo para lograr su eficacia plena, adquiere mayor trascendencia.

Desde el punto de vista histórico, los derechos de las personas se han clasificado en derechos de primera, segunda y tercera generación. Los derechos de primera generación son aquellos relacionados con lo más íntimo de la dignidad humana; los de segunda generación son los de carácter social y económico que pueden ser exigidos al Estado por procurar bienestar dentro del marco social; y los derechos de tercera generación, son que otorgan garantías a los seres humanos considerados como grupo o miembros de una sociedad. Toda esta concepción de derechos humanos para que sean efectivos y realizables requieren de la intervención directa del Estado.

El autor Jesús González Amuchástegui, advierte que para la efectividad real de los derechos humanos, con los cuales la persona encuentra su realización, requieren para ser legítimos, que el Estado y en general los poderes públicos, cumplan dos funciones: crear un marco jurídico-político que permita a los individuos desplegar sus potencialidades, esto es, que les permita ser considerados como agentes capaces de construir sus planes de vida y sus modelos de excelencia como seres autónomos, y la segunda, sancionar coercitivamente las conductas particulares que

supongan una violación de dicho marco jurídico-político que origine un daño a los bienes jurídicamente protegidos (González, 2001, p. 34).

El Estado debe garantizar la realización de cualquier derecho, sea social, fundamental, económico o cultural. No obstante, existen derechos que no requieren desarrollo legislativo o reglamentación legal o administrativa para su eficacia, ni contemplan condiciones para su ejercicio, toda vez que son de aplicación directa e inmediata, como son, el derecho a la vida, a la integridad física, al honor, la libertad entre otros, Son derechos sobre los cuales la Constitución y la ley han consagrado medios que impiden su vulneración cuando se han visto amenazados o para que se restablezcan, si la vulneración ya se dio, siendo por ello la intervención del Estado más pasiva que frente a otros derechos.

Existen otros derechos, que, por el contrario, suponen la intervención y desarrollo del Estado, siendo para ello necesario la concreción de mecanismos o instrumentos que garanticen su efectividad y protección, como es el caso de los derechos de contenido económico, social, cultural y los llamados derechos colectivos. Son derechos que requieren como lo señala Corchete Martín "de concreción legal para su exigibilidad frente a los poderes públicos" (2001, p. 34). En este sentido, son derechos que requieren de la intervención del Legislador para que los desarrolle y garantice de manera efectiva; lo que conlleva una dificultad en la medida en que no existen mecanismos legales o jurisprudenciales que le impongan la obligación de legislar; hecho este que para el autor citado resulta ser "infiscalizable y en ese sentido tanto gobernantes como gobernados incurren en responsabilidad" (Corchete, 2001, p. 131).

La precisión en el contenido de los derechos por la ley es necesaria, toda vez que solo a través de la ley adquieren vigencia real, derechos que, en especial los fundamentales, para el autor español Francisco Fernández Segado "sólo pueden cumplir su función social a través de la legis-

lación, lo que deja meridianamente clara la trascendencia que para la vigencia de la Constitución en el ámbito de los derechos fundamentales tiene la intervención del legislador" (2008, p 21). En igual sentido para el autor, "el incumplimiento del mandato de intervención que pesa sobre el legislador afecta a la propia vigencia constitucional, generando situaciones en la vida social alejadas, cuando no lisa y llanamente contrapuestas, a los mandatos del constituyente, o propiciando en las relaciones jurídicas la vigencia de normas implícitas en franca contradicción con la Constitución (2008, p 22).

Sobre la importancia de los derechos fundamentales señala Rodrigo Uprimny, que esos derechos son en primer término presupuestos procesales del funcionamiento de la democracia, pues mal podría existir un verdadero debate democrático si no se garantiza la libertad de expresión y de movilización, los derechos de asociación, los derechos políticos, etc. La existencia de esos derechos es pues un elemento esencial para que la democracia pueda realmente ser considerada un régimen en donde los ciudadanos son libres y deliberan para autogobernarse, "los derechos fundamentales representan entonces esos bienes que se consideran indispensables para que todas las personas gocen de la dignidad necesaria para ser ciudadanos verdaderamente libres, iguales y autónomos" (2003, p. 340).

Los derechos sociales también demandan una intervención activa de los poderes públicos para ser efectivos, de ahí que señale Fernández Segado: "los poderes públicos han de asegurar la realización de los programas de desarrollo social que constituyen la base de estos derechos y de las expectativas por ellos engendradas" (2009, p 23). Los derechos sociales, como así lo sostuvo la Corte Constitucional en Sentencia SU-111 de 1997, no son de aplicación inmediata, ya que "necesariamente requieren de la activa intervención del Legislador con miras a la definición de

las políticas públicas y de su adecuada instrumentación organizativa y presupuestal"; son derechos que se concretan y estructuran con la ley.

Para el Alto Tribunal, las características que son propias de los derechos sociales, le confieren al Legislador un papel decisivo en la concreción de su contenido y en la definición de los mecanismos que permitan su realización, pues corresponde, en principio, a los representantes del pueblo realizar los diseños institucionales y tomar las decisiones presupuestales para lograr su satisfacción. El control constitucional no puede entonces ignorar el papel enorme que tiene la ley en la concreción del contenido de los derechos sociales y en la definición de los mecanismos para su realización (Sentencia SU-111 de 1997).

Francisco Fernández Segado señala de manera enfática que, cuando el ordenamiento constitucional manda a los poderes del Estado ejercer una competencia, se encuentra obligado a ponerla en movimiento, ya que el no hacerlo conlleva un daño o gravamen para una persona, quien quedaría legitimada para impulsar a la jurisdicción constitucional a controlar al órgano renuente a cumplir con sus obligaciones (2008, p. 14). De la obligación de legislar sobre una determinada materia para que la norma constitucional tenga eficacia plena, surge la inacción u omisión de la obligación constitucionalmente contemplada, provocando el vicio de inconstitucionalidad.

Siendo entonces, la vulneración de los derechos causada por el *no hacer* del legislador, el problema de las omisiones del legislador como lo expone María Ángeles Ahumada, cobra interés en cuanto a su control y posibilidades de corrección, en tanto que provoque la lesión de derechos o libertades reconocidos en la Constitución o impida su pleno ejercicio. Y es ese control de las omisiones legislativas, en especial frente a las omisiones absolutas el que ha sido rechazado por la jurisprudencia colombiana, alegando incompetencia para ello (1991, p. 170).

Vemos como la Corte Constitucional en Sentencia C-543 de 1996 atrás señalada, contiene la posición inicial de la Corte Constitucional sobre su incompetencia para conocer de las omisiones legislativas, pronunciamiento en el que el Alto Tribunal adujo la imposibilidad de llenar los vacíos dejados en la norma a través de una sentencia en ejercicio del control de constitucionalidad. Esta posición se ha mantenido por el Tribunal Constitucional y así ha fijado la línea jurisprudencial hasta la fecha, posición que ha llevado a que se cuestione si esa incompetencia ha llevado a desconocer garantías y derechos que constitucionalmente reconocidos, lo que causa daños a los administrados, o si, por el contrario, la efectividad se logra aplicando en forma directa la norma constitucional. Este debate se expone a continuación.

En la sentencia C-1064 de 2001, en que se cuestiona la ley anual de presupuesto expedida por el Congreso de la República, y en la que no estaba incluida la partida suficiente para mantener el poder adquisitivo en una proporción igual a la inflación, del salario de los servidores, la Corte precisa que para que de un deber jurídico surja una omisión inconstitucional, es necesario que este deber tenga como características, el 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, concluyendo para el caso en estudio, que el deber de mantener la capacidad adquisitiva de los salarios, o el deber de asegurar la movilidad salarial no cumple con estas condiciones.

Reconoce la existencia de una omisión del Legislador, pues el Congreso no había expedido el estatuto de trabajo conforme los ordena el artículo 53 de la Carta y que debe, además y en sentido estricto, contener las bases mínimas del salario vital y móvil de los trabajadores; además de esto, el Legislador no reglamentó la Ley 4 de 1992, ley desde la cual se establece que se debe

fijar el marco salarial de los servidores públicos. No obstante, la Corte guardó silencio sobre la omisión y declaró exequible la norma bajo el argumento de que mientras dichas normas no sean expedidas por el Legislador, "el significado y los alcances de los derechos y principios constitucionales se deducen directa y exclusivamente de la interpretación de la Constitución" (Sentencia C-1064 de 2001). Esta posición lleva a que se considere legítimo que los salarios de los servidores públicos sean objeto de ajuste conforme al índice de precios al consumidor, obviando el hecho de que el no haber incluido una partida suficiente en el presupuesto para evitar la pérdida del valor adquisitivo de los salarios, esos derechos constitucionales de los servidores públicos, como el derecho al trabajo, al salario digno y justo, no pueden ser exigibles.

Un fallo en el que se muestra claramente cómo la incompetencia predicada por el Tribunal de control constitucional, respecto de conocer de las omisiones legislativas, conlleva la afectación de los derechos y garantías constitucionales, es la sentencia C- 454 de 2006, relacionada con los derechos de las víctimas de delitos. Se demanda la inconstitucionalidad de las disposiciones contenidas en el Código de Procedimiento Penal y la legislación reglamentaria relacionadas con los derechos de las víctimas y perjudicados de los delitos, a quienes la normativa da el tratamiento de *simple interviniente*, sin haberlos considerado como sujetos procesales con facultades de parte y, consecuentemente, dejando a la víctima en posición pasiva. Esto encausa o pone en tela de juicio el desconocimiento evidente del postulado constitucional que ordena otorgar a las víctimas el derecho a la intervención con el fin de garantizar sus propios derechos.

En el fallo, la Corte reconoce la existencia de una omisión legislativa producida por el incumplimiento del Legislador al no configurar la verdadera intervención de la víctima en el proceso penal y la consecuente desigualdad injustificada entre los diferentes actores del proceso penal, razones que la llevan a inhibirse para pronunciarse. Así se constata cómo la falta de com-

petencia, aducida por el Alto Tribunal para conocer las omisiones legislativas, mantiene la afectación a los derechos de justicia y reparación al obstruirse la participación activa de las víctimas del delito en el derecho de información y aporte de pruebas, desde el inicio de la investigación. Esta afectación se traduce en una limitación inconstitucional del poder de contribuir en el aporte de evidencias dentro del proceso.

Caso similar se dio con la sentencia C-542 de 2008, en la que se analizó la constitucionalidad del artículo 392 del Código Sustantivo del Trabajo, que dispone la obligatoriedad de acudir a un Tribunal de Arbitramento en los conflictos de trabajo que se presenten en los servicios públicos esenciales y en los que no se llegue a arreglo directo. El cargo de inconstitucionalidad es el de no existir en la legislación una determinación cierta de cuáles son las actividades consideradas como servicios públicos esenciales. Esta incertidumbre es producida por la inactividad del legislador que conduce a la vulneración del derecho negociación colectiva. La Corte reconoce que se configura una omisión legislativa absoluta, pero advierte que por ello se da "la falta de competencia para decidir de fondo sobre la omisión absoluta y la excluye del control de constitucionalidad al no existir actuación, no hay acto que pueda comparar con normas superiores". En esta sentencia se observa, nuevamente, cómo la falta de competencia aducida por la Corte hace que se mantenga la vulneración al derecho al ejercicio de la libertad sindical y, en consecuencia, a la negociación colectiva, pues está la ausencia de regulación por parte del legislador respecto de las actividades que deben ser consideradas como servicios públicos esenciales.

Estos fallos considerados indican claramente que, al declararse impedido el Tribunal Constitucional para pronunciarse sobre una omisión del legislador frente a las normas que requieren del respectivo desarrollo para que sean efectivas, conlleva a que se configure un daño a los administrados y un desconocimiento de sus derechos.

2.8 La omisión legislativa inconstitucional: fuente de responsabilidad del Estado Legislador. Sustento legal y jurisprudencial

Cuando el órgano del Estado encargado de regular o desarrollar, a través de una ley, una política o el reconocimiento de un derecho que beneficia a un sector de la población y no lo hace, incurre en una falta grave por el incumplimiento de un deber o mandato superior. La omisión del Legislador de cumplir un mandato constitucional, afirma Ernesto Jinesta Lobo, "se constituye en una falta de gran entidad: incumplimiento de un deber u obligación constitucional, produciéndose responsabilidad por un funcionamiento anormal, dado que la inercia se traduce en una actuación material omisiva, por lo que es suficiente que el daño sea efectivo, evaluable e individualizable con relación a una persona o grupo" (2011, p. 23). Este régimen específico de responsabilidad ha tenido poco desarrollo y práctica.

El antecedente del reconocimiento de responsabilidad del Estado no Legislador se dio por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, Tribunal de Luxemburgo, del 19 de noviembre de 1991 (casos acumulados de Francovich y Bonifaci), en la que se reconoció la responsabilidad del Estado italiano, respecto de los recurrentes como consecuencia de los daños sufridos por no haber incorporado a su ordenamiento jurídico interno la Directiva del Consejo de Europa 80/987 del 29 de octubre de 1980, en materia de protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia de sus empresas. La responsabilidad por omisión legislativa se concreta en el incumplimiento de obligaciones comunitarias. Esta modalidad tiene su asiento en el principio que impone a los Estados miembros no sustraerse al cumplimiento de directivas comunitarias según su arbitrio, pues esto acarrearía el desconocimiento de la propia comunidad europea.

Frente a esto debe considerarse que el Estado responde tanto por la expedición de una norma contraria al ordenamiento constitucional como por la abstención en la regulación de una norma de rango constitucional, que para hacerse efectiva requiere del respectivo desarrollo. El autor español Federico Sainz de Robles distingue dos supuestos de la responsabilidad del poder legislativo: "la promulgación de una ley contraria a la Constitución y la inactividad cuando existe el deber de legislar (1993, p. 15). En su obra *La responsabilidad patrimonial del Estado*, el autor reafirma su posición al señalar que: "late en esta materia, como en tantas otras, un olvido de la naturaleza de constituido (sic) que corresponde al legislador ordinario sujeto íntegramente a la Constitución" (1993, p. 16).

Lo relevante frente a la responsabilidad del Estado generada por una omisión legislativa, considera Garrido Mayol, es el daño producido a quien pudo ser beneficiado con una medida que no le fue reconocida por dicha omisión. Se trata de una inconstitucionalidad por omisión que da lugar a una indemnización si se acredita el daño y la relación causal con dicha omisión (2004, p. 229). Ya la doctrina se ha pronunciado al señalar que el hecho de no reconocer la existencia de una infracción clara a la Constitución, causada por la omisión del legislador, equivaldría a que:

> se abran las puertas al fraude constitucional, es decir, el engaño con que se perjudica todo el proyecto de futuro de la Constitución. Tal engaño al poder constituyente supone, en una correcta línea de pensamiento democrático, un atentado al pueblo detentador de la soberanía, en representación del cual actuó aquel poder. El reconocer la ilicitud de la omisión legislativa es el fundamento para lograr la imputación de la responsabilidad pecuniaria del Estado por la omisión en el desarrollo de un encargo constitucional (Fernández Rodríguez, 1998, p. 203).

En el ordenamiento jurídico colombiano, si bien a partir de la consagración en la Constitución Política de 1991 de la Cláusula General de Responsabilidad del Estado (CPC, Artículo 90) se abrió la posibilidad de exigir la reparación de los daños causados por todos los órganos del Estado, a título de acción u omisión, no ha tenido desarrollo la imputación de responsabilidad por omisión proveniente de la inactividad del órgano legislativo, ni menos aún el reconocimiento de la reparación de los perjuicios producto de este silencio. Sin embargo, es claro que se puede deducir responsabilidad patrimonial del Estado cuando la ausencia de desarrollo legislativo impide que una norma de rango constitucional no sea realizada, lo que, como ya se ha expresado, imposibilita el disfrute de un derecho que, por no haber sido reglamentado, no se puede ejercer, lo que sin duda ocasiona un daño que debe ser reparado.

Esta posición no ha sido acogida en la jurisprudencia colombiana y, por el contrario, el Consejo de Estado, máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativo, ha cerrado toda posibilidad de exigir la reparación de perjuicios provenientes de la omisión del Legislador, tal como se constata en el fallo proferido por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 1° de noviembre de 2001, proceso en el que mediante acción de reparación se demanda a la Nación por los perjuicios ocasionados por la omisión legislativa del Congreso al no reglamentar el artículo 39 de la Constitución Política que consagra el Derecho de Asociación Sindical, lo que impide que las autoridades judiciales declaren y reconozcan los derechos y garantías que se derivan del fuero sindical que amparaban al demandante. A este se le dio por terminado unilateralmente el contrato de trabajo por el Director General del Instituto Colombiano de Hidrología, Meteorología y Adecuación de Tierras, HIMAT, pese a gozar el demandante del fuero sindical, dada su pertenecía a la Junta directiva del sindicato de la entidad.

En la sentencia, el Consejo de Estado se abstiene de declarar la responsabilidad del Estado por omisión legislativa, por considerar que no constituye omisión legislativa el simple hecho de que el Legislador no haya expedido una ley que desarrolle una norma constitucional. Aduce el Tribunal de lo Contencioso Administrativo que la función que tiene el Congreso para expedir leyes no tiene carácter de obligación, ni deber jurídico, ni se limita en el tiempo, por lo que al no existir el deber de expedir normas no existe el correlativo derecho de exigir la declaratoria de responsabilidad del Legislador. Además de esto, la sentencia expresa que la omisión legislativa como conducta jurídica reprochable requiere de la preexistencia de una obligación de contenido claro que no se haya satisfecho total o parcialmente, dentro del término fijado. Con ello, el Consejo limitó el derecho a reclamar judicialmente una indemnización al Estado cuando, como consecuencia de la omisión legislativa, se produjera la privación de ventajas económicas o el desconocimiento de los derechos individuales.

Resulta paradójico que el Consejo de Estado haya sentado las bases de la imputación de responsabilidad proveniente de los daños producidos en situaciones en las que interviene la administración a través de una acción u omisión constitutiva de falla del servicio, con apoyo en la doctrina que "lo decisivo no es la existencia efectiva de una relación causal entre la omisión y el resultado, sino la omisión de la conducta debida, que de haberse realizado habría interrumpido el proceso causal impidiendo la producción de la lesión" como así lo planteó la Sección Tercera en Sentencia del 21 de febrero de 2002, pero expresamente deja excluido todo tipo de responsabilidad proveniente de la omisión legislativa.

Una posición diferente ha tenido la Corte Constitucional. Ha reconocido que el silencio del Legislador puede ser fuente de responsabilidad patrimonial del Estado, al señalar enfáticamente en Sentencia C- 038 de 2006 que "la responsabilidad patrimonial del Estado por los hechos, ac-

ciones u omisiones imputables al Poder Legislativo, está expresamente contemplada en el artículo 90 constitucional". Para la Corte, los derechos de los ciudadanos pueden verse afectados por la actividad o inactividad de los poderes públicos y ello conlleva, como consecuencia, la declaratoria de responsabilidad del Estado, no sobre la base de la actividad ilícita del Legislador, por ser contraria a la Constitución, sino con fundamento en el daño.

De esto se infiere que el sustento legal para la intervención del juez administrativo en imputar responsabilidad patrimonial por la inactividad del Estado Legislador, lo da la misma Carta, que consagra (CPC, Artículo 90), la responsabilidad del Estado por los daños antijurídicos que le sean imputables, en consonancia con el mandato dispuesto (CPC, Artículo 2) en cuanto a la obligación de las autoridades de protección de la vida, honra y bienes de las personas; para esto, debe tenerse presente, las consideraciones que establecen (CPC, Artículo 6) la responsabilidad de los funcionarios por infringir la Constitución y la ley.

A partir de la consagración en el ordenamiento constitucional de la Cláusula General de Responsabilidad, todo hecho dañoso proveniente de la actuación u omisión de las autoridades públicas debe ser reparado, sin que entre en juego la calificación de la conducta de los agentes, toda vez que no se hace clasificación alguna; al contrario, incluye las dos formas de responsabilidad (contractual y extracontractual), así como todo tipo de daños; responsabilidad que como lo señala el profesor Obdulio Velásquez Posada, tiene su centro en el daño antijurídico como principio general de responsabilidad, entendido como aquel que la víctima no tiene la obligación de soportar. De ahí que los órganos del Estado, en la actividad y en ejercicio de las funciones que le son propias, deben excluir toda forma de arbitrariedad que conlleve un perjuicio injusto que no debe soportar el individuo, ya que de lo contrario se tornaría en un ejercicio irregular de su función que conlleva responsabilidad a su cargo (2009, p. 112). En esta dirección, se puede señalar con

firmeza, hoy, que se cuenta con un mecanismo claro que permite garantizar la cobertura del perjuicio causado por la actividad o inactividad del Estado a los ciudadanos en sus derechos.

El hecho de que el órgano de control constitucional acepte la obligación que le corresponde de velar por la integridad de la norma constitucional trae, como lo señala Fernández Rodríguez "garantía al resarcimiento de los derechos perjudicados a los ciudadanos" con fundamento en "la conciencia sobre la ilicitud de la omisión legislativa" (1998, p. 199). Esta posición que reitera Wilson Ruiz Orjuela al señalar que:

> En aplicación del Estado Social de Derecho, se haga una revisión, de las previsiones constitucionales, para que la jurisprudencia, como adalid de la aplicación del instituto resarcitorio contenido en el artículo 90 superior, dé luz a esta nueva modalidad de responsabilidad del Estado colombiano, que con amplio desarrollo no solo en el campo judicial sino doctrinal, ya es un hecho en ordenamientos jurídicos extranjeros (2005, p. 19).

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 uno o algunos administrados, señala Garrido (1990, p. 14-19); perjuicio que supera el nivel de tolerabilidad de las cargas comunes que implica la convivencia social y que todos debemos soportar. En tal sentido para Ernesto Jinesta Lobo:

> La declaratoria de inconstitucionalidad de una ley –ley ilegítima- determina que el régimen jurídico de responsabilidad aplicable es el de la conducta ilícita –responsabilidad por falta de servicio-, puesto que, el acto legislativo ha sido declarado absolutamente nu-

> lo o sustancialmente disconforme por la violación más grave que se puede producir en el ordenamiento jurídico, esto es, del Derecho de la Constitución (2011, p. 18.).

Bajo este mismo argumento es viable valerse del régimen de responsabilidad del Estado cuando es puesta en causa por la inactividad legislativa. El considerar que el no actuar del órgano legislativo es ilícito, para Fernández Rodríguez, "esa ilicitud frente a la omisión legislativa, se extendería para basar la responsabilidad del Estado cuando el Legislador omite un encargo constitucional, una obligación de actuar que la misma Constitución le impone" (Fernández, 1988, p. 204). La lesión de los derechos constitucionales, afirma el tratadista, se puede producir "de igual forma por un *facere* o por un *no facere* del poder público*"* (1988, p. 204).

Es tendencia actual exigir al Estado y a sus diferentes órganos que los servicios que están a su cargo se presten en forma eficiente, de tal manera que, si en el ejercicio de las funciones incurre él en una falta o falla del servicio por acción, en una omisión, en un hecho o en una operación administrativa, y con ello cause daño al patrimonio jurídicamente protegido de un particular, debe, consecuentemente, responder. Como lo afirma Jesús González Pérez "… cada día se extiende con mayor fuerza la idea de que tampoco en el ejercicio de la función legislativa el Estado está exento de responder de los daños que pueda ocasionar, muy superiores en cuantía y extensión a los que puede ocasionar al administrar" (2012, p. 59).

Si el Legislador omite cumplir con un mandato constitucional dispuesto por el Constituyente, para Ernesto Jinesta, incurre en una falta de gran entidad: incumplimiento de un deber u obligación constitucional, que conlleva responsabilidad por un funcionamiento anormal, ya que la inercia se traduce en una actuación material omisiva, siendo suficiente que el daño sea efectivo, evaluable e individualizable con relación a una persona o grupo. Admitida la responsabilidad

por la omisión legislativa, y siendo ella antijurídica, el Estado se encuentra obligado a reparar los perjuicios que produzca a los asociados (2011, p. 2),

Es necesario advertir, que no todo tipo de omisión conlleva responsabilidad, pues esta se limita a aquella conducta omisiva que tenga relación casual con el daño o que sea la causa directa de este. La omisión debe estar ligada directamente con el hecho dañoso producido, siendo necesario demostrar que la abstención u omisión en la función del órgano del Estado guarda relación directa con el daño producido; esto significa que la omisión o abstención sea el elemento eficiente del perjuicio, y no otra causa. La causa eficiente de la antijuridicidad del daño lo constituye la omisión o abstención del Legislador, daño que le sujeto dañado no se está en la obligación de soportar, ya que como lo señala el autor Eduardo Soto Kloos, "significa un detrimento en la esfera jurídica personal de un sujeto-sea este natural o jurídico, público o privado –, esto es un menoscabo de lo que le pertenece, una lesión de lo suyo" (1982, p. 41). Se concluye así que el daño sufrido por un sujeto con motivo de una acción o una omisión de una autoridad comporta un menoscabo o detrimento a su patrimonio que tiene que ser indemnizado por quien lo ha provocado.

Es un tipo de responsabilidad que se imputa directamente al Estado a título de omisión antijurídica, por cuanto encontrándose el Legislador obligado a producir una norma concreta para el desarrollo de un postulado constitucional, porque así lo exige el ordenamiento, no lo hace y ocasiona, con esta inactividad, perjuicios a los derechos de los administrados. De este modo, surge la responsabilidad evidente, porque existiendo una obligación concreta de actuar que no se hace, al Estado Legislador se le pueda exigir el cumplimiento de la obligación de legislar, es decir de cumplir sus obligaciones.

Considera Castro Estrada, que la lesión sufrida tiene una característica particular, y es la de ser *antijurídica* para que sea indemnizable, es decir, no toda lesión causada al patrimonio de la víctima puede ser indemnizable (2011, p. 37). No tener la obligación jurídica de soportar un daño, significa que no existan causas de justificación capaces de legitimar el perjuicio material producido, esto es, siempre que no concurra un título jurídico que determine o imponga como rigurosamente inexcusable, efectivamente querido o, al menos, eventualmente aceptado el perjuicio. De esto se colige Cochia, que la inconstitucionalidad por omisión es la razón suficiente para convertir un daño en antijurídico y por consiguiente indemnizable, y que no toda omisión podrá considerarse generadora de responsabilidad, sino solamente cuando la conducta omisiva guarde una relación de causalidad adecuada con el daño producido, debiendo estar ligada con el resultado dañoso, de manera tal que se demuestre claramente que la abstención constituye el elemento eficiente de la consumación del perjuicio. No se trata únicamente de determinar la imputabilidad material o atribución de la inactividad estatal, sino que además se deberá establecer que las consecuencias dañosas son una consecuencia de la abstención y que no obedecen a otras causas como son, por ejemplo, el caso fortuito o el hecho de la víctima del daño (Cochia, 2004, p. 2).

En la actualidad colombiana, la responsabilidad por omisión legislativa solo se reconoce en el caso de los mandatos constitucionales que señalan en forma expresa, y en un periodo determinado, la obligación de regulación por parte del Legislador, posición problemática, toda vez que si la Constitución deja al arbitrio del Legislador la regulación de un canon constitucional, sin señalarle término para hacerlo, se dificulta deducir responsabilidad por omisión legislativa, la que solo se podría configurar si la demora del Legislador genera perjuicios a los administrados.

2.9 A modo de conclusión

Habiendo caracterizado y contextualizado la omisión legislativa inconstitucional, como aquel silencio que resulta contrario a la Constitución que conlleva lesión a los derechos constitucionalmente protegidos, hicimos un repaso sobre la distinción que la doctrina constitucional hace de la omisión, en relativa y la absoluta. La omisión relativa que supone una deficiente regulación por ausencia de cumplitud de la norma, y la omisión absoluta se presenta frente a la ausencia total de desarrollo de un mandato constitucional que conlleva recorte o desconocimiento de derechos y garantías constitucionales con consecuencias dañosas para los asociados; distinción importante para determinar los mecanismos que permiten su control y el tratamiento que de ellas ha hecho la Corte Constitucional colombina.

De otra parte, evidenciamos como la omisión del Legislador de cumplir un mandato constitucional o su regulación parcial se constituye en una falta de gran entidad: incumplimiento de un deber u obligación constitucional que conlleva responsabilidad por el funcionamiento anormal del Estado. El Estado responde por los daños que le sean imputables causados por la expedición de una norma contraria al ordenamiento constitucional y por la abstención en el desarrollo de un mandato constitucional. La omisión legislativa relativa y absoluta causa daños antijurídicos a los administrados, lo que conlleva el derecho a la reparación, en la media en que es la función legislativa la que provoca un daño antijurídico, pues ella misma priva o restringe a un asociado de un derecho.

La Corte Constitucional colombiana, en su jurisprudencia ha reconocido que el silencio del Legislador puede ser fuente de responsabilidad del Estado, al verse los derechos de los ciudadanos afectado por la actividad o inactividad de los poderes públicos, lo que conlleva como conse-

cuencia la declaratoria de responsabilidad del Estado. A partir de la consagración en el ordenamiento constitucional de la Cláusula General de responsabilidad, todo hecho dañoso proveniente de la acción u omisión del Estado que causa daño debe ser reparado; responsabilidad que tiene su centro en el daño antijurídico. El reconocimiento en el ordenamiento superior de la responsabilidad de los órganos del Estado, constituye el argumento para que la Corte Constitucional a través de su jurisprudencia entre a controlar la falta de actividad del Estado y permita garantizar la cobertura del perjuicio causado a los ciudadanos en sus derechos.

La inconstitucionalidad por omisión es razón suficiente para convertir un daño en antijurídico y por consiguiente indemnizable. La omisión generadora de responsabilidad es aquella en que la conducta omisiva guarda relación de causalidad adecuada con el daño producido, y está ligada al resultado dañoso, y por tanto es necesario demostrar que la abstención es el elemento eficiente de la consumación del perjuicio.

Hecho el análisis anterior, nos corresponde evidenciar en el siguiente Título la presencia de vías procesales que posibiliten el control de las omisiones legislativas con el fin de configurar el olvido del Legislador y ofrecer puntos de referencias a los operadores jurídicos encargados de velar por los derechos e intereses de los ciudadanos. Plantearemos el desarrollo de título en dos capítulos, el primer de ellos relacionado con las soluciones dadas por los órganos de control que ofrecen soluciones directas a las omisiones legislativas inconstitucionales, y un segundo capítulo, referido a las soluciones en las que el órgano de control al conocer de una omisión inconstitucional se ha limita a convocar al órgano legislativo para que en el ámbito de la libertad de configuración legislativa desarrolle la normatividad omitida. Una vez identificados los mecanismos jurídicos propuestos desde la jurisprudencia se evidenciará si la Corte Constitucional colombiana en su activismo jurídico en el tema de la omisión legislativa inconstitucional, los ha utilizado

para contralar las omisiones legislativas inconstitucionales y si ellos efectivamente permiten su corrección.

TITULO II

MODULACIÓN DE LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA DE CONSTITUCIONALIDAD: SOLUCIONES PROPUESTAS EN EL DERECHO COMPARADO PARA CORREGIR LAS OMISIONES LEGISLATIVAS. APLICACIÓN EN COLOMBIA POR LA CORTE CONSTITUCIONAL

El control de constitucionalidad, común en todos los sistemas de justicia constitucional, tiene como fundamento esencial la Supremacía y la fuerza normativa de la Constitución. El modelo de control constitucional ha sido pensado sobre la existencia de una Ley objeto de control, no sobre la inacción del Legislador, situación que ha causado dificultades en los modelos de control actuales. Sin embargo, el control de las omisiones inconstitucionales legislativas, que se producen ante silencio del Legislador en regular un encargo previsto en la norma constitucional, se constituye en una garantía frente a la omisión legislativa.

Los órganos de control constitucional, con el propósito de superar las dificultades que conlleva el control de las omisiones legislativas, han acudido a *sentencias intermedias o atípicas*. Son mecanismos que, si bien no se constituyen en una fórmula perfecta de control ante la ausencia parcial o total de un mandato constitucional, si posibilitan el control de las omisiones legislativas en algunos supuestos, mantienen la supremacía de la Constitución y al mismo tiempo, conservan valores democráticos fundamentales como el de libertad de configuración legislativa.

Al modular sus decisiones, los órganos de control constitucional han dejado atrás la concepción clásica de que el único órgano con competencia para producir normas jurídicas es el Legislador, de manera que, en desarrollo de sus funciones, interpreten y muchas veces transformen el contenido normativo de la disposición en controversia, dejando de lado el concepto de Legislador negativo para pasar a un concepto mucho más abierto, el de Legislador positivo, ante la necesidad de poner remedio a la ineficacia de los enunciados constitucionales proveniente de la inactividad del Legislador.

En el presente título compuesto de dos capítulos, analizaremos, en primer lugar, los sistemas de control constitucional y los modelos adoptados en Colombia, para luego hacer un estudio de los principales mecanismos que el Derecho Constitucional comparado europeo ha ofrecido para

los sistemas que no cuentan con remedios procesales que puedan ser empleados para superar las omisiones legislativas relativas y absolutas, y que han sido aplicados por la Corte Constitucional Colombiana. Así, en el primer capítulo, se hará un análisis de las *sentencias interpretativas o de interpretación conforme a la Constitución* y las *sentencias integradoras o aditivas* como soluciones que suponen la reparación inmediata de las omisiones legislativas; y en el segundo capítulo, las sentencias que hacen *recomendaciones al legislador*, las que *declaran la inconstitucionalidad temporal de la decisiones* y los *exhortos constitucionales* como soluciones que imponen la necesidad de colaboración entre el órgano de control constitucional y el Legislador para subsanar la omisión legislativa, respetando el principio de configuración legislativa.

Con las *sentencias interpretativas*, el órgano de control constitucional, con fundamento en el Principio de conservación del derecho, se limita a realizar una interpretación del precepto legal demandado conforme a la Constitución, excluyendo las interpretaciones incompatibles con ella. Si la disposición impide una hermenéutica compatible con el texto fundamental, se declara su inexequibilidad. Las *sentencias integradoras o aditivas,* son sentencias en las que el juez constitucional integra los mandatos constitucionales a las disposiciones en las que se presenta una omisión legislativa relativa, en especial cuando se desconocen los principios de igualdad y debido proceso.

Por su parte, las r*ecomendaciones al legislador,* como su nombre lo indica, dirigen recomendaciones al Legislador de cómo debe legislar una materia determinada o de cuándo debe hacerlo para reparar la inconstitucionalidad producida por la omisión legislativa. Son sentencias que contienen formulaciones que buscan la actuación del Legislador en cierto sentido. Las *sentencias que declaran la inconstitucionalidad temporal de las decisiones*, se aplican cuando el órgano de control constitucional una vez evidencia una norma inconstitucional, considera desde el

punto de vista de los principios constitucionales, que expulsarla del ordenamiento jurídico es peor que mantenerla, por lo que le otorga un plazo al Legislador para que profiera la norma ajustada a la Constitución. *Los exhortos al legislador* se constituyen en apelaciones o advertencias al Legislador para que regule en un tiempo una determinada materia. Este estudio y la referencia a los casos en los que las Corte Constitucional colombiana ha proferido este tipo de sentencias permitirá determinar si se constituyen en el mecanismo adecuado para garantizar la efectividad de las normas constitucionales y subsanar las consecuencias que conlleva el silencio del Legislador frente a los mandatos constitucionales que imponen su obligatorio desarrollo.

CAPITULO 3. SOLUCIONES QUE SUPONEN LA REPARACIÓN INMEDIATA DE LAS OMISIONES LEGISLATIVAS POR LA PROPIA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Un elemento clave en la Constitución de un Estado de Derecho democrático y social es la existencia de controles que garanticen su defensa y la efectividad del principio de Supremacía constitucional. El control de constitucionalidad se instituye, así como el conjunto de instrumentos y mecanismos que permiten la efectividad normativa de la Constitución, la tutela de los derechos de las personas y la realización de los valores y principios en ella contenidos. El control es un elemento inseparable del concepto de Constitución, si quiere garantizar su operatividad.

En éste aspecto se hace necesario el estudio y comprensión del sistema de control constitucional colombiano y los modelos adoptados, debiéndose para ello teorizar en primer lugar, sobre los modelos y sistemas de justicia constitucional adoptados, los órganos que intervienen y el procedimiento seguido, evidenciando si con ellos se ha logrado garantizar la supremacía constitucional y la realización del proyecto constitucional adoptado por el constituyente.

Los esquemas de control constitucional se han establecido en torno a la preponderancia del juicio jurídico que le imprime a la Constitución su fuerza obligatoria y su condición de norma suprema. De ellos, se mencionan los *modelos originarios* que comprenden el control difuso, el dual o paralelo y el concentrado; y el *control derivado* conformado por el control mixto, el hibrido y el integral. A partir de estos modelos de los cuales haremos una referencia general, identificando cuál de ellos corresponde al modelo colombiano y si permiten el control de las omisiones legislativas inconstitucionales.

El *modelo difuso* propio del sistema anglonorteamericano, se caracteriza por la aplicación preferente en caso de colisión, del derecho común (*common law*) sobre el derecho secundario (*statutary law*). Es un sistema que impone a los jueces al resolver cada caso particular, efectuar un control de constitucionalidad aplicable sobre la ley, defendiendo la supremacía e integridad de la constitución. En los sistemas de control difuso, la decisión del juez en materia de inconstitucionalidad solo tiene efectos *inter partes*, lo que conlleva a que la ley declarada inconstitucional no surta efectos entre las partes del asunto sometido a debate. Si la decisión es adoptada por la Corte Suprema de Justicia, su interpretación se integra a través de los precedentes (*stare desicis*), potenciando los efectos de la decisión a un valor general, asimilable a la cosa juzgada *erga omnes*, estando todos los jueces y magistrados obligados a acatar lo dispuesto por el alto tribunal. Este principio y el de supremacía de la Constitución, establecen que la jurisprudencia de la Corte Suprema con respecto a la interpretación y aplicación de la Constitución como vinculante para los jueces y tribunales. De este modelo es característico el caso *Marbury v. Madison,* decidido por el juez Jhon Marshell en 1803, proceso en el que se estableció la competencia de los tribunales de controlar la constitucionalidad de las leyes al señalar:

> It is emphatically the province and duty of the Judicial Department to say what the law is. Those who apply the rule to particular cases must, of necessity, expound and interpret that rule. If two laws conflict with each other, the Courts must decide on the operation of each. o, if a law be in opposition to the Constitution, if both the law and the Constitution apply to a particular case, so that the Court must either decide that case conformably to the law, disregarding the Constitution, or conformably to the Constitution, disregarding the law, the Court must determine which of these conflicting rules governs the case. This

> is of the very essence of judicial duty… the Constitution is superior to any ordinary act of the Legislature, the Constitution, and not such ordinary act, must govern the case to which they both apply (Corte Suprema de Estados Unidos. Caso: Marbury v. Madison, 5 US 137, 1803, art. 177-178).

La revisión *judicial* se constituye en una facultad inherente al poder y deber del juez o tribunal como paso necesario para de resolver casos concretos de cualquier tipo –civil, penal, administrativo, laboral, etc.– y en los que las partes del proceso invoquen una norma constitucional y planteen una cuestión de constitucionalidad en su reclamo o defensa ante cualquier juez o tribunal que conozca el caso. Si en opinión del juez o tribunal hay conflicto entre la norma o el principio constitucional invocado y otra norma relevante al caso, el juez tiene que ejercer su facultad de revisión constitucional para resolverlo.

En el *modelo concentrado* de justicia constitucional, el Tribunal Constitucional es el órgano encargado de asegurar la supremacía de la Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico, operando como un legislador negativo. El control constitucional tiene por objeto excluir del ordenamiento jurídico las normas inconstitucionales, y para ello, la sentencia que declara la inconstitucionalidad de una norma provoca su eliminación con efecto *erga omnes* y hacia el futuro. La función del órgano de control constitucional es anuladora y no creadora de derecho, siguiendo la posición que del Tribunal Constitucional expuso Kelsen, de quien hace una correcta lectura el exmagistrado de la Corte Constitucional Alejandro Martínez Caballero (2000, p. 11), al indicar que el jurista vienés concebía al Parlamento como el Legislador positivo en el sentido de que es el órgano encargado de elaborar y dictar las normas jurídicas, y al juez constitucional como el Legislador negativo, en tanto tiene competencia para anular las normas jurídicas contra-

rias a la Constitución de la cual se supone que es garante y fueran acusadas en debida forma por quienes tienen la titularidad de la acción. Consideraba Kelsen:

> El órgano al que se le confía la anulación de las leyes inconstitucionales, no ejerce, propiamente, una verdaderamente función jurisdiccional. […] la diferencia entre la función jurisdiccional y la función legislativa reside ante todo en que este crea normas generales, mientras que aquella solo crea normas individuales. […] anular una ley es dictar una norma general; porque la anulación de una ley tiene el mismo carácter de generalidad que su producción y no es, por así decirlo, una producción con un signo negativo y, por tanto, una función legislativa. Un Tribunal que tiene el poder de anular las leyes es, por consiguiente, un órgano del poder legislativo. La anulación de las leyes por un tribunal puede, pues, interpretarse con igual razón más como un reparto del poder legislativo entre dos órganos que como una intrusión en el poder legislativo (2008, p. 24).

En este sentido, el Legislador se escinde en dos, afirma García de Enterría, por un lado, el Legislador positivo, como el órgano que toma la iniciativa de dictar y formular las leyes, y el Legislador negativo u órgano encargado de eliminar las normas que no son compatibles con la norma superior constitucional (1985, p. 132). Para el autor, el Tribunal Constitucional en el sistema kelseniano en lugar de ser competidor del Parlamento, termina siendo su complemento lógico; no puede indagar la relación de adecuación de la norma legislativa con el supuesto de hecho que intenta regular (no examina la eventual injusticia de la ley), sino que, como depositario de las categorías lógicas del ordenamiento, enjuiciará sólo la validez de la ley, por vía de

simple lógica racional, desvinculada de la necesidad de decidir las controversias de pleitos reales, actuando, pues, como un legislador negativo (García de Enterría, 1985, p. 133).

Esta postura rígida, en la que solo se admite un tipo de fallo para el control constitucional de las leyes, presenta inconvenientes en la práctica jurídica, y es por ello que el mismo Kelsen (2008, p. 20) le introduce matices y admite que, en ciertos casos, es procedente que el Tribunal Constitucional mantenga, durante un periodo de tiempo, la vigencia de la ley anulada, permitiendo que, durante este lapso, el Parlamento profiera una norma ajustada a la Constitución y sustituya la ley declarada inconstitucional y, en otras casos y en forma excepcional, admita el efecto retroactivo a la decisión de anulación.

Aceptando las dificultades que se presentan al utilizar como único tipo de fallo para el control de constitucionalidad de las leyes el declarar la exequibilidad o inexequibilidad del precepto legal demandado, debe precisarse que, en la práctica, los Tribunales Constitucionales han superado la concepción kelseniana de legislador negativo para pasar a cumplir una función positiva creadora, utilizando diversas técnicas de decisión para controlar la constitucionalidad de las leyes. En este aspecto, señala Fernández Rodríguez, la evolución del Tribunal Constitucional hacia el legislador positivo, podría ocurrir si se "opta por la solución consistente en que el Tribunal dicte la ley omitida con un valor provisional hasta que se emane la definitiva por parte del Poder Legislativo" (1998, p. 201); hecho no deseable en el reparto de funciones del Estado y por consiguiente no admitida en principio en los sistemas jurídicos. Para el autor la solución se daría "al utilizar una tipología de sentencias del órgano de justicia constitucional, que no vulneraría la distribución de funciones en el esquema de equilibrio de la división de poderes" (2008, p. 24).

Resultante de los dos anteriores, surge el *modelo mixto* de origen italiano, en el que el control de constitucionalidad, se inicia por cualquier juez y culmina con la decisión del Tribunal Consti-

tucional. En ejercicio de las acciones de inconstitucionalidad ordinarias, el Tribunal Constitucional puede declarar la inconstitucionalidad de normas legislativas o disposiciones con rango de ley y la defensa de los derechos fundamentales, debiendo el juez remitir ante el Tribunal Constitucional el cuestionamiento de constitucionalidad relevante (Pizzorusso, 1984, p. 235). Relevante en cuento a la necesidad del juez de aplicar en el caso concreto la disposición cuestionada por inconstitucional, siendo la decisión del Tribunal la que determine el curso y resultado del proceso adelantado por el juez que planteó la cuestión. Del modelo italiano surgieron por vía jurisprudencial diversas tipológicas de sentencias manipulativas, aditivas, sustitutivas que buscaban atemperar la radicalidad del fallo de inconstitucionalidad, examinando la racionalidad de las decisiones del Legislador, controlando sus excesos, pero respetando su discrecionalidad (Ramboli, 1998, p. 89).

El sistema de justicia de control constitucional en Colombia se ha edificado con base en los modelos *Dual y Paralelo, Hibrido e Integral*; modelos que entremos a analizar a continuación. El *modelo Dual y Paralelo* se consolida con el Acto Legislativo N° 3 de 1910, reformatorio de la Constitución Nacional de 1886, en el que expresamente se consagró el postulado de la supremacía constitucional, al disponerse que "En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley se aplicarán preferencia las disposiciones constitucionales" (Colombia, Congreso de la República, AL N° 3 de 1910, art. 40). En este modelo se concretaron en forma paralela varios sistemas de control constitucional. Por un lado, el *control difuso* al otorgarle competencia al juez ordinario para inaplicar la ley contraria a la Constitución –excepción de inconstitucionalidad– y aplicar los principios de supremacía de la Constitución y de control de constitucionalidad en cada caso concreto. De otro lado, y en forma paralela, tomando criterios propios del sistema de *control concentrado,* se le atribuye **c**ompetencia a la Corte Suprema de Justicia, como juez espe-

cializado, para conocer la constitucionalidad de los proyectos de ley y de la acción pública de inexequibilidad de la ley y decretos reglamentarios expedidos por el ejecutivo, al establecer el artículo 41 del Acto Legislativo N° 3 de 1910 "Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los Actos Legislativos que hayan sido objetados como inconstitucionales por el Gobierno, o sobre todas las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales, previa audiencia del Procurador General de la Nación" (Colombia, Congreso de la República, AL N° 3 de 1910, art. 41).

Por su parte, el *modelo híbrido* colombiano toma elementos de los tres sistemas originarios, atribuyéndole en la competencia objetiva a varios órganos el control de constitucionalidad y a los jueces para conocer las acciones constitucionales, previendo que algunas acciones lleguen a conocimiento del Tribunal Constitucional y excluyendo a otras de revisión. En la Constitución Política de 1991, el control constitucional no solo lo ejerce a la Corte Constitucional, sino también el Consejo de Estado para conocer la acción de inconstitucionalidad de los decretos ejecutivos cuya competencia no está atribuida a la Corte Constitucional y a todos los jueces la excepción de inconstitucionalidad. En la competencia subjetiva, se les otorgó a todos los jueces las acciones constitucionales y a la Corte Constitucional la eventual revisión de ellas.

El modelo de justicia constitucional a partir de la expedición de la Constitución Política de Colombia de 1991 continua siendo un sistema de *control paralelo e integral* a través de un complejo dispositivo de defensa de la Constitución escalonado, que se estructura desde la base hasta la cúspide, radicando el control en los órganos de la rama judicial del poder público, partiendo de la Corte Constitucional con el concurso del Consejo de Estado a través de acciones ciudadanas, control automático, por tutela administrativa y por excepción de inconstitucionalidad, aplicable por los jueces.

Se otorgó competencia para conocer los procesos constitucionales así: la Corte Constitucional, cabeza de la jurisdicción constitucional, tiene a su cargo la responsabilidad de *la guarda y control de la integridad y supremacía de la Carta Política* conforme a lo dispuesto en el artículo 241 superior; función sujeta a los *estrictos y precisos términos de este artículo,* que señala en forma taxativa: 1) revisar los actos reformatorios de la Constitución, solo por vicios de procedimiento en su formación; 2) decidir sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Carta, solo por vicios de procedimiento en su formación; 3) decidir sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional; 4) examinar la constitucionalidad de las leyes; 5) examinar la constitucionalidad de los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación; 6) examinar la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el Gobierno con fundamento en los estados de excepción; 7) examinar la constitucionalidad de los proyectos objetados por el Gobierno por inconstitucionales; 8) examinar los proyectos de leyes estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación; 9) revisar eventualmente las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales; 10) con relación a los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben, decidir sobre su exequibilidad (Constitución Política de Colombia, 2006, Artículo 241).

Al Consejo de Estado se le otorga competencia residual al "conocer de las acciones de inconstitucionalidad dictados por el gobierno nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional" (Constitución Política de Colombia, 2006, Art. 237). Además del Consejo de Estado, los Tribunales Administrativos ejercen funciones de control constitucional al resolver

sobre las objeciones de inconstitucionalidad de los proyectos de ordenanza y acuerdos municipales. Los jueces conocen de acciones de tutela consagrada para la protección de los Derechos Fundamentales y las acciones de *Habeas Corpus*. Los jueces administrativos y civiles conocen las acciones populares y de grupo y los jueces administrativos la acción de cumplimiento.

Por vía de excepción de inconstitucionalidad, se les otorga competencia a todos los jueces para inaplicar la ley contraria a la Constitución dando prelación a las normas constitucionales con fundamento en lo dispuesto en el artículo 4° de la Constitución Política "La Constitución de norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley u otra norma jurídica, se aplicarían las disposiciones constitucionales" (Constitución Política de Colombia, 2006, Art. 4). Este control consiste en la inaplicabilidad de una norma jurídica en un caso concreto en el que se discuta un derecho, cuando la norma sea contraria a un precepto constitucional, produciendo solo efectos *inter partes*.

Podemos afirmar en estos términos, que a partir de la Constitución Política de 1991 la supremacía de la Constitución fue una realidad ya que además de haber sido concretada en la Carta, se consagraron acciones de carácter constitucional como forma de materializar el supuesto jerárquico, regulando además la acción de constitucionalidad en cabeza de la Corte Constitucional, Consejo de Estado y tribunales administrativos, siendo uno de sus grandes logros el haber dado alcance al precedente jurisprudencial, hecho que se constituye en una importante transformación del sistema de fuentes del Derecho; precisando, para esto, que el control constitucional que actualmente opera en Colombia en cabeza de la Corte Constitucional puede ser *previo o posterior* según se ejerza antes o después de haber entrado en vigor la norma que se somete a control de constitucionalidad. El *control posterior* puede darse por vía de acción o en forma oficiosa o control automático.

Están sometidos a *control previo de constitucionalidad* los siguientes asuntos:

i. Los proyectos de ley objetados por inconstitucionalidad por el Gobierno.

ii. Revisión de los proyectos de leyes estatutarias por vicios de procedimiento en su formación.

iii. La decisión sobre la constitucionalidad de la convocatoria a referendo, a una asamblea constituyente para reformar la Constitución por vicios de procedimiento en su formación

iv. Revisión de los tratados internacionales y las leyes que los aprueben

Los asuntos sometidos a *control posterior de constitucionalidad* son los siguientes:

- *Por vía de acción pública de inconstitucionalidad*. Es competencia de la Corte Constitucional conocer de acuerdo a lo taxativamente previsto en el artículo 241 de la Carta, previa acción promovida por cualquier ciudadano, así:
  - Las demandas contra los actos reformatorios de la Constitución solo por vicios de procedimiento en su formación.
  - Las demandas de inconstitucionalidad contra las leyes expedidas por el Congreso por vicios de procedimiento en su formación y por su contenido material.
  - Los decretos con fuerza de ley o decretos-leyes que dicta el gobierno en desarrollo del artículo 150 numeral 10º y 341 de la Carta, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación.
  - Los decretos-leyes expedidos por el gobierno para poner en vigencia los proyectos de ley sobre el Plan Nacional de Inversiones Públicas.

Para el ejercicio de la acción pública de constitucionalidad, permite que cualquier ciudadano colombiano acuda directamente ante la Corte Constitucional, para que ésta

declare con carácter definitivo y con efectos *erga omnes* si las disposiciones demandas respetan o vulneran la Constitución. La naturaleza de la acción implica que el interés buscando es mantener la supremacía de la Constitución.

Para su ejercicio se exigen como requisitos mínimos de la demanda de inconstitucionalidad los señalados el artículo 2° del Decreto 2067 de 1991 (Colombia, Presidencia de la República, 1991) que reglamenta los tramites del proceso constitucional. Tales requisitos permiten señalar a la Corte el asunto que quiere plantear el demandar: señalar las normas acusadas como inconstitucionales; qué normas constitucionales se consideren infringidas; cuáles son las razones o motivos por las cuales dichos textos se estiman violados; el trámite impuesto por la Constitución para la expedición del acto demandado y la forma en que fue quebrantado; y la razón por la cual se considera que la Corte Constitucional es competente para conocer de la demanda.

- *Por vía automática o forzosa*: Se le atribuyó conocimiento exclusivo a la Corte Constitucional del control posterior según lo determine la Constitución, de:
  - Los referendos sobre leyes y consultas populares y plebiscitos del orden nacional, éstos últimos por vicios de procedimiento en su convocación y realización.
  - Control los decretos legislativos expedidos por el gobierno nacional en desarrollo de las facultades extraordinarias que le conceden los artículos 212 (estado de guerra exterior), 213 (estado de conmoción interior) y 215 de la Constitución (estado de emergencia económica, social o ecológica).

Como vemos, la Constitución Política de 1991 le asigna a la Corte Constitucional "la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución", y para ello le ha consagrado en forma *taxativa*, los dispositivos técnicos con que cuenta para el control de constitucionalidad. Al analizar las

funciones consagradas en el artículo 241 de la Carta, ninguna de ellas la autoriza para controlar o fiscalizar la actividad del Legislador fuera de los términos allí previstos y es en éste escenario que el Tribunal Constitucional colombiano se ha declarado inhibido para para conocer de las omisiones legislativas absolutas. En tal sentido se pronunció el Alto Tribunal:

> Cuando el Constituyente decidió asignar a esta Corporación la guarda de la integridad y supremacía de la Carta, lo hizo en los siguientes términos: "A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo", indicando a continuación y en forma taxativa cada una de las funciones que debía desarrollar (241 C.N.). Quiere ello significar, como tantas veces lo ha reiterado esta misma Corte, que su labor se encuentra restringida y limitada por lo dispuesto en el precepto citado, de manera que no le es permitido extender su competencia asuntos no señalados allí expresamente (Corte Constitucional, Sentencia C-543/96, de 1996, M. P Carlos Gaviria Díaz).

No existe una clasificación uniforme respecto de los instrumentos de control de las omisiones legislativas (Díaz Revorio, 2001, p 86). Desde la práctica de control constitucional europeo se han identificado cuatro escenarios asumidos por los órganos de control constitucional, que permiten depurar el ordenamiento jurídico sin apartarse de la concepción original, esto es, proferir sentencias de exequibilidad o inexequibilidad de la disposición legal demandada y solucionar la omisión legislativa. El primero de estos escenarios es el de los *efectos temporales de la sentencia*, que se consolida dotando de efectos retroactivos a la sentencia de inconstitucionalidad, sustituyendo la nulidad por la derogación y el carácter constitutivo por el declarativo. El segundo

escenario se presenta cuando el órgano de control *declara la inconstitucionalidad sin nulidad*, variante en la que los efectos de las sentencias estimatorias se matizan o corrigen, sin que se produzca la derogatoria o nulidad del precepto demandado, sino que se incorporan otras consecuencias, incluso ninguna consecuencia jurídica, sobre la vigencia del precepto implicado en el análisis. El tercer escenario se relaciona con los efectos de la *sentencia desestimatoria de la inconstitucionalidad*, dota de efectos vinculantes a las sentencias desestimatorias imponiendo la interpretación establecida por el Tribunal Constitucional e incorporando consecuencias que, en principio, serían más propias del principio *stare decisis,* y el cuarto escenario, es la incorporación de unas *decisiones intermedias* como formas de estimación parcial de la inconstitucionalidad. Las decisiones se toman de entre las varias interpretaciones o normas derivadas de la disposición, de aquellas que resultan constitucionales a juicio del tribunal.

Por su parte Solano González, distingue tres grupos de sentencias, sustentado en el derecho comparado: un primer grupo corresponde a las decisiones simples que se limitan a declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad del precepto legal demandado; un segundo grupo, son las sentencias que incorporan, dentro de la disposición sometida a control, un nuevo contenido normativo; un tercer grupo, las decisiones que mantienen la validez del precepto mientras el Legislador, dentro de un plazo razonable, expide una nueva regulación que subsane el vacío de inconstitucionalidad o sentencias de exequibilidad temporal deferida (2007, p. 524).

Dentro de una normativa propia, y partiendo de la diferencia entre disposición normativa (texto escrito) y norma (disposición interpretada), la doctrina italiana ha elaborado la noción de *sentencias manipulativas*, cuyo objeto es transformar el significado de la ley. Frente a este tipo de decisiones, el Tribunal Constitucional integra al ordenamiento jurídico una nueva disposición normativa no deseada por el Legislador, de manera que este adquiere un contenido normativo y

un alcance diferente al original. Igualmente, se destacan las *sentencias sustitutivas*, en las que el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad de la ley por su contenido material, y procede a integrar una nueva norma acorde con el texto constitucional, en sustitución del precepto declarado inexequible. Se suman a estas las llamadas *sentencias aditivas*, en las que Tribunal Constitucional incorpora, a la disposición legal insuficiente o defectuosa, un nuevo contenido normativo, y las sentencias interpretativas, en las que se mantiene la validez de la norma demandada, pero condicionada a la interpretación dada por el Tribunal Constitucional.

En este marco referencial del derecho comparado siguiendo lo expuesto por Fernández Segado, se tiene que el Tribunal alemán recurre a la *técnica de la interpretación conforme a la Constitución*, que consiste en exigir que la ley sea interpretada conforme lo determina el Tribunal Constitucional y no como hubiera querido el Legislador. En Francia, se prefiere el uso de las llamadas *declaraciones de conformidad bajo reserva*, en las que el Tribunal Constitucional declara la disposición demandada conforme a la Constitución, bajo reserva de respetar las exigencias que precisa el Tribunal en la decisión (2005, p. 51).

La modulación de las sentencias ha sido una técnica utilizada por los jueces, en sede del control de constitucionalidad, para determinar el sentido en que debe o no ser interpretada una disposición, así como para establecer las normas derivadas directa o indirectamente de la disposición que están acordes o no con la Constitución (Escobar Martínez, 2006, p. 92). La razón de modular las sentencias es la de buscar la seguridad jurídica, evitar las lagunas y posibilitar que en la misma sentencia se señalen sus efectos. La mayoría de Tribunales Constitucionales, entre ellos, la Corte Constitucional colombiana, se han visto, obligados en la práctica, a establecer técnicas jurídicas de control con el argumento de, que con ello, garantizan la efectividad de la fuerza normativa de la Constitución y además, realizan los valores y principios constitucionales

y se llenan los vacíos dejados en las normas (Clara Inés Vargas Hernández, 2011, p. 18). En este sentido, para la Corte Constitucional:

> La Constitución no ha establecido que la Corte esté atrapada en el dilema de mantener en forma permanente una norma en el ordenamiento (declaración de constitucionalidad) o retirarla en su integridad (sentencia de inexequibilidad), puesto que la Carta simplemente ha establecido que a la Corte compete "decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes" (CP 241 ord. 4º). Por consiguiente, al decidir sobre estas demandas, la Corte debe adoptar la modalidad de sentencia que mejor le permita asegurar la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución (Corte Constitucional. (Sentencia C-109 de 1995).

Se justifica con la técnica de modular las sentencias, que el Tribunal Constitucional se aparte de la concepción clásica de que el único órgano del Estado competente para producir normas jurídicas es el Legislador. Esto permite que el órgano de control constitucional interprete y transforme el contenido normativo de la norma en controversia. La modulación de los efectos de la sentencia de constitucionalidad es una consecuencia de la función que tiene la Corte Constitucional como guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución Política (Corte Constitucional, Sentencia C-109 de 1995), pero no solo ello, pues con esta práctica se logra el respeto de los principios y valores constitucionales, como el de la libertad de configuración del legislador, el principio democrático, la certeza jurídica y la conservación del derecho ordinario común (Martínez, 2000, p. 26).

El procedimiento de modular las sentencias, para la Corte Constitucional colombiana en la Sentencia C-619 de 2003, resulta “de las tensiones valorativas implícitas en todo texto constitucional y de la dinámica misma del control judicial de la constitucionalidad de las leyes” y, desde el punto de vista de la decisión o desde el punto de vista de los efectos temporales del fallo, se “busca asegurar la integridad del texto constitucional”. Ahora bien, en estas circunstancias, un aspecto que debe analizarse, es la utilización de las sentencias moduladas para el control de las omisiones legislativas.

Con el uso de este tipo de sentencias no se vulnera la distribución de funciones en el equilibrio de la división de poderes, y se procede como lo afirma Fernández Rodríguez “a interpretar no solo las normas de la Constitución sino también las de carácter ordinario para comprobar si el desarrollo de la ley ordinaria no es suficiente para lograr la eficacia plena que reclama el precepto constitucional” (1998, p. 201). Además de constituirse en escenarios en los que la omisión legislativa puede llegar solucionarse, en el marco de la responsabilidad del Estado Legislador, de modo que el daño puede repararse o al menos prevenirse (Díaz Revorio, 2001, p. 86). Con ello, la jurisprudencia constitucional establece pautas para la mayor eficacia de la Constitución Política, activándose el derecho y evitando la ausencia de referentes legales específicos que permitan garantizar los derechos e intereses de los ciudadanos.

Con fundamento en los criterios establecidos por la doctrina, en la práctica jurídica colombiana, la Corte Constitucional, como órgano encargado del ejercicio del poder de control y corrección jurídica, en aras de lograr la sujeción a un orden jurídico ante el silencio del Legislador, ha recurrido a diversas técnicas para ejercer el control de las omisiones legislativas. Tales técnicas son los exhortos al legislador, las sentencias aditivas, la declaración de inconstitucionalidad

parcial de una norma por vulneración del principio de igualdad y las sentencias que declaran la inconstitucionalidad sin nulidad.

Con estos antecedentes, procede un análisis de las soluciones que ha venido utilizado la Corte Constitucional colombiana, específicamente cuando ha verificado la existencia de una omisión legislativa inconstitucional y que se han considerado como los principales instrumentos existentes en los sistemas constitucionales europeos para controlar las omisiones legislativas contrarias a la Constitución, soluciones que para los Javier Díaz Revorio, consisten básicamente en una serie de sentencias constitucionales que se ha dado en llamar *intermedias*, ya que no son puramente estimatorias o desestimatorias" (2001, p. 86).

3.1 Sentencias de constitucionalidad interpretativa o de interpretación conforme a la Carta Política: mecanismo recurrente de solución a las omisiones relativas por la Corte Constitucional

Los Tribunales Constitucionales, en el ejercicio de la función principal de emplear e interpretar la Constitución con el fin de garantizar su supremacía en el ordenamiento jurídico, cuentan con mecanismos jurídicos que les permiten hacer efectivos los derechos en ella consagrados y adaptar las normas escritas a los cambios sociales que en forma permanente se producen. Para ello, la justicia constitucional se vale de sentencias intermedias como las sentencias interpretativas y aditivas, a través de las cuales no se limita a declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma demandada, sino que, luego de advertir el problema de constitucionalidad que conlleva el precepto demandado, lo subsana directamente, corrigiéndolo o interpretándolo

conforme a la Constitución; con esta actuación se mantiene en el ordenamiento jurídico la norma cuestionada.

A dichas soluciones unilaterales les corresponde el análisis como elementos que corrigen en forma inmediata la omisión del legislador, de lo que se puede establecer si con esta salida se logra, a la luz de la doctrina constitucional y de la práctica colombiana, corregir las faltas del legislador.

Las *sentencias interpretativas* o, como suelen denominarse en la jurisprudencia colombiana, *de interpretación conforme a la Constitución*, es un tipo de sentencia utilizado por los tribunales constitucionales para dar solución a las omisiones legislativas relativas. Son sentencias en las que se ponderan los principios y valores que están en juego, optando por soluciones que sirvan para atemperar los efectos que traería la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma.

El Tribunal Constitucional, al fallar, analiza las posibles interpretaciones que de un mismo texto normativo puedan darse y elige aquella que esté conforme al ordenamiento constitucional, excluyendo las no conformes, ello con fundamento en dos principios: *el de interpretación de la ley conforme a la Constitución y el principio de la conservación del derecho*. (Corte Constitucional, Sentencia C-038 de 2006). Para Fernández Segado, ha sido de importante recibo jurisprudencial especialmente por los tribunales constitucionales americanos y europeos, el principio de Interpretación conforme a la Constitución -*Interpretation in harmony with he Constitution*- pauta hermenéutica que surge en el *principio de unidad del ordenamiento jurídico*, en virtud el cual las leyes emanadas bajo la vigencia de la Ley Fundamental deben ser interpretadas en consonancia con la propia Constitución, norma visualizada como un contexto superior de las demás normas jurídicas (2012, p. 131). El criterio hermenéutico se vincula con el principio de conservación de la norma, con lo cual se hace compatible la primacía de la Constitución y la salvaguarda

de la voluntad del legislador. Con la aplicación del principio de interpretación conforme a la Constitución se logra mantener el principio de seguridad jurídica ya que evita vacíos jurídicos.

Es propio del principio de conservación del derecho, afirma en su jurisprudencia la Corte Constitucional Colombiana, "que los tribunales constitucionales no sólo maximizan la fuerza de los contenidos normativos de la Carta, sino también, evitan el desmantelamiento del orden jurídico" (Sentencia C- 600 A, 1995) y "mantienen la voluntad del congreso al respetar las disposiciones normativas que de él emanan, garantizando el principio democrático" (Sentencia C-100, 1996).

Al Tribunal Constitucional se le reconoce su rol de intérprete último del ordenamiento constitucional, siendo por lo tanto su interpretación vinculante para todos los poderes públicos y en especial, para los aplicadores del derecho, jueces y tribunales (Fernández Segado, 2009, p. 149). El texto constitucional exige una interpretación que se imponga de modo vinculante frente a todos, que sea capaz no solo de aclarar las dudas que un texto como el constitucional tenga dado que muchos de sus postulados son de carácter abierto y general, sino también de viabilizar, a través de su interpretación, el acomodo de las disposiciones constitucionales al devenir social, que en cualquier sociedad siempre es fluido y dinámico. Con el principio de interpretación de la ley conforme a la Constitución, cuyo fundamento se encuentra manifestado claramente en el artículo 4º de la Constitución Política de Colombia, que reza "en caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales" lo que, consecuentemente como lo ha señalado la Corte Constitucional "maximiza la eficacia de la actuación estatal y consagra una presunción a favor de la legalidad democrática. El costo social e institucional de declarar la inexequibilidad de una norma jurídica infraconstitucional debe ser

evitado en la medida en que mediante una adecuada interpretación de la misma se respeten los postulados de la Constitución" (Corte Constitucional. Sentencia C-496 de 1994).

El principio de interpretación de la ley conforme a la Constitución ha sido entendido por la Corte Constitucional como una técnica de guarda de la integridad y la supremacía de la Constitución (Sentencia C- 496 de 1994). En la sentencias que tratan del asunto, el Tribunal hace una labor de interpretación, estableciendo el sentido que se le debe dar al precepto legal demandado para que sea constitucional, o determina el sentido en el que resultaría un fenómeno inconstitucional, lo que, en otros términos mejores, consiste en que excluye las interpretaciones de la norma que no estén conformes a la Constitución; en este caso, solo declararía la inconstitucionalidad de la norma si ninguna interpretación se adecua a la Constitución. Con ello, hace efectiva la supremacía de la norma constitucional, controlando los actos legislativos mediante decisiones que permitan el restablecimiento de la constitucionalidad que se encuentra vulnerada.

De ahí que las sentencias interpretativas sean como las define Fernández Rodríguez como "aquellas en las que la resolución se basa en la discriminación entre las distintas posibilidades interpretativas que ofrece la disposición legal, tachada de ser contraria a la Constitución. Su fundamento se halla en el principio de conservación de las normas" (2010, p. 134). En estas decisiones sucede lo que Herman Alejandro Olano explica como un proceso en el que se supone que "se expulsa una interpretación de la disposición, pero se mantiene una eficacia normativa de la misma, es decir, si una de las interpretaciones es contraria a la Constitución y la otra resulte conforme con ella, el Tribunal Constitucional no puede declarar la inconstitucionalidad de la disposición, sino sólo del sentido interpretativo que colisiona con ella" (2004, p. 577).

La justificación para proferir este tipo de sentencias por el órgano de control constitucional, para Clara Inés Vargas, es el de conservar el derecho, evitando con ello la eliminación en el or-

denamiento jurídico de textos que pudieran ser interpretados en algún sentido de conformidad con la Constitución. Para la autora, "lo anterior teniendo en consideración que la inconstitucionalidad solo debe ser declarada cuando una norma jurídica en ninguna interpretación legítima es conforme con la Constitución" (2011, p. 24). Su propósito como lo afirman los autores Iván Castillo y Joel Reyes, es el de "adoptar la solución adecuada y adaptada al contexto y condiciones en que se emiten, y hacer compatibles los principios y derechos fundamentales que se encuentran en juego" (2008, p. 372).

Las sentencias interpretativas toman como fundamento la distinción que la doctrina italiana hace de texto normativo y norma, por el primero se entiende "cualquier enunciado que forma parte de un documento normativo" y, por norma, "cualquier enunciado que constituye el sentido o significado adscrito a varias disposiciones o fragmentos de disposiciones (Zagrebelsky, 1988, p. 297). El primer antecedente jurisprudencial en Colombia de la distinción entre disposición y norma, lo encontramos en la aclaración de voto de los magistrados Eduardo Cifuentes y Alejandro Martínez Caballero en la Sentencia C-543 de 1995. En esta ocasión, siguiendo la doctrina italiana, en especial el concepto de Alessandro Pizzorusso, señalan que en la teoría constitucional se distinguen claramente los textos legales y las normas, o proposiciones jurídicas o reglas de derecho que de ellas se desprenden por la vía de interpretación de los textos. Mientras el enunciado o el texto es el objeto sobre el que recae la actividad interpretativa, las normas son el resultado de las mismas. De ahí que en un texto pueden estar contenidas diversas normas, mientras que una norma puede estar contenida en diversos textos o enunciados legislativos. Esta distinción conlleva a aclarar el objeto sobre el que recae la labor de control del órgano constitucional; es decir, si tal control recae sobre la norma o precepto legal acusado o sobre la interpreta-

ción o norma que se extrae del texto; los magistrados concluyen que la labor de interpretación recae sobre la disposición, siendo la norma el resultado.

Esta posición se reafirma posteriormente en la sentencia C-1046 de 2001, en la que la Corte, en su labor hermenéutica, hace referencia a la distinción entre textos legales y los contenidos normativos o reglas de derecho o proposiciones jurídicas. Afirma esta sentencia que: "el enunciado o el texto o la disposición es el objeto sobre el que recae la actividad interpretativa, las normas, los contenidos materiales o las proposiciones normativas son el resultado de las misma".

Igual análisis se hace en la sentencia C- 038 de 2006, en la que se demanda la omisión del Legislador al regular la acción de reparación directa que excluye la reparación de los daños antijurídicos provenientes del Poder Legislativo. En su pronunciamiento la Corte se hace relación a la distinción entre disposición y norma, enfatizando que, en aras de salvaguardar la supremacía e integridad de la Carta, la labor de la Corte misma no se limita confrontar en forma exegética el precepto demando con la Constitución y debe, a través del ejercicio hermenéutico, evidenciar las diferentes interpretaciones que se puedan dar al texto legal demandado, a fin de mantener la interpretación que se ajuste a la Constitución. Con esta posición, el órgano de control, al utilizar las sentencias interpretativas, no expulsa del ordenamiento jurídico la norma o disposición legal demandada, por no ser el texto literal inconstitucional, mientras que sería contrario a la Carta la interpretación o significado que se le otorgue o establezca.

Si bien la Corte Constitucional ha utilizado en los pronunciamientos que profiere, los términos: *normas legales, enunciados normativos, artículos y disposiciones legales* como sinónimos, para el exmagistrado Martínez Caballero "la práctica de las sentencias interpretativas o interpretaciones conformes a la Constitución de los textos legales acusados se basa en esa distinción y

supone el reconocimiento de que el control constitucional recae en esencia sobre las normas derivadas de las leyes por vía de interpretación, más que sobre los textos en sí mismos considerados" (2000, p. 28).

La sentencia C-690 de 1996 de la Corte Constitucional es un claro ejemplo de práctica de ésta posición jurisprudencial. La Corte Constitucional estudió la constitucionalidad de los artículos 557 y 580 de la Ley 624 de 1980, demandada por ausencia de consagración legal de la fuerza mayor, como causal que justifique la intervención de agentes oficiosos para la presentación y firma de la declaración tributaria, lo que hace que los contribuyentes que se encuentran secuestrados o en estado de indefensión sean discriminados en relación con aquellos obligados que gozan de plena libertad y capacidad. La Corte consideró, en primer término, que era contrario al ordenamiento constitucional y a los principios de responsabilidad objetiva, igualdad y equidad el acto de sancionar a una persona por no presentar la declaración de renta cuando le era materialmente imposible hacerlo. Se pronunció sobre la competencia de la Corte Constitucional de conocer de las omisiones relativas cuando ellas tiene efectos jurídicos susceptibles de presentar una oposición objetiva y real a la Constitución y, respecto de las normas demandadas, consideró que si las normas admiten diferentes interpretaciones, unas adecuadas a la Constitución y otras violatorias de ella, le corresponde a la Corte Constitucional proferir una constitucionalidad condicionada o sentencia interpretativa, para lo que debe establecer cuáles aspectos de las normas acusadas se mantienen dentro del ordenamiento jurídico y cuáles no son legítimas constitucionalmente. Esta labor hermenéutica, sostiene la Corte en la mencionada sentencia "exige dilucidar los distintos sentidos posibles de los supuestos impugnados, las interpretaciones que resultan intolerables y los efectos jurídicos diversos o equívocos que contrarían la Constitución".

La Corte declara la inconstitucionalidad de la omisión legislativa relativa y considera, como única solución para subsanar la inconstitucionalidad de la normas contenidas en el Estatuto Tributario, la formulación de una sentencia integradora declarando la exequibilidad de la norma, pero expresa que esto solo puede proceder en el entendido de que ella "debe ser interpretada tomando en consideración las situaciones concretas de caso fortuito o fuerza mayor que puedan exculpar al contribuyente que no ha presentado la declaración tributaria en las condiciones señaladas por la ley" (Corte Constitucional. Sentencia C-690 de 1996).

3.2 Casos en los cuales la Corte Constitucional ha proferido sentencias interpretativas o condicionadas para evitar vacíos en el ordenamiento jurídico y garantizar la supremacía de la Constitución

Como puede corroborarse, han sido varias las sentencias interpretativas proferidas por la Corte Constitucional para subsanar la omisión del Legislador. Merecen especial atención los pronunciamientos en los que, haciendo uso de los mecanismos de interpretación, ha protegido los derechos de las personas vulnerables que han sido desconocidos o limitados por el Legislador; tal es el caso del acceso de las personas desplazadas en zonas de conflicto a la ayuda humanitaria, el establecimiento de una metodología de aprendizaje única para la población con limitaciones auditivas, la regulación del sistema de créditos de vivienda y el derecho de *habeas corpus*, como se expone a continuación.

- *Sentencia C-047 de 2001*: En esta oportunidad la Corte se pronunció sobre la inconstitucionalidad del artículo 16 de la Ley 418 de 1997, que establece un plazo de un año para solicitar, ante las autoridades competentes, la ayuda humanitaria que el Estado colom-

biano otorga a las víctimas del conflicto armado. Intervinientes en el proceso consideran que la Corte debe expedir una sentencia condicionada, en el entendido de que en caso de presentarse fuerza mayor o caso fortuito, el término de un año debe contarse a partir del momento en que cesen los hechos que impidieron la presentación de la solicitud, planteamiento con el cual coincide el Alto Tribunal. Para la Corte, no es posible desconocer que el conflicto armado en Colombia genera desplazamiento de los campesinos de las zonas de conflicto, dificultándose no solo la seguridad de las zonas sino también la posibilidad de acceder a las autoridades para solicitar ayuda humanitaria. A su juicio, el trato dado por la norma a las personas desplazadas es discriminatorio, por lo que declaró exequible la disposición acusada, bajo el entendido de que el término de un año fijado por el Legislador para solicitar la ayuda humanitaria debe contarse a partir del momento en que cese la fuerza mayor que haya impedido presentar de manera oportuna la solicitud de ayuda.

- *Sentencia C-128 de 2002*: la Corte se pronunció respecto a la población vulnerable por limitaciones auditivas y el acceso a la rehabilitación y educación especial, en demanda interpuesta contra los artículos 2° y 7° de la ley 324 de 1996 *por la cual se crean algunas normas a favor de la Población Sorda*. La ley demandada consagra dos preceptos: reconoce la lengua manual como el idioma propio de la población sorda e impone, como obligación del Estado, proveer la ayuda de intérpretes para sordos. A juicio de la demandante, el idioma de señas no es el propio de los sordos, sino de quienes no pueden acceder al lenguaje oral por diferentes factores; ello conlleva a que al restringir la posibilidad de utilizar el lenguaje oral para los sordos, se fomenta su aislamiento y marginamiento de la sociedad y de la propia familia de cada uno de los sordos. Impedir que los limitados

auditivos se puedan comunicar por métodos diferentes al de las señas conlleva el desconocimiento de los derechos a la igualdad que les corresponden, lo mismo que el derecho al libre desarrollo de la personalidad y a la libre escogencia de profesión u oficio.

En el análisis hermenéutico, para la Corte pueden darse dos interpretaciones de las normas acusadas, una constitucional y otra que no lo es. La primera consiste en que el Estado protege solamente la población sorda que se puede comunicar por señas, quedando excluida la comunicación oral de las personas discapacitadas. En esta dirección, considera el Alto Tribunal que esta exclusión es desproporcionada e inadecuada. La otra interpretación es en la que se entiende que la preferencia por el idioma de señas tiene como consecuencia una afectación injustificada del derecho de los padres de escasos recursos económicos a escoger la educación de sus hijos, ya que el Estado solo apoyaría instituciones educativas dedicadas a la formación utilizando el sistema de señas y no la formación básica basada en la oralidad o en otras formas de mediación comunicativa. Por tal razón, la Corte declaró exequible la norma demandada, en el entendido que el apoyo estatal no excluye el fomento estatal de la investigación, la enseñanza y la difusión de otras formas de comunicación de la población sorda, como la oralidad.

- *Sentencia C- 955 de 2000*: la Corte se pronunció sobre la demanda de inconstitucionalidad de la Ley 546 de 1999 que dictó normas sobre el sistema de vivienda, su financiación, impuestos y costos vinculados a su construcción y negociación de la vivienda, y la Ley 550 de 1999 que estableció el régimen de promoción y reactivación empresarial de los entes territoriales. En sentir de los demandantes, los artículos demandados al crear el anatocismo o capitalización de intereses de todo tipo de créditos, viola el principio de igualdad ante la ley y "maniata, insensibiliza y reduce aterradoramente la capacidad del

Estado para cumplir con su labor e inversión social y sólo favorece al que acapara", y de otra parte, violenta el derecho al trabajo, por cuanto no hay oportunidad para crear empresa y se desconocen posibilidades para laborar con el apoyo de la economía solidaria. Para los demandantes la Unidad de valor real- U.V.R. creada por la Ley es idéntica a la UPAC por ser una forma de anatocismo. La Corte, a través de sentencia interpretativa, declara la exequibilidad de la disposición demandada, pero en el entendido de que las entidades que otorgan créditos de vivienda deben estar sometidas a la vigilancia, intervención y control del Estado; dispuso igualmente que la ley se interprete siempre a favor de los particulares que adquieran vivienda, rechazando cualquier práctica de la ley que haga más onerosos los créditos de vivienda y, por último, ordena a la Junta Directiva del Banco de la Republica la tarea de fijar los topes a los intereses de créditos de vivienda a largo plazo, créditos sustentados en contratos de adhesión.

En salvamento de voto, el magistrado José Gregorio Hernández, hace duras críticas a la labor interpretativa hecha por la Corte Constitucional, en el sentido de que sin ser el órgano competente, sustituyó al Legislador en el desarrollo del derecho a la vivienda digna, en la fijación de las funciones de la Junta Directiva del Banco de la República y de la Superintendencia Bancaria, acciones estas que son privativas del Legislador. La potestad interventora del Estado y la competencia normativa para dictar reglas sobre los derechos constitucionales, atribuciones propias del Legislador, "sufren la desembozada suplantación de la Corte, que decide intervenir de manera permanente la tasa activa de los créditos de vivienda y de los destinados a la construcción".

- *Sentencia C- 496 de 1994*: en esta oportunidad la Corte conoció de la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 437 (parcial) del Decreto N° 2700 de 1991 (Código

de Procedimiento Penal) que estableció la improcedencia de recursos contra el auto interlocutorio que resuelve favorablemente la solicitud de *habeas corpus*. En este caso se presenta divergencia de interpretaciones acerca de si el auto interlocutorio contra el cual no procede ningún recurso es tanto el que admite como el que niega la libertad de la persona capturada o sólo se refiere al auto que ordena la libertad. Frente al problema hermenéutico, la Corte en principio afirma que no es el órgano al cual le corresponde establecer el sentido autorizado de las normas legales, pues esta labor le corresponde a los jueces ordinarios. No obstante, señala que este principio se ve matizado por dos elementos, de un lado, el hecho de que un proceso de control de constitucionalidad implica siempre un juicio relacional que busca determinar si una norma legal es o no conforme con las normas constitucionales, juicio no es posible si no se establece previamente el significado de la norma legal, y de otro lado, la Constitución es norma de normas y constituye la base de todo el ordenamiento positivo (CP art. 4º), por lo cual los jueces ordinarios están también sometidos al imperio de la Constitución. Por tal razón, fijo como criterios sobre la manera como la Corte debe, en ejercicio de su función de guarda de la integridad y supremacía de la Carta, avocar los debates hermenéuticos sobre normas legales: 1) si una disposición legal está sujeta a diversas interpretaciones, todas adecuadas a la Carta, la Corte se limita a establecer la exequibilidad de la norma sin establecer su sentido; 2) si todas las interpretaciones de la norma acusada desconocen la Constitución, la Corte retira la norma del ordenamiento jurídico: 3) si la disposición admite varias interpretaciones, de las cuales algunas violan la carta y otras se adecuan a ella, la Corte debe establecer cuáles sentidos de la disposición acusada se mantienen dentro del ordenamiento jurídico y cuáles no son legítimos constitucionalmente; 4) una norma puede ser interpretada de diversas maneras

> y cada una de tales interpretaciones, individualmente considerada, no viola la Constitución. Cuando las interpretaciones jurídicas no son disposiciones autónomas sino interpretaciones alternativas sobre el sentido de una disposición legal, el juez constitucional debe establecer cuál es la interpretación que debe darse a la norma para proteger los principios y valores contenidos en la Carta.

3.3 Sentencias integradoras o aditivas: Decisiones del Tribunal Constitucional como Legislador positivo

Otra categoría de sentencias modulativas utilizadas frente a la omisión legislativa son las sentencias integradoras o aditivas, cuyo origen se encuentra en jurisdicción constitucional italiana. Este tipo de sentencia surge como una reacción del Tribunal Constitucional al incumplimiento, por parte del Legislador, de las exhortaciones hechas con el fin de introducir modificaciones a las normas, lo que para Humberto Nogueira Alcalá son: "una respuesta a una inconstitucionalidad por omisión legislativa, es decir, que la regulación respectiva no prevé aspectos necesarios que debería contener para ajustarse a la Constitución, los cuales incorpora la Corte como una exigencia constitucional, posibilitando de esta manera el mantenimiento de la norma en el ordenamiento jurídico (2010, p. 535).

En estos casos, se produce una nueva norma que incluye el supuesto añadido, que para a ser el único sentido en que ella puede ser aplicable en el futuro. El uso de estas decisiones es la más clara muestra del activismo judicial de los Tribunales Constitucionales, lo que supera la clásica concepción de órganos que cumplen una función de expulsión de normas del ordenamiento jurí-

dico (legislador negativo), constituyéndose en creador de ellas. Son sentencias constitutivas en la medida que innovan el ordenamiento jurídico.

Para Fernández Segado la utilización por parte de los Tribunales Constitucionales de la técnica de las sentencias aditivas es la manifestación más amplia de las sentencias manipulativas que pueden proferir los órganos de control constitucional, que "han operado como Legislador positivo, actuación que se ha acentuado en los supuestos en que el Tribunal ha constatado que la inconstitucionalidad era el resultado de una omisión legislativa, particularmente de una omisión relativa, vulneradora por lo mismo del principio de igualdad, circunstancia que ha propiciado en bastantes supuestos sentencias aditivas" (2012, p. 157).

Este tipo se sentencias encuentran su fundamento en el carácter normativo de la Carta Política y en los principios de efectividad y conservación del derecho, siendo justificadas por la necesidad de poner orden a la situación inconstitucional provocada por la omisión del Legislador (Ahumada, 2010, p. 184). Las sentencias aditivas, se integran al grupo de sentencias manipulativas, técnica de decisión utilizada para transformar el significado de la ley bajo control, y suponen el límite de actuación del Tribunal ante una omisión inconstitucional, siendo su única justificación en poner orden a la inercia del Legislador.

En las sentencias aditivas, afirma Fernández Rodríguez, el Tribunal Constitucional ejerciendo la función de control, no declara la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la disposición acusada, sino profiere un fallo integrando la disposición acusada con otras normas legales o constitucionales, para darle el alcance adecuado a la Constitución y, con ello, llenar los vacíos normativos. De este modo, el órgano de control constitucional no se limita a extraer la norma inconstitucional, sino que adiciona una norma de significado opuesto a la declarada inválida (1998, p. 233).

La facultad de preferir sentencias aditivas se encuentra ligada a las omisiones legislativas, es decir, al incumplimiento del Legislador de desarrollar un mandato constitucional. Se aplican básicamente por los Tribunales Constitucionales cuando la omisión implica una laguna que es cubierta por la labor interpretativa del Tribunal Constitucional y cuando la omisión significa una exclusión, por lo que la eliminación de la omisión implica incluir a aquellos que habían sido marginados o discriminados arbitrariamente en el precepto (Vargas, 2011, p. 25). Así entra a formar parte del enunciado normativo un elemento nuevo que amplía la norma en aquello que el Legislador omitió ajustándola al mandato constitucional.

En la ejecución de las sentencias aditivas en casos de omisión legislativa se pueden presentar dos hipótesis: La primera es aquella en la que la omisión se entiende como exclusión, caso en el cual la adición provoca la admisión de la norma, lo que garantiza el Derecho de la Constitución. La segunda hipótesis se produce en los casos de simple omisión, en la que el Tribunal Constitucional, frente a la inexistencia de una regla de actuación, se ve obligado a integrar la laguna (Hernández Valle, 2015, p. 238). El uso de este tipo de sentencias es la respuesta dada por el órgano de control constitucional a la inconstitucionalidad por omisión legislativa que se presenta cuando la regulación no contempla todos los aspectos que debe contener para ajustarse a la Constitución. Estos son incorporados a la sentencia por el Tribunal Constitucional.

3.4 La aplicación de sentencias integradoras o aditivas en casos de omisión legislativa por la Corte Constitucional

En Colombia, son varios los casos que analizaremos, en los que la Corte Constitucional ha procedido a complementar la norma respectiva para incluir a los sujetos excluidos inconstitucio-

nalmente por el Legislador, ante la presencia de una omisión legislativa. Estas decisiones se han justificado en el marco del uso de las sentencias aditivitas, en el principio de la fuerza normativa de la Constitución que se deduce de los artículos 2° y 4° (CPC, Artículos 2 y 4) de la Carta Fundamental, que consagran la obligación para las autoridades de garantizar los principios, valores, deberes y derechos constitucionales, del artículo 241 Superior (CPC, Artículo 241), que le impone a la Corte la función de guardar la supremacía e integridad de la Constitución. Veamos algunos casos significativos:

- *Sentencia C-394 de 2007*: la Corte conoció la demanda contra los artículos 2° y 15, parágrafo 3°, de la Ley 98 de 2005 que adopta medidas de protección a las víctimas de secuestro y sus familias, debido a que el Legislador incurrió en una inconstitucionalidad por omisión relativa al haber establecido un sistema especial de protección en favor de las víctimas del secuestro y sus familias, de manera exclusiva, y no haber incluido como beneficiarios a las víctimas de los delitos de toma de rehenes y desaparición forzada y sus núcleos familiares. En este fallo, la Corte tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la omisión en que incurrió el Congreso al desconocer las disposiciones del Texto Superior relativas al derecho a la Igualdad, especial protección a la familia, garantías laborales, así como los derechos a la seguridad social y al mínimo vital. Ante la ostensible vulneración de los derechos por déficit total de protección de quienes resultan afectados, la Corte profirió una sentencia aditiva extendiendo las medidas de protección las víctimas de los delitos de toma de rehenes y desaparición forzada, sus familias y a las personas que dependan económicamente de ellas, condicionamiento necesario para que la disposición resultara ajustada a la Constitución. Con esta sentencia, la Corte evitó el trato dis-

criminatorio por parte de las autoridades del producido por los desarrollos legislativos en materia de medidas de protección.

- *Sentencia C-600 A de 1995*: en este fallo la Corte Constitucional, decidió no retirar del ordenamiento jurídico el capítulo primero de la ley 60 de 1993, que reglamenta la distribución de competencias de las entidades territoriales y la Nación; Ley que, siendo ordinaria, fue tramitada en el Congreso como Ley Orgánica. La Corte basó su decisión en el principio que orienta la interpretación constitucional y que algunos sectores de la doctrina han denominado el *principio de la conservación del derecho;* principio según el cual, los Tribunales Constitucionales deben no sólo maximizar la fuerza de los contenidos normativos de la Carta sino evitar el desmantelamiento del orden jurídico, siendo preferible aquella decisión constitucional acorde con la Carta y que permita preservar la labor del Congreso, a aquella que supone su anulación.
- *Sentencia C- 1433 de 2000*: la Corte Constitucional decidió sobre la omisión relativa contenida en la Ley 547 de 1999 "por la cual se decreta el presupuesto de rentas y recursos de capital y Ley de Apropiaciones para la vigencia fiscal del 1º de enero al 31 de diciembre del 2000", extendiendo el ámbito de la indexación salarial a todos los trabajadores del Estado. Es un escenario interesante en el que la Corte aplicando la modulación de la sentencia extendió los efectos de la norma a un grupo de personas no contemplado en ella. En el fallo, la Corte decide sobre la omisión en que incurrió el Congreso de la Republica al no incluir en el Presupuesto de la vigencia fiscal de 2000 las apropiaciones necesarias para cubrir el aumento salarial que compensara la pérdida de poder adquisitivo de los salarios de los servidores públicos, omitiendo el encargo del legislador contenido en el artículo 53 de la Constitución Política que ordena mantener la capacidad adquisitiva

de los salarios. La Corte Constitucional declaró incumplido el encargo constitucional y emitió una sentencia aditiva ordenado extender el ámbito de aplicación de la norma a todos los servidores públicos, y para hacer efectivo el mandato, ordenó al Congreso y al Ejecutivo hacer las apropiaciones presupuestales necesarias para el cumplimiento del deber constitucional.

3.5 A modo de conclusión

La corrección de las omisiones legislativas inconstitucionales es una garantía de la supremacía constitucional, y es por ello que le corresponde a los órganos de control constitucional utilizar mecanismos que eviten la vulneración de la Constitución que causen efectos nocivos a los administrados.

Se analizaron las técnicas de decisión establecidas por la jurisprudencia constitucional para subsanar las omisiones legislativas inconstitucionales, utilizadas en los sistemas jurídicos que no cuentan con remedios procesales para superar las omisiones legislativas relativas y absolutas, y que en principio permiten al órgano de cierre constitucional salvaguardar la primacía constitucional amenazada o lesionada con las omisiones inconstitucionales procedentes del Legislador.

De las *sentencias moduladas o atípicas* que han utilizado los órganos de control constitucional y en especial por la Corte Constitucional Colombiana, analizamos las sentencias de constitucionalidad interpretativas y las sentencias aditivas como soluciones que suponen la reparación inmediata de las omisiones legislativas relativas al mantener en el ordenamiento jurídico la norma demanda y luego de advertir su inconstitucionalidad, la subsanan directamente, corrigiéndola o interpretándola conforme a la Constitución.

Vistas las decisiones de los órganos de control constitucional que permiten darle solución inmediata y definitiva a las omisiones legislativas relativas, analizaremos a continuación los pronunciamientos del Alto Tribunal en los que una vez verificada la omisión inconstitucional, hace una invitación al Legislador para que elimine las incongruencias resultantes de la omisión que se presenta frente al mandato constitucional.

CAPITULO 4. SOLUCIONES QUE IMPONEN LA NECESIDAD DE COLABORACIÓN ENTRE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL LEGISLADOR RESPETANDO LA CONFIGURACIÓN LEGISLATIVA

En respeto a la estructura del Estado y por la libertad de configuración legislativa, los Tribunales Constitucionales han utilizado soluciones bilaterales cuando se constata una acción parcial del Legislador que, en principio, desaparecería ante la inexequibilidad de la norma demandada. En otros términos, frente a las graves consecuencias que trae la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma respecto a los derechos adquiridos con fundamento en la norma declarada contraria al ordenamiento superior, los órganos de control constitucional, constatada una acción parcial del Estado, se abstienen de declarar la nulidad de la ley incompatible con la Constitución y profieren sentencias de inexequibilidad diferida, dando validez temporal a la norma cuestionada hasta tanto el órgano legislativo expida la regulación conforme a la Carta; para ello, se apela al Legislador para que expida una nueva regulación acorde con la Constitución o se dirigen recomendaciones al Legislador sobre cómo debe disponer una materia, todo ello con el fin de reparar las omisiones del Legislador mismo.

En las líneas que siguen serán estudiadas las soluciones que, con fundamento en la práctica constitucional europea, han sido utilizadas por los órganos de control constitucional ante la ausencia de desarrollo normativo en especial, por la Corte Constitucional colombiana.

4.1 Sentencias que hacen recomendaciones al redactar una nueva legislación adecuada a la Constitución

En España, las recomendaciones al legislador son las llamadas *sentencias apelativas*; *zentensemonito* en Italia y *Appellent-scheidungen* en Alemania. Todas se utilizan como explica Hernández valle, para dirigir recomendaciones al Legislador de cómo debe legislar una materia determinada o de cuándo debe hacerlo, para que con ello se repare la inconstitucionalidad producida por la omisión legislativa (1994, p. 239). 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 hacer efectiva la Constitución. El juez constitucional expide una decisión de admisibilidad o desestimación por falta de fundamento y en su motivación hace una invitación al Legislador para que intervenga con una regulación, de forma diferente a la adelantada hasta ahora, del tema sometido a control o para que elimine las incongruencias que se presenten en la norma cuestionada; en ambos casos, como se ha expresado ya, las incongruencias pueden resultar de una omisión legislativa (Fernández Segado, 2009, p. 49).

A simple vista, al utilizar este tipo de sentencias se respeta la libertad de configuración legislativa, en cuanto ellas señalan en qué sentido la omisión sería inconstitucional, limitándose el Tribunal Constitucional a indicar la forma en que se debe legislar una materia para que sea conforme a la Constitución; sin embargo, en la práctica, se corre el riesgo de que el Tribunal Constitucional usurpe la competencia del Legislador, acercándose a una práctica de activismo judicial intenso que se produce por dirigir recomendaciones, al legislador, de cómo regular una materia o

cuando debe hacerlo con el objeto de que se repare la inconstitucionalidad por omisión legislativa (Hernández Valle, 1994, p. 240).

Un problema fundamental que plantean este tipo de sentencias, es el de la legitimidad que tiene el Tribunal Constitucional para exigir el cumplimiento de sus mandatos al Legislador en un plazo determinado, ello por cuanto de la misma Constitución no se deriva plazo alguno para el cumplimiento de sus preceptos, siendo el propio Legislador a quien le corresponde decidir el momento oportuno en que debe ejecutar las encomiendas constitucionales que le hace el órgano de control constitucional (Díaz Revorio, 2001, p. 126). A este se suma otro problema y es, en la práctica, el de las consecuencias frente a la omisión inconstitucional que la utilización de este tipo de sentencias implica. Así, si el Legislador expide la norma sin acatar las directrices del órgano de control constitucional o no la expide en el plazo que le fue previsto, y se mantienen los efectos negativos que produce la omisión inconstitucional, sería necesario proferir una segunda sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma.

Ahora, la eficacia de este tipo de sentencias es dudosa. En Italia, por ejemplo, y en el ámbito del derecho comparado, se han construido las sentencias *doppia pronuncia,* consistentes en una primera sentencia en la que el juez constitucional da un plazo para que el Legislador enmiende la ley que se encuentra en contradicción con la Constitución; de no cumplirse en este plazo con lo que se le pide que haga, se dicta una segunda sentencia declarando la inconstitucionalidad de la norma impugnada. En otros términos, la sentencia original le 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 con lo indicado por el Tribunal Constitucional, entonces este dicta una segunda sentencia que declara inconstitucional la omisión legislativa. Se produce 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 (Hernández, 1994, p. 240).

El uso de las sentencias que hacen recomendaciones al Legislador ha sido acogido por la Corte Constitucional Colombiana con algunas variaciones, ya que se asimila a los exhortos constitucionales en los que el juez constitucional mantiene la norma viva, invitando al Legislador a expedir una reglamentación más adecuada a la Constitución. Así se observa en la Sentencia 109 de 1995 de la Corte Constitucional, al justificar su aplicación señalando que:

> Estas sentencias integradoras encuentran fundamento en la propia función de la Corte Constitucional en la guarda de la supremacía e integridad de la Carta (art. 241 C.P). En efecto, en muchas ocasiones una sentencia de simple exequibilidad o inexequibilidad resulta insuficiente, ya que ella podría generar vacíos legales que podría hacer totalmente inocua la decisión de la Corte. En tales casos, la única alternativa para que la Corte cumpla adecuadamente su función constitucional es que, con fundamento en las normas constitucionales ella profiera una sentencia que integre el ordenamiento legal a fin de crear las condiciones para que la decisión sea eficaz.

La utilización de este tipo de sentencias tiene sentido tratándose de las omisiones legislativas, ya que no siendo la norma demanda inconstitucional, la Corte Constitucional se limita a establecer pautas y directrices de cómo legislar sobre una materia para ser regulada conforme a la Constitución. Veamos a continuación algunas sentencias en las que la Corte Constitucional ha hecho recomendaciones al Legislador.

4.2 Recomendaciones al Legislador por la Corte Constitucional

Se destacan los siguientes pronunciamientos de la Corte Constitucional en los que la Corte declara la constitucionalidad de las normas demandas y hace un llamado al Legislador para que regule la norma ajustada al ordenamiento constitucional:

- *Sentencia C-247 de 1995*: la Corte conoció de la demanda de inconstitucionalidad presentada contra el artículo décimo séptimo de la Ley 144 de 1994 que reglamenta el procedimiento de pérdida de investidura de los Congresistas. El artículo demandado, consagra el recurso extraordinario especial de revisión, que podrá interponerse contra las sentencias proferidas por el Consejo de Estado mediante las cuales se decrete la pérdida de la investidura, dentro de los cinco años siguientes a su ejecutoria. A juicio del demandante, el recurso extraordinario especial de revisión, contenido en el artículo 17 de la Ley demanda, se trata de un privilegio exorbitante consagrado a favor del Congresista, lo que va en contravía al derecho a la Igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, toda vez que mientras para un proceso contencioso administrativo las partes tienen como causales las consagradas en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo, la Ley 144 de 1994 dispone que el Congresista, tendrá además de dichas causales, otras de carácter general. Afirma además, que la norma extiende el plazo para ejercer el recurso a más del doble del que tienen los recursos extraordinarios de revisión, previstos en los procesos de la jurisdicción contenciosos administrativos y en los de la ordinaria.

  La Corte consideró respecto a la disposición acusada, que del hecho que la Constitución no haya consagrado ningún recurso contra la sentencia que decreta la pérdida de la investidura, no puede deducirse que esté impedido el Legislador para establecerlo, menos todavía si se

trata de recursos extraordinarios, fundados en causales constitucionales. Por el contrario, considera que la norma demandada encuentra fundamento en el artículo 184 de la Carta Política, a cuyo tenor la pérdida de la investidura será decretada por el Consejo de Estado "de acuerdo con la ley". Sobre la competencia para resolver el recurso, aclara la Corte que este tema ha sido controvertido por el Consejo de Estado, que ha resuelto inaplicar en varias ocasiones el artículo 17 de la Ley 144 de 1994 por no haberse determinado la autoridad judicial ante la cual debía interponerse y tramitarse. Por lo anterior, advirtiendo que no le corresponde a definir en el proceso cuál es el juez competente, función ésta en cabeza del Legislador, se abstiene de declarar la inconstitucionalidad de la norma, por no haberse quebrantado principio ni disposición de la Carta al establecerse el recurso extraordinario, y *hace un llamado de atención al Legislativo* para que, por vía de autoridad, defina a quién corresponde resolver sobre los recursos extraordinarios que se interpongan contra las sentencias mediante las cuales se decreten pérdidas de investidura. Con este pronunciamiento mantiene la norma y busca la actuación del Legislador.

- *Sentencia C-285 de 1996*: la Corte estudió la demanda contra el artículo 1 del Estatuto Tributario contenido en el Decreto 624 de 1989, en la que los accionantes señalaban que el artículo demandado le dio fuerza de Ley al artículo 665 del Estatuto Tributario, al sancionar con pena de prisión a los retenedores que no consignen las sumas retenidas, violando el artículo 28 de la Constitución Política que prohíbe la imposición de penas privativas de la libertad por deudas.

  Encuentra la Corte que el tipo penal contenido en el artículo 665 del Estatuto Tributario no contiene la referencia temporal que permita determinar el momento en el que se configura el hecho típico, siendo arbitrario permitir que el intérprete integre el tipo penal con otra norma

que regule aspectos semejantes, añadiéndole un elemento del que carece, ya que siendo diversas las disposiciones a aplicar, se violarían los principios de separación de poderes y de legalidad en materia penal, y el derecho de libertad de los ciudadanos por la imposición de penas privativas de la libertad en eventos determinados *ex post facto*, estimó declarar la inexequible el artículo 665 del Estatuto Tributario -Decreto 624 de 1989-, convertido en norma legal por el artículo 1º del mismo ordenamiento.

Por considerar la Corte que la omisión de consignar las sumas retenidas ha sido de tiempo atrás considerada por el Legislador como una conducta que amerita una sanción drástica ya que afecta al patrimonio económico de la Nación, estima necesario hacer un *llamado de atención al Legislador* para que proceda a reemplazar la norma que se retira del ordenamiento jurídico, determinando cada uno de los elementos que configuran el tipo penal, pues la ausencia de ellos además de crear inseguridad jurídica, conduce a la violación de derechos y garantías fundamentales.

4.3 Sentencias que declaran la inconstitucionalidad temporal o inexequibilidad diferida: pronunciamientos del juez constitucional que dimensionan sus efectos hacia el futuro

Otro tipo de sentencias que han venido utilizando los Tribunales Constitucionales para remediar las omisiones legislativas contrarias a la Constitución, que permiten dar respuesta a los supuestos en que la ley en forma arbitraria incluye a ciertas categorías de una situación de ventaja que la misma ley provee excluyendo a otros, o cuando la norma presenta lagunas que deben ser llenadas para estar conforme a la Constitución, son las sentencias con efectos ultra-activos o de constitucionalidad temporal (Díaz Revorio. 2001, p. 91). Se trata de sentencias proferidas por los

Tribunales Constitucionales con efectos prospectivos; es decir, en las que se abstienen de declarar la inexequebilidad de la norma demandada por considerar que el vacío normativo podría tener mayores consecuencias que la declaratoria de inconstitucionalidad; por esto, dan la posibilidad al Legislador de corregir la norma y se ajuste al mandato constitucional.

El Tribunal Constitucional federal alemán, para resolver supuestos de omisión legislativa inconstitucional, ha venido utilizando las sentencias de mera incompatibilidad entre la ley y la Constitución (*Unvereinbarkeit*). Son fallos que tratan de dar respuesta a los supuestos en que la ley no incluye arbitrariamente a ciertas categorías en una situación de ventaja que la misma ley prevé, o cuando la ley presenta lagunas que deben ser llenadas por razones constitucionales (Díaz Revorio. 2001, p. 91). Son fallos que no declaran la nulidad de ley que es incompatible con la Constitución, porque se crearía una situación más alejada de la Constitución y más riesgosa que la que causaría la puesta en práctica de la ley.

Estos fallos en la experiencia alemana, en los que se constatada la inconstitucionalidad sin que se declare la nulidad, ha traído en la práctica jurídica importantes problemas, sobre todo en cuanto a los efectos y consecuencias jurídicas porque la determinación de los efectos de estas decisiones queda en cabeza de la propia jurisprudencia, dando indicaciones precisas sobre la práctica o no de la ley en el periodo anterior a la entrada en vigencia de la nueva norma (Díaz Revorio, 2001, p. 92-93). Con esto se fijan las alternativas que debe seguir el Legislador y, en muchos casos, con el establecimiento de plazos para que se expida la nueva regulación. Sin embargo, la ley no ha establecido los efectos para este tipo de decisiones, su determinación ha quedado confiada a la propia jurisprudencia, que ha utilizado dispositivos articulados y complejos, dando indicaciones sobre la aplicación o no aplicación de la ley en el período precedente a la entrada en vigor de la nueva disciplina, y, en su caso, fijando las alternativas o los principios que

ha de seguir el Legislador, o incluso estableciendo un plazo para la nueva regulación. Para la doctrina alemana, no existe duda acerca de la obligatoriedad que le asiste al Poder Legislativo de cumplir una sentencia constitucional de inconstitucionalidad omisiva, ya que ella obliga a realizar la ley y eliminar las omisiones inconstitucionales (Fernández Segado, 2010, p. 1001).

La utilización de este tipo de fallos se justifica, expresa Rodolfo Arango Rivadeneira al referirse a la protección de los derechos fundamentales, pues considera que la declaratoria de una acción parcial del Estado como inconstitucional, traería efectos negativos sobre los derechos, ya que la base normativa que reconoce prestaciones dejaría de existir, impidiendo continuar con su ejecución. (2005, p. 186). Es razonable que el Tribunal Constitucional, mediante la expedición de un fallo condicionado, fije un plazo de tiempo en el que el Legislador complete su comportamiento mediante la expedición de normas ajustadas a la Constitución; de no hacerse así, afirma Hernández Valle, el Tribunal Constitucional debe extender la norma original al grupo excluido, sin razón suficiente, de un beneficio por la acción parcial del Estado (2006, p. 543).

Estas sentencias se constituyen en un instrumento de comunicación directa entre el Tribunal Constitucional y el Legislador, afirma Ahumada, sin desconocer que en la base de las mismas esta la necesidad apreciada por el Tribunal de una actuación del legislador para la sanación de una situación inconstitucional o relativamente constitucional (1991, p. 184). Dentro de estos supuestos está el del vacío legal perturbador de la constitucionalidad, originado por la omisión legislativa al que el Tribunal Constitucional no puede, en el límite de sus funciones, poner remedio por sí solo. Y se caracterizan porque como lo señala Rubén Hernández, "dirigen recomendaciones al Parlamento de cómo legislar una determinada materia o de cuándo debe 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" (2006, p. 543).

Vemos entonces como, la declaratoria de constitucionalidad temporal de una norma por el órgano de control constitucional busca corregir las omisiones, lagunas o situaciones de desigualdad creadas por el Legislador.

4.4. Sentencias de la Corte Constitucional de inconstitucionalidad diferida

Se ha visto cómo la Corte Constitucional, con mayor frecuencia, ha proferido sentencias en las que se abstiene de declarar la inexequibilidad inmediata de la norma acusada, por considerar que la anulación de esta traería efectos negativos mayores. Veamos algunas de ellas:

- *Sentencia C-221 de 1997*: Se demanda el literal a) del artículo 233 del decreto 1333 de 1986 que faculta a los Concejos Municipales y Distrito Capital a establecer un impuesto a la extracción de arena, cascajo y piedra del lecho de los cauces de los ríos. El accionante considera que de acuerdo a los artículos 80, 334 y 360 de la Constitución Política, la explotación de los recursos naturales no renovables solamente puede dar lugar al pago de regalías en favor de la Nación, lo cual excluye la aplicación de impuestos municipales por tales actividades.

  La Corte aplicando la figura de la *inconstitucionalidad temporal de la norma*, toma dos decisiones. En primer lugar, constatada la inconstitucionalidad del artículo 233 del Decreto N° 1333 de 1986, decide mantener la norma impugnada dentro del ordenamiento jurídico, en forma temporal dentro de un plazo limitado. En segundo lugar, exhorta al Congreso para que remedie la omisión legislativa en que incurrió al no regular el régi-

men de regalías de los recursos naturales no renovables, tal como lo dispone el artículo 360 de la Constitución Política. Con esta decisión, el Tribunal Constitucional adopta una forma intermedia de sentencia que considera garantiza la supremacía e integridad de la Constitución Política y respeta la estructura del Estado y, al tiempo, la libertad de configuración política del Legislador.

- *Sentencia C- 737 de 2001*: se demanda por vicios de procedimiento, la Ley 619 de 2000 que establece los criterios de distribución de las regalías petroleras. La Corte del análisis de las intervenciones y de los escenarios macroeconómicos, considera que la expulsión de la ley acusada genera una situación constitucionalmente peor que su mantenimiento por un período de tiempo determinado, al sustraer el piso jurídico a esos nuevos contratos de asociación, que son esenciales al desarrollo de la política petrolera del Estado colombiano. En cuanto a los vicios de forma que presenta la norma, según la Corte no vulneran la Constitución ni revisten gravedad, por ello se pueden convalidar temporalmente en virtud de la protección a la económica y a la vigencia del orden justo. La Corte decide declarar su inconstitucionalidad, pero diferir sus efectos en el tiempo, a fin de permitir que en ese término el Congreso expida, con la libertad de configuración que le es propia, el régimen de regalías que juzgue conveniente.

  En la sentencia la Corte definió las sentencias de inconstitucionalidad diferida como aquellas por medio de los cuales "el juez constitucional constata que la ley sometida a control es inconstitucional, pero decide no retirarla inmediatamente del ordenamiento, por la sencilla razón de que la expulsión automática de la disposición ocasionaría una situación peor, desde el punto de vista de los principios y valores constitucionales". Justifica el uso de la ley, en la necesidad que tiene el Alto Tribunal de garantizar la integri-

dad de la Constitución en los casos en los que no es posible expulsar en forma inmediata del ordenamiento jurídico por los efectos inconstitucionales que traería tal decisión. Tampoco sería posible declarar la constitucionalidad de la ley porque esto vulneraría la Carta Política.

Por razones de seguridad jurídica y por las dificultades que la utilización conlleva, señaló las siguientes condiciones para proferir una sentencia de inconstitucionalidad diferida: i) se justifique la decisión; ii) se deje constancia de que la declaratoria de inexequibilidad ocasiona una situación peor que el mantener la norma acusada; iii) se explique por qué es adecuado recurrir a la inexequibilidad diferida en lugar de a una sentencia integradora; iv) se justifique la extensión del plazo conferido al Legislador.

Frente a la necesidad de utilizar este tipo de sentencias, la Corte en el fallo considera que si el juez constitucional verifica que la regulación que le fue sometida a control vulnera un precepto constitucional e igualmente constata, que el retiro de dicha regulación del ordenamiento jurídico provoca un vacío legal traumático que atenta contra los valores y principios constitucionales, se preguntaría ¿Es razonable que el juez constitucional declare la inexequibilidad inmediata de la ley revisada, a pesar de que esa decisión genera una situación todavía más inconstitucional? La respuesta que da la Corte es negativa, ya que de producirse la decisión en esta forma, en vez de proteger la integridad de la Constitución se estaría atentando contra ella, toda vez que la decisión de retirar del ordenamiento jurídico la ley acusada provocaría una situación constitucionalmente más grave, y es por ello que, para evitar las consecuencias traumáticas que generaría una declaración de inexequibilidad del precepto demandado el juez constitucional debe recurrir

a una *inconstitucionalidad diferida o constitucionalidad temporal* , dándole un plazo razonable al Legislador para que corrija el vicio legal.

- *Sentencia C- 818 de 2011*: la Corte difirió los efectos del fallo con un plazo determinado. La providencia resolvió la inconstitucionalidad de los artículos 14 a 33 de la ley 1437 de 2011, o del "Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo", que regulan el derecho fundamental de Petición y, para tal efecto, recurre a dictar una sentencia de inexequibilidad diferida luego de haber constatado que la regulación del derecho fundamental de Petición debió hacerse a través de una Ley Estatutaria, como lo dispone el artículo 152 de la Constitución Política, y no a través de una Ley ordinaria como fue el trámite que se le dio a la Ley 1437 de 2011.

  Para la Corte, y en estos casos, si las normas son inconstitucionales, la exclusión inmediata de ellas del ordenamiento jurídico crea graves riesgos frente al goce efectivo del derecho fundamental de petición, pues ya no existiría certeza para los funcionarios públicos respecto al trámite de las solicitudes presentadas por los ciudadanos, lo que conllevaría, además, otros derechos fundamentales vulnerados por ser el derecho de petición es una garantía instrumental que permite a los asociados reclamar o exigir la vigencia de otras prerrogativas constitucionales. Por este razonamiento, difiere la Corte los efectos de la declaración de inexequibilidad hasta el 31 de diciembre de 2014, dejándose el tiempo durante el cual el Legislador debe discutir y aprobar una ley estatutaria para regular el derecho de petición.

  Luego de la decisión de la Corte Constitucional, el Congreso de la Republica tramitó el proyecto de Ley Estatutaria N° 65 de 2012–227 de 2012 Cámara, "por medio del cual se regula el derecho fundamental de petición y se sustituye el título del Código de Proce-

> dimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo". Este proyecto pasó a control de constitucionalidad y el Alto Tribunal mediante ssentencia C- 951 de 2014 realizó la revisión previa al proyecto de ley, pasando a sanción presidencial y así se aprobó la Ley 1755 del 30 de junio de 2015 por medio de la cual "se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo." que corrigió los errores del Legislador.
>
> Frente al vacío normativo que se presenta en la regulación del derecho de Petición, la misma Corte Constitucional mediante sentencias: C- 055 de 1996, C- 402 de 2010, C-251 de 2011 se pronunció en el sentido de que la declaratoria de inexequibilidad implica la reincorporación al ordenamiento jurídico de las disposiciones derogadas; esto se hace para garantizar la supremacía de la Constitución y el ejercicio del derecho de petición. Por lo anterior, se reincorporan en forma transitoria los capítulos II, III, IV, V, VI y algunas disposiciones del capítulo VIII del Código Contencioso Administrativo o del decreto ley 01 de 1984.

Como se observa, el uso de sentencias moduladas es un mecanismo que corrige las omisiones legislativas relativas, en la medida en que se permite la inclusión del grupo que quedó excluido de la ley.

4.5 Exhortos al Legislador para el desarrollo de la Constitución, como mecanismo utilizado por el Tribunal Constitucional frente a las omisiones legislativas absolutas

Como se ha señalado, la omisión legislativa absoluta inconstitucional surge del incumplimiento del Legislador frente a la atribución para dictar un texto legislativo con el que daría respuesta

a un mandato constitucional. La ausencia de norma legislativa conlleva el desconocimiento de derechos y es por ello que se justifica plenamente la intervención del órgano de control constitucional, quien insta al Legislador para expida una norma que permita que los derechos sean efectivos.

Díaz Revorio distingue a las sentencias de apelación al Legislador como los principales mecanismos para superar las omisiones legislativas absolutas; ellas se practican, especialmente, en los sistemas de justicia constitucional en los que no existe la acción de inconstitucionalidad por omisión y consisten, básicamente, en advertencias, recomendaciones o apelaciones al legislador para que regule en un tiempo determinado una materia (2001, p. 121).

En casi todos los sistemas de control de constitucionalidad, se ha caracterizado a la sentencia que contiene una inequívoca advertencia al Legislador como un tipo peculiar de sentencia, prescindiendo de que el fallo sea en sentido estimatorio o desestimatorio y, así como en España la referencia es a las *sentencias apelativas*, en Italia se habla de *sentenze-monito,* en Alemania de *Appellentscheidungen*, y en Francia a las decisiones que *suministran precisiones acerca de los medios para remediar una inconstitucionalidad* (Ahumada, 1991, p. 182).

El uso de las recomendaciones judiciales no obligatorias emanadas de los jueces constitucionales, ha sido de buen recibo en varios sistemas. Ello lo confirma Brewer-Carías, al dar como ejemplo las sentencias exhortativas o delegadas o *sentenze indiritzzo* dictadas por la Corte Constitucional italiana a través de las cuales declara la inconstitucionalidad de la norma demandada sin crear la norma que debería aplicarse, dejando esa tarea al Legislador (2015, p. 27). Igualmente, los exhortos se han acogido en Alemania por el Tribunal Constitucional Federal cuando emite *advertencias al Legislador*, que contemplan directrices al Legislador para que promulgue la disposición omitida. Igual técnica que ha sido utilizada por los tribunales constitucionales de Fran-

cia, Bélgica, Polonia, México entre otros, como directrices dirigidas al Legislador que en muchos casos si bien no tienen carácter obligatorio, si establecen un marco de referencia para la futura expedición de la norma.

Un problema frente a las apelaciones al Legislador surge con respecto a su carácter obligatorio, y que se cuestiona Díaz Revorio: "¿En qué medida el Legislador puede - como segunda instancia de aforados- considerarse obligado por las indicaciones del Tribunal Constitucional? (2001, p. 98). Se entiende que dicha obligación deriva de la propia Constitución, limitándose el Tribunal a interpretar y precisar cuáles son las obligaciones concretas que derivan de la Ley Fundamental. Si la obligación no tiene un plazo determinado, el incumplimiento de ella parece quedar, al menos en principio, en manos del Legislador. Si la sentencia señala un plazo para establecer la nueva regulación, el problema radica en determinar que legitimidad tiene el Tribunal para imponer dicho plazo al Legislador.

Otros interrogantes que se plantean de las apelaciones al legislador se presentan en las ocasiones en que el Tribunal señala un plazo razonable al Legislador, y en las que se cuestiona: "¿Qué legitimidad le asiste al Tribunal para imponer dicho plazo? ¿De dónde se deriva la necesidad de ese plazo razonable? ¿Quién puede apreciarlo? ¿Qué fundamento existe para esa competencia del Tribunal?" (Díaz Revorio, 2001, p. 98). La legitimidad de este tipo de sentencias es problemática ya que se podría afirmar que el Tribunal Constitucional no impone su voluntad por encima del Legislador, sino que antepone por encima de él mismo, la Constitución, en otros casos la imposición de contenidos normativos será dudosa, dependiendo de la claridad argumentativa que haga la Corte, evento en el cual favorecería el exhorto que haga el Tribunal.

La eficacia vinculante de las llamadas reclamaciones o apelaciones al Legislador no es clara, toda vez que unas veces se enuncian como consejos, otras como amenazas y en otras la adver-

tencia dirigida al Legislador puede llegar a condicionar el fallo. La duda que suscitan las recomendaciones al Legislador es la de su pertinencia, siendo dudosa su eficacia dudosa por depender de la voluntad del Legislador (Ahumada, 1991, p. 182-183).

La aplicación de este tipo de decisiones de los Tribunales constitucionales para la solución de las omisiones legislativas absolutas, ha sido cuestionada por considerar que es clara la oposición que representan a la libertad de configuración legislativa. Otro cuestionamiento que se hace se basa en el hecho de que el Tribunal Constitucional no se limita a declarar la inconstitucionalidad de la ley, sino que también le señala al Legislador un plazo razonable para actuar en consecuencia, tal como describe Fernández Segado:

> La intromisión del órgano constitucional frente al silencio del legislador lo convertiría en un legislador positivo, confluyendo en este órgano tanto la función de expulsar del ordenamiento constitucional cualquier norma que sea contraria a ella, como creando una norma ante el silencio del legislador, actuación no deseable dentro del reparto de funciones entre los poderes públicos en el Estado de Derecho (2012, p. 50).

Sobre este asunto, expresa Zagrebelski que las recomendaciones al Legislador, "pueden ser relacionadas con el *quando* en aquellas ocasiones en que se insta al Legislador a que legisle o al *quomodo*, acerca del modo como la actividad legislativa debe realizarse" (1988, p. 325). Las recomendaciones al Legislador se conectan íntimamente con la necesidad de una actuación del Legislador; siendo entonces una categoría de sentencias en las que el órgano de control constitucional procura opciones legislativas. El órgano de control constitucional al exhortar al Congreso no se está abrogando las facultades del Poder Legislativo, éstas se mantienen en cabeza del Le-

gislativo, a quien le corresponde expedir una nueva norma ajustada al ordenamiento constitucional.

En Colombia, la Corte Constitucional ha hecho uso de este tipo de sentencias llamadas *exhortos constitucionales* y ha justificado su uso en el ánimo de la colaboración armónica del Tribunal Constitucional con los otros poderes públicos, en especial con el órgano Legislativo (Sentencia C-473 de 1994). El fundamento de esta cooperación es el de permitir que el Congreso llene el vacío dejado en la legislación y enmiende directamente la omisión que ya hiciera. Como recomendaciones que son, los exhortos son llamados que hace la Corte Constitucional al Congreso para que este, en ejercicio de su libertad de configuración normativa, elija la reglamentación que debe expedir sobre la norma en discusión conforme a lo dispuesto en la Constitución. Con este procedimiento, la Corte no invade la órbita de actuación del Congreso y, al exhortar al Congreso, no le obliga a expedir una ley en determinada manera, razón por la que los congresistas, en conjunto, toman esta práctica como la expresión de consejos que el legislador puede seguir.

La Corte Constitucional en sentencia C-473 de 1994 justifica este tipo de pronunciamientos bajo el argumento de que, con ellos, la Corporación no desborda su competencia ni invade la órbita de actuación del Congreso. El respeto por la estructura del Estado y por la libertad de configuración política del Legislativo, hace que el exhorto no deba ser visto como una ruptura de la división de los poderes sino como una expresión de la colaboración de los mismos para la realización de los fines del Estado, en particular para la garantía de la efectividad de los derechos de las personas. El exhorto surge de las tensiones valorativas propias del texto constitucional, en particular de aquella que existe entre la supremacía normativa de la Constitución y el principio de libertad de configuración del Legislador.

4.6 Pronunciamientos de la Corte Constitucional exhortando al Congreso a legislar

Un claro ejemplo de los problemas que surgen frente a este tipo de fallos se encuentra en la ausencia de norma que reglamenta el derecho a la huelga en los servicios públicos esenciales. Esto sucede pese a los exhortos que, en varias oportunidades, ha hecho la Corte Constitucional al Legislador para que cumpla la obligación que expresamente le impone la Carta Constitucional en el artículo 56 y que es, en suma, la expedición de la ley que delimite el ámbito en el que no es posible ejercer el derecho a la huelga. A la fecha no se ha expedido la regulación necesaria para este ejercicio, como se expone a continuación.

En la *sentencia C-473 de 1994*, la Corte conoce de la demanda parcial contra el artículo 430 del Código Sustantivo del Trabajo, relacionado con la prohibición del derecho de huelga en los servicios públicos, y el artículo 450, del mismo estatuto, que establece la ilegalidad de toda suspensión colectiva de trabajo en los servicios públicos. En la decisión, se reconoce a la huelga como un derecho en cabeza de los trabajadores y de las asociaciones de trabajadores; derecho que se encuentra "en conexión directa con otros derechos fundamentales -como el derecho a la asociación y sindicalización de los trabajadores- si no también con evidentes principios constitucionales como la solidaridad, la dignidad, la participación la realización de un orden justo" , y constata que no existe una regulación legal sistemática del derecho a la huelga en los servicios públicos esenciales, ya que solo se han definido como esenciales *i)* el servicio público obligatorio de seguridad social en salud y pensiones, a través de la ley 100 de 1993, y *ii)* los servicios públicos domiciliarios, con la ley 142 de 1994. Por ello, el fallo estima vital que el Congreso, en un plazo razonable, expida la regulación de la huelga en los servicios públicos acorde con la Constitución y, para esto, es exhortado, en este sentido, el Legislador.

El exhorto fue reiterado en la Sentencia C-075 de 1997 en la que se demanda al inciso primero y al literal e) del artículo 1° del Decreto Extraordinario No. 753 de 1956, que subrogó el artículo 430 del Código Sustantivo del Trabajo, según el cual no es posible la huelga en las actividades de las plantas de leche, plazas de mercado, mataderos y en todos los organismos de distribución de estos establecimientos, sean ellos oficiales o privados. Esta norma es declarada inexequible por el fallo, debido a que el Legislador no ha establecido como servicios públicos esenciales las anteriores actividades, dando cumplimiento al mandato que le confiere el artículo 56 de la Constitución Política.

Posteriormente, vuelve la Corte a ocuparse del tema, y en la sentencia C-691 de 2008 declaró inexequible el literal g) del artículo 430 del Código Sustantivo del Trabajo, relativo a la prohibición de huelga en las actividades de explotación, elaboración y distribución de sal. La sentencia reiteró la necesidad de adelantar un análisis de las actividades en que se prohíbe la huelga, a fin de determinar si el servicio público es esencial y, nuevamente, exhortó al Congreso para que defina los servicios públicos esenciales y desarrolle el artículo 56 de la Constitución Política y determine así en qué actividades no rige el derecho de huelga. En esta sentencia aparece un nuevo componente significativo que es la ampliación del alcance del derecho a la huelga, dado que se permite que mientras se expida la ley por parte del Congreso, el artículo 56 se aplica de manera directa e inmediata. Más tarde, en sede de revisión de fallos de tutela, específicamente en las Sentencias T-171 de 2011 y T-087 de 2012, la Corte también hizo llamados de atención sobre la necesidad de que el Congreso desarrolle el artículo 56 de la Constitución Política y profiera la ley que corresponda, en orden a actualizar la legislación laboral.

En fallo contenido en la Sentencia C-796 de 2014, la Corte nuevamente se pronuncia sobre el tema y, habiendo declarado exequible el literal h) del artículo 430 del Código Sustantivo del

Trabajo, que prohíbe la huelga en las actividades de explotación, refinación, transporte y distribución de petróleo y sus derivados, cuando estén destinados al abastecimiento normal de combustibles del país, considera que, dada la reserva de ley en esta materia, es al Legislador al quien le corresponde definir los casos en los que las actividades del sector petrolero constituyen servicios públicos esenciales y, en consecuencia, determina que no hay lugar a la huelga. En este caso, el Alto Tribunal fija un plazo perentorio de 2 años al Legislador para que delimite el ámbito de la prohibición a la huelga en el sector de hidrocarburos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 56 de la Constitución Política. En la sentencia, el presidente del Tribunal destacó que ha sido reiterativo el llamado de ese organismo al Congreso para que establezca claramente cuáles son las actividades en las que es razonable restringir esa garantía laboral.

La justificación en todas las anteriores providencias en las que la Corte hace un llamado al Congreso para que delimite el concepto de servicios públicos esenciales es que, con el exhorto, la Corporación no desborda la competencia propia ni invade la órbita de actuación del Congreso. De ahí la afirmación del que "profundo respeto por la estructura del Estado y por la libertad de configuración política del Legislativo es lo que explica que la Corte se haya abstenido de delimitar materialmente el concepto de servicios públicos esenciales".

Dada la libertad de configuración normativa, se observa cómo los exhortos constitucionales no vinculantes no conllevan la obligación que determine al Legislador a expedir una ley de una determinada manera ni a hacerlo en un plazo determinado. Solo se constituyen como consejos para que produzca normas conforme a la Constitución, sin que exista un mecanismo jurídico que haga valer el exhorto que hace la Corte en las sentencias. Es por esto que la eficacia de estos *llamados*, depende realmente del compromiso del Legislador con el tema tratado por la norma y de los intereses gremiales relevantes para este tipo de debates (Sarmiento, 2010, p. 98). En su-

ma, se tiene que si los exhortos no son vinculantes, se mantiene el silencio del legislador, lo que resta eficacia jurídica a los mandatos constitucionales y a derechos que, como el de la huelga, hoy, no cuentan con la expedición de la regulación por parte del Congreso, lo que da espacio para la conformación de los inconvenientes que este tipo de decisión y situación se desprenden.

La anterior es la línea que ha desarrollado la Corte Constitucional respecto a los exhortos al Congreso para el desarrollo de normas constitucionales; sin embargo, no siempre ha sido esta la posición, ya que en algunos fallos se ha apartado de ella, exhortando al Congreso, pero con carácter obligatorio y con ciertos visos políticos, a través de fallos en los cuales ha declarado la inconstitucionalidad de la norma demandada, difiriendo los efectos de esta para que el Legislador, en un plazo que la misma Corte señala, que expida la norma de acuerdo a los lineamientos que se le fijen y, otros casos, en los que la misma Corte, frente a la omisión legislativa, ha negado la competencia para solicitar al Legislador expida una norma determinada. A continuación veamos algunos casos.

- *Sentencia C-700 de 1999*: la Corte declaró inexequible la base jurídica que sustenta el denominado Sistema UPAC, que era un sistema concebido para captar ahorros al público y otorgar préstamos hipotecarios a largo plazo y destinados a la adquisición de vivienda. Se demandan las normas que desarrollan el sistema y que regulan las actividades financieras, de crédito y de captación, aprovechamiento e inversión de recursos que integran el ahorro privado y al sistema de financiación de vivienda a largo plazo, expedidas mediante decreto dictado por el Ejecutivo con base en facultades extraordinarias. En la sentencia, la Corte retira las normas demandadas del ordenamiento jurídico por inconstitucionales, por cuanto las reglas generales sobre financiación de vivienda a largo plazo deben estar contenidas en Ley dictada por el Congreso y no en un decreto expedi-

do con base en facultades extraordinarias. En consecuencia, exhorta al Congreso para que establezca las directrices para instaurar el sistema que sustituya el denominado UPAC, fijándole los criterios que debía tener en cuenta para regular la créditos hipotecarios a largo plazo para financiar la adquisición de vivienda, concediendo, para actuar, el término que quedaba de la legislatura, estos es, hasta el 20 de julio de 2000, fecha hasta la cual se proyectarían los efectos ultractivos de las normas retiradas del ordenamiento jurídico y entrarían a regir las nuevas normas que expidiera el Congreso para, con esto, evitar traumatismos en la economía.

En esta sentencia, la Corte se aparta de la línea que venía desarrollando en cuanto al respeto a la configuración normativa del Legislador, el principio democrático y la cosa juzgada constitucional, como lo describen los magistrados Eduardo Cifuentes y Vladimiro Naranjo en el salvamento de voto. La Corte desconoció la cosa juzgada constitucional y extinguió el sistema de financiación sin motivos de fondo, litigio social que debió resolverse en un proceso democrático abierto. Sobre la posición de la Corte los magistrados que salvan el voto, señalan:

> La Corte no ha reparado en que ella carece de responsabilidad política y epistémica en esta materia. Insistir en asumir la definición judicial de causas más o menos populares, por fuera de los parámetros constitucionales, condena al país al empobrecimiento de la política y de la participación ciudadana. El juez constitucional no puede anestesiar con sus decisiones la vigencia real del principio democrático. Por el contrario, su misión es la de defender y estimular la existencia de un proceso democrático abierto. La artificiosa constitucionalización de todos los

> problemas sociales, le entrega a la Corte Constitucional un poder que puede ser totalitario y que obstaculiza la profundización de una verdadera cultura constitucional.

La posición de la Corte Constitucional en esta sentencia fue muy criticada, por ser inconsistente y contrario a sus funciones, que decidiera mantener en el ordenamiento una disposición que era inconstitucional. Frente a esta crítica, Uprimny cconsidera que si la Corte hubiera declarado la inconstitucionalidad de la norma demandada, se le hubiera criticado por ello; igual reparo se le habría hecho si decide mantener temporalmente la norma que constato como inconstitucional, por no cumplir sus funciones de guardiana de la supremacía de la Constitución, sin embargo en defensa de la Corte, señala: "en un régimen que reconoce los derechos de la persona, una cierta insensibilidad de los jueces por las consecuencias –financieras o políticas– de sus decisiones es también recomendable, pues implica que existe una autoridad estatal –el juez– que estará dispuesta a proteger ciertos valores, sin importar que su decisión sea impopular o cueste mucho al erario público". (2003, p. 333).

- *Sentencia C-146 de 1998*: Es otro fallo en el que la Corte se aparta de la línea jurisprudencial de exhortar al Congreso para que expida normas que permitan el ejercicio de los derechos constitucionales, ante el vacío normativo. En este caso, se demanda el marco jurídico normativo que regula la actualización o nivelación de la pensión de jubilación, toda vez que no contempló la actualización del ingreso base de liquidación de las pensiones de jubilación, vejez y pensión sanción de los trabajadores que, habiendo cumplido el tiempo de servicios para acceder a la pensión, quedaron cesantes hasta tanto cum-

plieran los requisitos de la edad y, habiendo cumplido los requisitos, accedieron a la pensión en la que se liquidó el valor con base en un salario devaluado, esto es, el que devengaban al momento del retiro de la vida laboral. Para el demandante, el tratamiento dado en la norma es discriminatorio y violatorio de los derechos de los pensionados, especialmente protegidos por el ordenamiento constitucional (para el caso, personas de la tercera edad), toda vez que a los trabajadores que cumplieron los requisitos de semanas de cotización y edad, posteriormente a la ley 100 de 1993, se les garantiza la actualización de sus pensiones con los ajustes anuales del salario con base en la variación del índice de precios al consumidor.

En este caso, considera la Corte que, al presentarse una omisión legislativa absoluta, el vacío normativo no puede ser enjuiciado por carecer de objeto para hacer la comparación entre la norma demanda y la disposición constitucional que se considera violada; razón que justifica la falta de competencia de la misma Corte "para exigir del Congreso la expedición de normas legales en determinado sentido y para ordenar la aplicación por extensión de normas jurídicas". Es al Legislador, para la Corte, al que le corresponde ejercer la potestad configurativa "cuando a bien lo tenga y en la oportunidad que estime conveniente". Para el Tribunal Constitucional, a través del control de constitucionalidad no es posible normatizar de manera general sobre la extensión de la ley a situaciones de hecho no contempladas en los textos legales por vía del control de constitucionalidad, pues "esta función no ha sido asignada por el constituyente a este Tribunal, y menos aún para ordenar esta aplicación extensiva con efectos retroactivos, como pretende el demandante". Con esta posición y ante el silencio del Legislador, se mantiene el vacío normativo.

De todos los tipos de sentencias intermedias utilizadas por la Corte Constitucional, los exhortos son las que menos han tenido resultado en cuanto a la eficacia y los efectos frente al Congreso, dado que se ha considerado que con este tipo de sentencias se está alterando la independencia de los poderes públicos y la libertad del Congreso para legislar un mandato constitucional. Por esto, el papel de la Corte Constitucional debe limitarse a informar de la existencia de una omisión constitucional al Poder Legislativo para que reglamente la norma, pero no podría exigirle que dicte la norma legal, menos fijarle un plazo para que lo haga. El espacio dejado por el Legislador no puede llenarse por el órgano de control constitucional, que no tiene funciones legislativas, así recurra a recursos para subsanar las omisiones legislativas relativas a sentencias modulativas. Los principios constitucionales como el de la división de poderes, el de legitimidad democrática del Legislador y el del pluralismo se constituyen en barreras que impiden que el juez constitucional se convierta en Legislador, incluso cuando, a través de sus sentencias modulativas, trata de subsanar las omisiones relativas del legislador.

4.7 A modo de conclusión

En este capítulo se analizaron sentencias que conllevan recomendaciones al legislador, las que declaran la inconstitucionalidad temporal o inexequibilidad diferida y los exhortos al legislador como soluciones que requieren de la colaboración entre el órgano de control constitucional y el Legislativo para subsanar la omisión legislativa. Se identificaron casos en los que la Corte Constitucional colombiana ha utilizado este tipo de sentencias cuando se presenta el silencio del legislador.

El análisis anterior, nos permitió evidenciar cómo la modulación de los efectos de las sentencias, son consecuencia de la función de la Corte Constitucional como guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución, y que, si bien permiten corregir las omisiones relativas o parciales del Legislador, no corrigen las omisiones absolutas o los silencios totales del Legislador frente a mandatos constitucionales. Por ello es necesario evidenciar qué otros mecanismos han sido utilizados con acierto por los sistemas jurídicos para sanear la omisión legislativa, y si es procedente su regulación positiva para ser aplicadas por la Corte Constitucional colombiana como remedio definitivo a la decidía del Legislador.

En el siguiente Titulo nos referiremos a la acción de inconstitucionalidad por omisión, como instituto jurídico que permite desde la justicia constitucional, remediar las omisiones legislativas inconstitucionales, en defensa de la soberanía y fuerza normativa de la Constitución. El desarrollo del tema se hará en dos capítulos. En el primero, haremos un análisis de la omisión inconstitucional como objeto de control de los silencios del Legislador, y el examen de los ordenamientos jurídicos que han regulado la acción directa de inconstitucionalidad por omisión legislativa, a nivel constitucional y legal, sus características, aciertos y objeciones. Tomando como fundamento los escenarios anteriores, en el segundo capítulo, estudiaremos la viabilidad práctica de regular en nuestro ordenamiento constitucional la acción de inconstitucionalidad por omisión, para la corrección de las omisiones relativas y absolutas provenientes del Legislador.

TITULO III

LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN: POSIBILIDADES DE INCORPORACIÓN PRÁCTICA

Ante la evidencia del incumplimiento del Poder Legislativo del deber que le compete para cumplir los mandatos que le impone el constituyente, el Tribunal Constitucional, como órgano encargado de velar por la constitucionalidad de los actos de los poderes públicos, le corresponde, en principio, a través de la jurisprudencia, configurar el olvido del Legislador y ofrecer así puntos de referencia para los operadores judiciales encargados de velar por los intereses y derechos de los ciudadanos. Para ello, el mismo ordenamiento jurídico debe contener mecanismos que garanticen subsanar los silencios del Legislador, causantes de agresión a los derechos constitucionalmente protegidos.

Del análisis de las prácticas jurisprudenciales sobre el control de la omisión constitucional, podemos señalar como opciones utilizadas por los órganos de justicia constitucional las siguientes: i) crear la norma en la que se presenta el vacío, constituyéndose así en Legislador positivo; ii) crear la norma, pero de manera provisional, hasta que el órgano legislativo expida la norma de carácter definitivo que cumpla con el desarrollo constitucional; iii) utilizar determinadas técnicas de decisión a través de las cuales el órgano de control constitucional no se limita a suprimir el precepto legal demandado, sino que introduce una nueva norma al ordenamiento jurídico.

Las implicaciones que conlleva la omisión de regular un mandato constitucional, que lo hace ineficaz, dan lugar a que en la práctica deba hacerse una adecuada ponderación de la realidad y del contexto en el que se produce. Siempre debe existir un mecanismo que permita cumplir con los mandatos consagrados en el ordenamiento constitucional y dispuesto por el Constituyente, ante la ausencia de norma y la consecuente afectación de un derecho fundamental y del principio de igualdad dentro del Estado de Derecho Democrático. Como hemos visto, uno de los mecanismos utilizados por los Tribunales de control constitucional para subsanar los silencios del legislador son las sentencias moduladas, pero estas no han sido suficientes para subsanar la omi-

sión legislativa absoluta, lo que hace necesario analizar si la acción de inconstitucionalidad por omisión, utilizada con acierto en varios sistemas jurídicos, daría cabida real a corrección de inactividad del órgano legislativo.

Por tanto, en el presente título, se analizará la consagración en los ordenamientos jurídicos de la acción de inconstitucionalidad por omisión como vía directa de corrección de las omisiones inconstitucionales. Partiremos del estudio, en el primer capítulo, de la omisión inconstitucional como objeto de control jurídico de los silencios del Legislador; análisis que conlleva identificar las concepciones de la doctrina extranjera de la inconstitucionalidad por omisión, el objeto sobre el cual se proyecta el control del silencio del Legislador contrario a la Constitución y el alcance de dicho control, para posteriormente analizar la procedencia de la acción de inconstitucionalidad por omisión como alternativa que permite subsanar las omisiones inconstitucionales. En el segundo capítulo, intentaremos elaborar el estudio de la acción de inconstitucionalidad por omisión en el derecho comparado, instrumento jurídico utilizado para superar las omisiones inconstitucionales, que nos servirán de modelo a seguir e ilustrarnos en los razonamientos legales, jurisprudenciales y doctrinales que sustenten la figura.

CAPÍTULO 5. LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN Y SU INCORPORACIÓN COMO GARANTÍA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO SUPERIOR

Es necesario resaltar que no es útil configurar la omisión legislativa respecto a los concretos encargos al Legislador, si no se cuenta con un efectivo control que les permita darles eficacia. Hemos visto cómo la omisión inconstitucional no encuentra solución en los mecanismos que plantea el derecho Constitucional ya analizados.

En los ordenamientos jurídicos el trato que recibe la inactividad del Legislador ha sido diferente al dado por su conducta activa, y es por ello que los mecanismos tradicionales del Derecho Constitucional no permiten darle solución clara a la inconstitucionalidad por omisión. Los Tribunales Constitucionales se enfrentan al problema de la omisión legislativa a través de sentencias que no encuadran en los parámetros tradicionales de sus decisiones y que si bien han permitido el acercamiento a la problemática que genera la omisión inconstitucional, no se constituyen en la solución definitiva a la problemática estudiada.

Por ello se hace necesario abordar el estudio de la omisión inconstitucional como objeto de control jurídico de los silencios del Legislador y la articulación de la acción de inconstitucionalidad por omisión como corrección de dichos silencios. Analizaremos los casos en los que se ha introducido la acción de inconstitucionalidad por omisión, en forma expresa en el ordenamiento constitucional o legal y que nos permitirá ilustrarnos sobre los aspectos que sustentan la institución para considerarlo como modelo a seguir en la corrección de las omisiones legislativas.

Orientaremos nuestra atención al estudio de las características del instituto en los países europeos y de América latina en los que se ha introducido en los ordenamientos jurídicos, directamente en la Norma Fundamental como se dio en la ex República de Yugoslavia, Portugal y

Hungría, o en las constituciones subnacionales como es el caso de Brasil, Ecuador y Venezuela. Igualmente haremos un estudio de las previsiones contenidas en las constituciones subnacionales en países con estructura federativa, caso especial la Provincia de Rio Negro en Argentina; Veracruz, Tlaxcala y Chiapas en México. Analizaremos la instrumentación de la figura por vía legal en Costa Rica y República Dominicana. Lo anterior nos permitirá identificar la forma adecuada de consagrar el instrumento que permite subsanar los silencios inconstitucionales del legislador y llevarla a la práctica en Colombia en el que no existe regulación de la institución.

5.1 La determinación de la omisión inconstitucional como objeto del control jurídico de los silencios del Legislador

Para efectos de plantear soluciones jurisprudenciales efectivas para el control de las omisiones legislativas, es necesario partir del concepto de la omisión inconstitucional dado por la doctrina y con ello determinar si ella es objeto de control jurídico ante el presupuesto del silencio del legislador. En concepto de José Joaquim Gomes Canothilo, las omisiones inconstitucionales derivan del no cumplimiento de normas que, de forma permanente y concreta, vinculan al Legislador a tomar medidas legislativas que hagan efectiva la Constitución (2001, p. 1022). Al Legislador le asiste de forma permanente la obligación de desarrollar normas constitucionales, comenta el autor, de ahí que haga énfasis en que las omisiones se presentan cuando el Legislador no adopta las medidas legislativas necesarias para dar ejecución a los preceptos constitucionales que, de forma permanente y concreta, le imponen tal acción.

Igual posición toma Miranda, quien entiende por omisión la ausencia de las medidas legislativas necesarias que provienen en unos casos de la inercia total o de su deficiente actividad, y

que son violatorias de la Constitución (1977, p. 345). Es esta una visión del concepto de inconstitucionalidad por omisión referida a la inacción de la función legislativa en el dictado de la norma que la Constitución impone. Es decir, como lo señala Castro Patiño, vinculan el instituto exclusivamente con la inercia legislativa, con la actitud omisiva del Legislador que incumple con desarrollar la cláusula constitucional que, en forma concreta, la misma Constitución le ha encargado hacerlo (2003, p. 62),

A partir de la definición de la omisión legislativa inconstitucional, que Gomes Canotilho considera como "el incumplimiento de mandatos constitucionales permanentes y concretos" (2003, p. 1089), Tajadura Tejada, ha expuesto los escenarios en que ella produce, a saber, cuando: i) la omisión legislativa se deriva de mandatos constitucionales concretos que vinculan al Legislador a la adopción de medidas legislativas de concreción constitucional; ii) la Constitución consagra normas sin suficiente densidad para que sean exigibles por sí mismas, siendo tarea del Legislador darles operatividad práctica; iii) el Legislador incumple la orden de legislar, frente a mandatos que exigen una única y concreta intervención del Legislador para su desarrollo (2015, p. 274). No se puede entonces, reducir la omisión legislativa inconstitucional a una simple omisión de legislar, sino a la de evidenciar la existencia de mandatos constitucionales concretos que impongan la obligación de desarrollo por parte del Legislador.

Es relevante mencionar que para efectos de plantear soluciones jurisprudenciales para el control de las omisiones legislativas y poder restablecer la supremacía de la Constitución menoscabada con la pasividad del Legislador, debe distinguirse entre el mero silencio del Legislador y la omisión inconstitucional. Es importante destacar el planteamiento del autor español Ignacio Villaverde, quien ha señalado la distinción, y expone la siguiente tesis:

> El silencio del legislador se transforma en 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. Y esa transformación solo tiene lugar cuando la norma constitucional, decide que cierta realidad se configure jurídicamente de cierta forma y el legislador con su silencio crea situaciones contrarias a lo querido por el soberano. Si se dan todas las anteriores circunstancias, el silencio del legislador se convierte en una omisión inconstitucional que puede desembocar en una declaración de inconstitucionalidad por omisión (2016, p. 5).

No todo silencio del Legislador se constituye en un silencio contrario a la Constitución, es decir, una omisión inconstitucional. Para Villaverde "solo aquellos silencios, bien de la ley (silencios relativos, esto es, cuando una norma legal contiene omisiones), bien del Legislador (silencios absolutos, que son aquellos en los que hay ausencia total de ley) que provoquen situaciones contrarias a la Constitución pueden y deben ser declarados omisiones inconstitucionales". Lo relevante, sostiene, no es la omisión vista como un incumplimiento de la obligación de legislar, sino las consecuencias que dicha omisión conlleva, y es por ello que afirma "el silencio legislativo se torna en omisión inconstitucional precisamente cuando su conducencia jurídica es la inexistencia de una norma implícita que regula una materia, y semejante norma es contraria a la Constitución" (1996. p. 31).

Para la determinación de la existencia de una omisión inconstitucional, Fernández Segado apunta que los extremos a ponderar son, la trascendencia de la mediación legislativa conectada con el elemento tiempo, parámetros decisivos para a precisar la razonabilidad del tiempo por el que se prolonga la inacción legislativa; ello permite evidenciar que no se trate solo de un incum-

plimiento a las exigencias constitucionales que siendo cuestionable, no es suficiente para calificarla como omisión legislativa inconstitucional (1994, p. 4).

La concepción que se tiene de la omisión legislativa inconstitucional varía de acuerdo a cada sistema de justicia constitucional y a las técnicas de fiscalización utilizadas. La omisión inconstitucional se presenta cuando el Legislador incumple la obligación que le impone el texto constitucional, de dictar una norma y con ello dar desarrollo al mandato constitucional, o cuando por no haber cumplido en un plazo razonable la obligación de legislar, no hace posible la plena eficacia de una norma constitucional, evidencia que la ausencia de la norma contradice los mandatos constitucionales. Para Fernández Segado "la omisión puede no propiciar la vigencia de una norma implícita o preconstitucional, sino el vacío jurídico, un vacío en contradicción con un mandato constitucional" (2009, p. 34).

En el seno de un Estado Social de Derecho, el órgano político y democrático por excelencia es el Legislador, órgano que, si bien goza de una posición privilegiada en la estructura del Estado, sus actuaciones deben ajustarse a la Carta Constitucional, norma que lo crea y legitima, y por ende estar sujetas a control. Es precisamente ese sometimiento a la norma constitucional el fundamento del control jurídico de sus actuaciones por parte de la justicia constitucional. El objeto del control de la jurisdicción constitucional es el silencio legislativo contrario a la Constitución, la inexistencia de una norma legal; lo que se impugna en el proceso constitucional es la inexistencia de la ley; esto es la decisión del Legislador de no legislar. Quien insta este control señala Villaverde Menéndez, reclama su derecho a que se promulgue la norma legal omitida so pena de desconocer el ordenamiento constitucional (2016, p. 71). Este es el sustento de lo que se ha llamado *tesis obligacionista* según la cual solo cabe el control del silencio del Legislador cuando este incumpla un mandato expreso y concluyente establecido en una norma constitucional; y de

aquellos que defienden que tras el control de las omisiones legislativas no se esconde sino un derecho a la norma no promulgada. Para quienes abogan por las tesis obligacionales, el control constitucional se proyecta sobre el incumplimiento del legislador de una obligación de legislar que le impone la Constitución (Fernández Segado, 2009, p. 31).

Villaverde Menéndez propone un alcance más amplio del control de la omisión inconstitucional. La supremacía de la norma constitucional, supone la existencia de un control jurídico sobre la actividad del Legislador, que por su condición de jurídico y en virtud del principio democrático, solo pueden tener objeto los actos normativos del poder político; actos que pueden ser normas explicitas contenidas en textos como la ley o implícitas derivadas del silencio. Debe tenerse en cuenta, señala el autor que: "tras esa norma implícita no hay o no tiene porqué existir una voluntad legislativa de no legislar. Lo controlable son las normas implícitas derivadas de su aquiescencia y que se manifiestan en los efectos jurídicos de su silencio y no la voluntad legislativa de no legislar" (2016, p. 72). Es por ello que la función de la jurisdicción constitucional de asegurar la supremacía de la Constitución tiene por objeto, no el control de la función del Legislador, sino el control de las normas que el Legislador crea mediante actos legislativos o mediante su inactividad. Basta demostrar que la inactividad del Legislador crea normas implícitas contrarias a la Constitución y que es la supremacía del ordenamiento constitucional la que impone la expulsión de esas normas de los ordenamientos jurídicos. El autor se aparta así de la tesis general que determina la omisión inconstitucional cuando la Constitución impone la obligación al Legislador de dictar normas de desarrollo constitucional y el Legislador no lo hace. A su juicio lo relevante en el control de las omisiones inconstitucionales no es determinar si el Legislador cumplió o no una obligación constitucional con su silencio "cuanto si la norma implícita que cupiera derivar de ese su silencio crea o mantiene situaciones jurídicas contrarias a la constitu-

ción" (2016). Por ello no considera necesario comprobar la existencia de un incumplimiento de una obligación contenida en un mandato constitucional para que se predique la omisión inconstitucional.

En su actuación el Legislador puede o bien desarrollar una norma, o permanecer pasivo, esto es, no legislar; sin embargo, cuando su silencio trae consecuencias contrarias a la Constitución ese silencio se convierte en inconstitucional. Si bien en los sistemas jurídicos el Legislador sigue siendo irresponsable por su inactividad y por su incumplimiento en el deber de legislar, ello reflejo de la soberanía parlamentaria, consideramos que sí está sujeto a control, toda vez que el control es un elemento inseparable del concepto de Constitución, control que le corresponde realizar al órgano de control constitucional, quien no actúa en situación de supremacía sobre el Legislador, no lo limita, simplemente controla su actividad o inactividad con el fin de asegurar que los límites del poder se cumplan. Es válido afirmar que el control sobre las omisiones inconstitucionales supone recomponer el imperio de la ley fundamental, cuya supremacía habría quedado marginada por la agresión hecha por el Legislador. Este control en los Estados modernos es de estirpe democrática y una garantía que hace efectivo el principio de supremacía e integridad de la Constitución.

La ausencia de instrumentos de control de la inacción del Legislador no ha sido impedimento para su fiscalización en sede constitucional. Su control se ha realizado a través del mecanismo procesal de control de la omisión en los sistemas en los que se tiene establecido y ante su ausencia, su control se ha posibilitado a través de técnicas decisorias.

Para mejor comprensión de esta problemática, se hará el análisis de cómo la implementación de la acción de inconstitucionalidad por omisión en los sistemas jurídicos ha sido el mecanismo

adecuado para hacer control a las omisiones legislativas inconstitucionales, lo que trae consigo evitar que se genere responsabilidad del Estado por la omisión imputable al órgano legislativo.

5.2. La articulación de la acción de inconstitucionalidad por omisión en los ordenamientos jurídicos: mecanismo que permite subsanar las omisiones legislativas inconstitucionales

En el Derecho Comparado han sido diversas las soluciones utilizadas para subsanar las omisiones inconstitucionales, como señala José Julio Fernández. Se han empleado vías procesales, como la acción abstracta de constitucionalidad en cabeza de la justicia constitucional; la acción concreta de constitucionalidad que el juez ordinario eleva al tribunal constitucional; la acción de protección de los derechos fundamentales cuando se presentan omisiones inconstitucionales, o el uso de sentencias atípicas constitucionales (2011, p. 2). Así mismo, han previsto otras soluciones, como la comunicación que se envía al órgano legislativo una vez detectada la omisión constitucional para que actúe, vía prevista en la Constitución de Portugal y como vía de fiscalización abstracta en la Constitución de Brasil. En otros casos se le otorga un plazo al legislador para que desarrolle el mandato omitido, como así lo provee la Constitución de Ecuador, o se le da un plazo y además se le señalan los lineamentos de su corrección o las normas a regular como ocurre con la Constitución de Venezuela. Se ha previsto la aplicación de acciones constitucionales protectoras de derechos, en las que el juez constitucional dispone las condiciones para su satisfacción, aplicable ante una omisión legislativa. Otros mecanismos utilizados facultan al órgano de justicia constitucional a dictar provisionalmente la norma cuando transcurra el plazo fijado y el órgano legislativo no la dicta, como se provee en las Constituciones de Ecuador y los estados de Chiapas y Veracruz.

Se ha venido planteando por la doctrina que la forma más clara de control de las omisiones legislativas inconstitucionales es la presencia de una acción directa, de competencia del órgano de justicia constitucional, que tenga por objeto este tipo de omisión. Es requisito para su procedencia que se haga constar que se trata de la vulneración de una concreta obligación de desarrollo de una norma constitucional (Fernández Rodríguez, 1998, p. 221). Este proceder se considera como el mecanismo idóneo para entrar a subsanar en forma definitiva el silencio del Legislador, causante de las agresiones a los derechos constitucionalmente protegidos y de la responsabilidad patrimonial del Estado.

La admisión de la acción de inconstitucionalidad por omisión para hacer control a las omisiones inconstitucionales ha tenido defensores y detractores. El argumento reiterado para rechazar la introducción en un ordenamiento del instituto procesal, parte de afirmar que al implantarlo se rompe el equilibrio necesario entre los poderes legislativo y judicial. Este argumento para Fernández Rodríguez, se basa sobre dos supuestos previos: uno, que el órgano competente para decidir sobre una omisión que vulnera la Carta Constitucional, sea el órgano de justicia constitucional si se acepta la omisión, y dos, que el Tribunal resolviera estos casos expidiendo una norma de carácter provisional que se aplicaría hasta tanto el Legislador dicte la norma que cumpliese la obligación de desarrollo constitucional, lo cual daría que el poder judicial se extralimitara en sus atribuciones y asumiera las que son propias del Legislador (1998, p. 172). En ésta posición, el órgano que rebasa sus funciones pisando las del Legislador sería el Tribunal Constitucional en el sistema de control concentrado y el Poder Judicial en el sistema de control difuso, suponiendo ello, un ataque al principio de seguridad jurídica.

Para los detractores de este medio de control, el hecho de la intromisión del órgano constitucional frente al silencio del Legislador, lo convertiría en un Legislador positivo, confluyendo en

este órgano tanto la función de expulsar del ordenamiento constitucional cualquier norma que sea contraria a ella, como creando una norma ante el silencio del legislador, actuación no deseable dentro del reparto de funciones entre los poderes públicos en el Estado Constitucional. Este argumento de rechazo no es válido, considera Tajadura, toda vez que hace tiempo los tribunales constitucionales dejaron de ser legisladores negativos al utilizar soluciones jurisprudenciales, como las sentencias moduladas para controlar las omisiones del legislador, convirtiéndose así en legisladores positivos (2011, p. 284).

Sobre este aspecto considera Rossetti que, la inconstitucionalidad por omisión es una de las cuestiones más delicadas en el ámbito del derecho, dado que involucra la problemática del rol del Poder Judicial frente a los otros poderes y se relaciona con la afirmación de que ese poder carece de legitimidad (2010, p. 345). La posibilidad de declarar la inconstitucionalidad por omisión, le deja un amplio margen de actuación al Poder Judicial en relación con aspectos políticos, que en principio deberían quedar en manos del Legislativo y el Ejecutivo. Una posición contraria, sería la de admitir que el Poder Judicial debe siempre cumplir y hacer cumplir la Constitución, siendo por lo tanto procedente que el poder Judicial resuelva conflictos y proteja los derechos que se encuentran regulados en el ordenamiento constitucional.

Otros argumentos que suelen esgrimirse como rechazo del instituto los señala Bazán, y son la inexistencia de una consagración expresa en el ordenamiento constitucional del mecanismo que permita el control de la vulneración de la Carta por omisión del Legislador y el desconocimiento a la libertad de configuración legislativa (2014, pág. 261). Estos dos argumentos los debate Tajadura, al considerar que, aún sin base positiva, los órganos de control constitucional han venido practicando la institución, a través de soluciones jurisprudenciales intermedias, como lo son las sentencias moduladas. En lo que respecta a la libertad de configuración legislativa, para el autor,

la relación que se establece entre el Legislador y la Constitución no es equiparable a la existente entre la ley y el titular del poder reglamentario; la legislación no es solo ejecución de la Constitución, señala, y en esto consiste la alusión al margen de maniobra que tiene el titular del Poder Legislativo para articular los mandatos constitucionales (2011, p. 284). Por el contrario, para Fernández Rodríguez se trata de "hacer compatible el lícito margen de maniobra del legislador ordinario y los principios de supremacía constitucional, hoy incuestionable, y de distinción poder constituyente-poderes constituidos" (1998, p. 172). La función del Legislador no es el de simple ejecutor de la Constitución, escribe Fernández Rodríguez; su función es "creativa dotada de ciertos márgenes. Pero lo que no puede hacer el legislador es evadirse sin más de esta responsabilidad de llevar a cabo el proyecto de construcción socio-político que la ley Fundamental atesora en su seno" (1998, p. 144).

La inexistencia de una norma que institucionalice la facultad jurisdiccional de controlar la omisión legislativa inconstitucional, no es argumento jurídicamente sustentable para rechazar el control de las omisiones inconstitucionales. Los jueces constitucionales se encuentran habilitados para llevar adelante el control de constitucionalidad de los distintos instrumentos normativos, y su fundamento se encuentra en la obligación de salvaguardar la supremacía constitucional, estándolo también para concretar dicho control cuando se presente agresión contra la Ley Suprema y su fuerza normativa provenga de una omisión inconstitucional (Bazán, 2014, pág. 261).

Quienes se oponen a la regulación jurídica de la institución, lo hacen bajo el argumento de que la inconstitucionalidad por omisión es relativa, sobre todo en lo que hace relación al tiempo que tiene el poder legislativo para cumplir con el mandato imperativo de la Constitución, cuando

esta no ha fijado un plazo determinado, y otros porque ven peligro en la intromisión de la política en el tratamiento de los temas constitucionales (Castro, 2003, p. 84).

Todos los argumentos de rechazo van dirigidos a cuestionar la legitimidad del órgano constitucional para controlar las omisiones legislativas. Legitimidad que para Tajadura Tejada hay que darla por supuesta, ya que de lo contrario "no solo la inconstitucionalidad por omisión deja de tener sentido, sino que el control de constitucionalidad en sí mismo considerado pierde su justificación" (2011, p. 285). Para el autor, el reconocer que la Constitución es obra del poder constituyente y que los demás poderes son constituidos, es necesario admitir la presencia de un órgano defensor de la Constitución frente a los quebrantos que de ella hagan los poderes constituidos (2011, p. 285). Esto lleva a afirmar la conveniencia que sea el órgano de control constitucional, como órgano que monopoliza la justicia constitucional, el defensor de la Constitución frente a quebrantos provenientes de los otros poderes públicos, sea cual fuera al que se le atribuya el conocimiento de la infracción a la Carta Fundamental. La principal razón por la que en las constituciones contemporáneas no se haya legislado sobre el instituto de la inconstitucionalidad por omisión, radica en el escepticismo sobre su eficacia con relación a los silencios del legislador u omisiones inconstitucionales absolutas.

Es función por excelencia del órgano de justicia constitucional controlar si la actuación de los poderes públicos –en especial al Legislador– se encuentra ajustada al ordenamiento constitucional. En razón a ello considera Aguiar de Luque que "tan inconstitucional es una actuación positiva del Legislador vulneradora del orden constitucional, como la no actuación cuando constitucionalmente está prevista, o dicho en otros términos, tan alterada queda la plenitud del texto constitucional y tan negada la voluntad del constituyente con un actuar contrario a la Constitución como con un no actuar" (1987, p. 24). El órgano de control constitucional expulsaría, de

este modo, las normas que contradicen los preceptos constitucionales del ordenamiento jurídico, al comprobar si se ha producido o no el desarrollo exigido por el texto constitucional, y exigiría la eficacia plena del texto constitucional.

Al realizar el control de la omisión legislativa, el Tribunal Constitucional, para Fernández Rodríguez "procede a interpretar no solo la norma fundamental sino también las de carácter ordinario a fin de verificar si el órgano legislativo hizo el desarrollo normativo que exige el ordenamiento constitucional o por el contrario, dicho desarrollo es insuficiente para lograr la eficacia plena que reclama el precepto constitucional" (1998, p. 201). En lo que respecta a la función jurídico-política que realiza el Tribunal Constitucional, los criterios de oportunidad necesarios para el ejercicio de su función, se detectan facialmente en el control de la omisión, dado que unido a la figura de la inconstitucionalidad por omisión se aprecia la oportunidad política, cuyo objeto es el de analizar si el encargo dado al legislador era exigible, y censar su falta de desarrollo (Fernández Rodríguez, 1998, p. 202).

La Constitución Política tiene una eficacia normativa y directa que vincula a todos los poderes constituidos, incluso al órgano constitucional, y los conmina a respetarla y observarla para evitar que sea incumplida. Por esto, es imperioso garantizar la efectividad de los principios consagrados en el ordenamiento constitucional y constatar, evitar y solventar el incumplimiento, por parte del órgano legislativo, de la función de desarrollarlos y hacerlos eficaces. Estas acciones conllevan consecuencias jurídicas.

El incumplimiento de la obligación de legislar nace de los encargos al legislador, que son normas que requieren en forma obligatoria el correspondiente desarrollo posterior por parte del legislador ordinario; son normas que requieren ser completadas. La presencia de un encargo del legislador para que se produzca una omisión inconstitucional es esencial, afirma Fernández Ro-

dríguez, porque “una omisión tendrá relevancia jurídica solo cuando exista un precepto jurídico que establezca una conducta y, precisamente dicha omisión lesione tal precepto” (1998, p. 88). La completitud de dichas normas puede provenir de diferentes mecanismos, siendo uno de ellos el de la institución de la acción de inconstitucionalidad por omisión. Como lo señala Fernández Rodríguez, este es el elemento de coactividad que permite salvaguardar el cumplimiento de las normas constitucionales incompletas y la obligación de legislar en ellas, lo que supondría la sanción ante la transgresión de la obligación que producen (1998, p. 159).

A través de este mecanismo, sostiene el autor, se cumpliría el destino de la Constitución como norma fundamental del Estado: ser cumplida y acatada (1998, p. 159). La presencia en el ordenamiento constitucional de preceptos de obligatorio o concreto desarrollo por el legislador, considera es el argumento jurídico más poderoso en favor de la existencia del instituto de la inconstitucionalidad por omisión. Igual defensa del instituto lo dan el carácter normativo, el principio de supremacía y la función transformadora de la Constitución (Fernández Rodríguez, 2011, p. 1).

La finalidad de la acción de inconstitucionalidad por omisión es que la voluntad del constituye se realice plenamente y ello conlleva a que en los Estados constitucionalistas se deba admitir la figura en aras de garantizar los derechos fundamentales. La institución procesal permitiría activar los derechos que el mismo ordenamiento constitucional consagra a favor de todas las personas y que se pueden ver vulnerados cuando el Legislador no cumple su obligación de desarrollo posterior.

No obstante, la importancia que tiene en el derecho constitucional el instituto de la inconstitucionalidad por omisión, han sido pocos los ordenamientos jurídicos que la han regulado: la ex República socialista Federativa de Yugoslavia, las Repúblicas de Portugal, Hungría, Brasil, Ar-

gentina y Venezuela. En otros países como España, Colombia, Alemania e Italia que no se tiene establecido a nivel constitucional el instituto, ha sido la jurisprudencia del órgano de control constitucional y la doctrina los que han introducido luces sobre la institución

Nos corresponde analizar las experiencias en el derecho comparado con la introducción en los ordenamientos de la acción de inconstitucionalidad por omisión, que aunque han sido escasos, si resulta conveniente estudiar como ilustración de los razonamientos legales y doctrinales que sustentan la figura, destacando sus principales características y falencias a fin de que nos sirva de apoyo para justificar que la introducción del instituto de la inconstitucionalidad por omisión en los ordenamientos constitucionales es el mecanismo jurídico que permite la corrección de las omisiones legislativas. En tal sentido se hará un recorrido por los Estados de Europa y Latinoamérica en los que se ha implementado expresamente la figura en las constituciones nacionales. Para ello enfocaremos el estudio en los casos de la antigua República Socialista Federativa de Yugoslavia, Portugal y Hungría en contexto europeo. Seguidamente se analizarán los supuestos en el ámbito latinoamericano, en especial los casos de Brasil, Ecuador y Venezuela. En tercer lugar revisaremos las previsiones constitucionales subnacionales en algunos países latinoamericanos, caso especial la Provincia de Rio Negro de Argentina y entidades Federativas de México y Brasil. En cuarto lugar, analizaremos la instrumentación de la figura por vía legal en Costa Rica y República Dominicana.

5.3 Consagración expresa de la acción de inconstitucionalidad por omisión en las constituciones nacionales europeas: la ex república socialista federativa de Yugoslavia, Hungría y Portugal

En las Constituciones que se expidieron luego de la Segunda Guerra Mundial en Europa y en Latinoamérica, se destacó el papel activo que los Tribunales constitucionales ejercieron como garantes del orden constitucional y como protectores de la amplia gama de derechos reconocidos en los textos constitucionales como límites al poder del Estado y el control positivo de la constitucionalidad de las leyes, lo que se comprende en el marco de la concentración de la regulación de la propiedad de los medios de producción, de modo tal que los mismos estuvieran orientados al bienestar público a través de varias modalidades, como la titularidad estatal, comunitaria, autogestionada o privada, según el sistema específico de qué se trate. Al respecto puntualiza Fernández Segado "la referida concepción era perfectamente coherente con la visión que de la justica constitucional se tenía en los países socialistas; de acuerdo con la misma se subrayaba la trascendencia del control "positivo" de constitucionalidad de las leyes" (2008, p. 195). Sobre la base de la teoría de la justicia social sobre las decisiones del Legislador, el Tribunal Constitucional tenía la facultad de excluir ciertas normas del ordenamiento jurídico por contrarias a la Constitución, o impedir la adopción de aquellas que en su redacción original aparenten atentar contra ella.

La presencia de mecanismos de defensa de la Carta Fundamental, representó una gran innovación desde el punto de vista jurídico y político. La Constitución adquiere el carácter de norma jurídica exigible ante las autoridades y particulares, otorgándole a los Tribunales Constitucionales instrumentos de defensa ante la agresión proveniente de los poderes del Estado. No fue posi-

ción difundida y unánime de los Estados del extinto bloque del Este, el otorgar a los Tribunales el control de la omisión inconstitucional. El único Estado que consolidó este tipo de control directamente en el texto constitucional fue la antigua Yugoslavia. Hungría lo estableció no a nivel constitucional, sino meramente legislativo.

El primer texto constitucional en el que se instauró positivamente la inconstitucionalidad por omisión de las leyes fue en la *Constitución de la extinta República Socialista Federadita de Yugoslavia de 1974*, ya derogada, que facultaba al Tribunal de Garantías Constitucionales de Yugoslavia para conocer de la omisión inconstitucional. El artículo 377 de la Constitución establecía:

> Si el Tribunal de Garantías Constitucionales de Yugoslavia constatare que un órgano competente no hubiere dictado las normas necesarias para la ejecución de las disposiciones de la Constitución, de las leyes generales y de otras prescripciones y actos generales federales, estando obligados a dictarlas, informará de ello a la Asamblea de la República Socialista Federativa de Yugoslavia (Fernández Segado, 2008, p. 50).

El alcance de la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa se limitaba al llamado que hacía el órgano de control constitucional a la Asamblea, sin exigirle dictar la norma en un plazo determinado. El precepto asume un concepto de inconstitucionalidad por omisión que gira alrededor de la falta de desarrollo que impide la ejecución de las disposiciones de la Carta Suprema (Fernández Rodríguez, 1998, p. 254). De la lectura del texto constitucional se desprende que la inconstitucionalidad por omisión estaba referida a la inercia del Legislador en el dictado de las leyes necesarias para la ejecución de la Constitución y de otras disposiciones y actos ge-

nerales federales, con lo cual se abría la posibilidad de hacer control de inconstitucionalidad a la no ejecución de los actos que tuvieran carácter general que fueran ordenados por la Constitución. En síntesis, la labor del Tribunal de Garantías Constitucionales de Yugoslavia, se circunscribía a constatar que un órgano competente no hubiera dictado las normas necesarias para poner en ejecución las disposiciones constitucionales, no obstante estar obligado a ello, y posteriormente dar conocimiento de ello al órgano legislativo (Bazán, 2000, p. 110).

La *Constitución de la República Popular de Hungría,* aprobada en 1949, estableció un Tribunal Constitucional cuya conformación y funcionamiento debía normarse a través de Ley aprobada por el Parlamento. El 19 de octubre de 1989 se promulgó la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, reguladora de la justicia constitucional, que en su artículo 49 señala:

1. Si el tribunal constitucional establece de oficio o por petición de cualquier persona que un órgano legislativo ha fallado en satisfacer sus tareas legislativas concernientes a su autoridad legisladora, de modo tal que produce una inconstitucionalidad, se le ordena al órgano que ha incurrido en dicha omisión, fijando una fecha límite, que satisfaga su labor fecha límite.
2. El órgano que incurre en la omisión deberá satisfacer a cabalidad su tarea antes de la fecha límite.

De la norma anterior se desprende que es competencia del Tribunal Constitucional húngaro, declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del Legislador. La legitimación en la causa del recurso la tiene cualquier ciudadano, pudiendo ser activado de oficio por el propio Tribunal. La decisión declarativa de la omisión ordena al órgano que incurrió en la omisión a corregirla en el

plazo que en la propia sentencia se le concede. El control de las omisiones inconstitucionales por el Tribunal Constitucional húngaro se centraba como lo señala Fernández Rodríguez, en el incumplimiento del Legislador de sus obligaciones legislativas derivadas de una norma jurídica, lo cual confería a dichas competencias dimensiones muy amplias, esto es, podía originarse la omisión en preceptos no necesariamente constitucionales (2002, p. 77). El resultado del control se limitaba a invitar al órgano inactivo a cumplir sus obligaciones en el plazo que para el efecto se le señalara (Bazán, 2014, p. 507).

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional amplió posteriormente la aplicación de la inconstitucionalidad por omisión, informa Castro Patiño, a situaciones que la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional no contempló inicialmente, como por ejemplo en las sentencias N° 37 de 1992 y 22 de 1995 en las que se estableció que las omisiones legislativas también podían ser demandas en los casos en que no exista un mandato constitucional para dictar una determinada ley; la omisión legislativa impide que se garanticen eficazmente los derechos fundamentales consagrados en la Carta Suprema (2003, p. 106).

En los países de Europa Occidental, desde el fin de los regímenes socialistas, la Corte Constitucional se convirtió en una institución imprescindible, como se deduce de las constituciones de Rusia, Lituania, República Checa, República Eslovaca y Rumania. Las formas de control de constitucionalidad de los países europeos, se consolidan sobre la base de un adecuado Tribunal constitucional, con específicas competencias de control de las leyes. Control que se presenta como un control negativo en cuanto permite paralizar toda actuación del poder legislativo contrario a la Constitución (Fernández segado, 2009, p. 50). Es de advertir que, en estos sistemas, la justicia constitucional no opera solamente frente a la Corte Constitucional, sino que, como sis-

temas de control de constitucionalidad difuso, se habilita a los jueces para analizar la conformidad de las leyes a la Constitución. Veamos el caso de Portugal.

La influencia de la derogada Constitución de la Republica Socialista de Yugoslavia, los postulados ideológicos que sirven de base a la Constitución y la idea de los constituyentes de asegurar la ejecución del proyecto constitucional por parte del Legislador, llevan a impulsar la función de control de constitucionalidad en Portugal. *La Constitución de la República de Portugal* de 1976, otorgó al Tribunal Constitucional la competencia para realizar el control de la constitucionalidad, labor que comprende: la fiscalización preventiva de la constitucionalidad de las normas, el control abstracto de las leyes y la omisión inconstitucional. La Carta consagró la fiscalización de la inconstitucionalidad por omisión otorgando facultad al Tribunal Constitucional para que, una vez verificada la omisión legislativa, adoptara las medidas legislativas necesarias para hacer efectivas las normas constitucionales; disposición constitucional, que admite como únicas omisiones susceptibles de control, las omisiones legislativas. Establece el artículo 283 de la Constitución de la República Portuguesa:

> 1. A requerimiento del Presidente de la República, Del Defensor del Pueblo o, con fundamento en una violación de los derechos de las regiones autónomas o de los presidentes de las asambleas legislativas regionales, el Tribunal Constitucional evalúa y verifica el incumplimiento de la Constitución por omisión de las medidas legislativas necesarias para hacer efectivas las normas constitucionales.
>
> 2. En el supuesto de que el Tribunal Constitucional verifique la existencia de inconstitucionalidad por omisión, dará conocimiento al órgano legislativo competente (Constituição da República Portuguesa. 2013, p. 474).

Del examen de la norma se desprende que, solo son jurídicamente relevantes las omisiones de medidas legislativas, lo que excluye el control de inconstitucionalidad por omisión de actos no legislativos. La iniciativa corresponde a otros órganos diferentes a aquel que realiza el control, esto es, al Presidente de la República, al Proveedor de Justicia y al Presidente de la Asamblea Legislativa Regional cuando se vean afectados derechos de una región autónoma. El destinatario de la orden emanada del Tribunal Constitucional es el Legislador, una vez sea verificada la inconstitucionalidad por omisión. La actuación del Tribunal Constitucional se presenta frente a una omisión jurídicamente relevante. Verificada la omisión inconstitucional, el Tribunal la dará a conocer al órgano legislativo competente.

Sobre la intensidad de la fuerza normativa de la institución planteada en la Constitución portuguesa señala Gomes Canothilo que esta se interpreta como una "apelación del Tribunal Constitucional, con sentido político y jurídico a los órganos legisferantes competentes, en el sentido de que estos actúen y emitan los actos legislativos necesarios para la exequibilidad de las leyes constitucionales" (1998, p. 1095). Ello por cuanto, la actuación del Tribunal no elimina la inconstitucionalidad, siendo las sentencias que resuelven la omisión, meramente declarativas carentes de vinculatoriedad.

La aplicación de la inconstitucionalidad por omisión en Portugal ha recibido varias críticas, dice de una parte, por haber limitado su alcance exclusivamente a la omisión legislativa y no haber introducido en la norma una disposición que le diera carácter vinculante a la resolución adoptada por el Tribunal Constitucional, declarando la inconstitucionalidad por omisión, y de otra por haber sido muy escaza su aplicación práctica (Castro, 2003, p. 89), Es por ello que ciertos sectores propugnen por derogar en Portugal la institución de la inconstitucionalidad por omisión, como lo señala Bazán (2000, p. 115), pretensión a la que se opone Gomes Canotilho quien

aboga por que la figura se mantenga “no para deslegitimar gobiernos y asambleas inertes , sino para asegurar una vía de publicidad crítica y procesal contra la Constitución no cumplida” (1998, p. 1095).

5.4. La inclusión de la acción de inconstitucionalidad en las Constituciones nacionales latinoamericanas: Brasil, Ecuador y Venezuela

La acción de inconstitucionalidad por omisión ha sido recibida en el dominio de norma constitucional en varios países de América Latina. Siguiendo a Portugal, *Brasil*, en la Constitución de 1988, incluyó como instrumento de protección de la Constitución la acción de inconstitucionalidad por omisión, facultando al Supremo Tribunal Federal a declarar la inconstitucionalidad por omisión como medida destinada a dar efectividad a una norma constitucional, y comunicar al órgano competente la adopción de las medidas necesarias.

El artículo 103, numeral 2 de la Constitución de la República Federativa de Brasil establece: “Declarada la inconstitucionalidad por omisión de una medida destinada a dar efectividad a una norma Constitucional se comunicará al Poder Competente para la adopción de las providencias necesarias y, tratándose de órgano administrativo, para que se haga en treinta días” (Constitución de la República Federativa de Brasil, 2008, p. 519). Contempla la Constitución un control de constitucionalidad por omisión de tipo concreto que otorga al Supremo Tribunal Federal y al Tribunal Superior de Justicia la facultad de hacer un llamado al órgano que ha incumplido para que profiera el acto omitido, siempre que se verifique la omisión por parte de un poder del Estado y cuando esa omisión haga ineficaz una norma constitucional. Para Marcelo Figueiredo, la procedencia de la acción directa de inconstitucionalidad por omisión absoluta o total por la au-

sencia de una disposición consagrada en la Constitución de Brasil "otorga al Supremo Tribunal Federal, únicamente, el poder de dar conocimiento de ello al Legislador moroso, para que adopte las medidas necesarias para concretar el texto constitucional" (2010, p. 424). La aplicación de la inconstitucionalidad por omisión en Brasil procede frente a la ausencia total de norma, más exactamente cuándo ninguna norma es adoptada por el Legislador o se hayan cumplido en forma deficiente e inadecuada las tareas que el constituyente primario le impuso al Legislador para lograr la eficiencia de las normas constitucionales.

En *Ecuador*, la Ley Fundamental establece en el artículo 436, inc. 10 como atribución de la Corte Constitucional, máximo órgano de control constitucional:

> declarar la inconstitucionalidad en que incurran las instituciones del Estado o autoridades públicas que por omisión inobserven en forma total o parcial los mandatos contenidos en normas constitucionales dentro del plazo establecido en la Constitución o en el plazo considerado razonable por la Corte Constitucional. Si transcurrido el plazo la omisión persiste, de manera provisional, expedirá la norma o ejecutará el acto omitido, de acuerdo con la ley (Constitución de la República de Ecuador. 2013).

Del examen de la regla constitucional anterior, se concluye que, si las instituciones del Estado o autoridades públicas no cumplen los mandatos contenidos en las normas constitucionales dentro del plazo fijado en la Constitución o previsto por el órgano de control constitucional, la Corte Constitucional quedará habilitada para expedir la norma o para ejecutar el acto omitido constituyéndose en Legislador suplente, absorbiendo funciones legislativas que no son de su competencia.

En Ecuador la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional publicada el 22 de octubre de 2009, norma que regula el funcionamiento de la Corte Constitucional y los procedimientos de control constitucional, desarrolló en el artículo 129 inc. 1° lo concerniente a las omisiones legislativas absolutas,

> en el caso de las omisiones legislativas absolutas, se concederá al órgano competente un plazo determinado por la Corte Constitucional para la respectiva subsanación. En caso de que no expida la normatividad en el plazo concedido, la Corte Constitucional formulará por vía jurisprudencial las reglas básicas correspondientes que sean indispensables para garantizar la debida aplicación y acatamiento de las normas constitucionales (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2016, Art. 129, inc 1°).

Respecto a las omisiones relativas, el artículo 129, inc. 2° de la Ley dispone: "En el caso de las omisiones normativas relativas, cuando existiendo regulación se omiten elementos normativos constitucionalmente relevantes, serán subsanadas por la Corte Constitucional, a través de las sentencias de constitucionalidad condicionadas" (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2016, Art. 129, inc. 2°).

Del análisis del modelo de control de las omisiones diseñado por la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, se destacan: i) la fiscalización de la inconstitucionalidad por omisión se da en la esfera del control abstracto de constitucionalidad; ii) el control se produce cuando los órganos competentes omitan un deber concreto de desarrollar los preceptos constitucionales; iii) clasifican las omisiones inconstitucionales en omisiones normativas absolutas y relativas, siguiendo la clasificación de Wessel, y iv) los efectos del control de las

omisiones legislativas absolutas hace que el órgano de control expida la norma o ejecute el acto omitido. La omisión relativa se prevé serán subsanadas por la Corte Constitucional a través de sentencias de constitucionalidad condicionada.

La normativa estudiada ofrece un gran avance al disponer a nivel constitucional el instituto de inconstitucionalidad por omisión y es igualmente fundamental el papel de la Corte Constitucional para que a través del mecanismo establecido logre la corrección de las omisiones normativas absolutas u relativas:

La *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela* de 1999 es el primer ordenamiento constitucional de ese país que consagra en su texto la inconstitucionalidad por omisión. Con arreglo al artículo 336 numeral 7 se atribuye a la Sala Constitucional del Tribunal Superior de Justicia, la competencia para:

> 7. Declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del poder legislativo municipal, estatal o nacional, cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de esta Constitución, o las haya dictado en forma incompleta, y establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección (Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 2016).

La lectura de la norma constitucional que instituye la acción de inconstitucionalidad por omisión en el contexto venezolano, permite a Bazán afirmar que, es una de las fórmulas más osadas del derecho comparado. Ello básicamente por dos razones; primero, por la ausencia de pautas rígidas en la Ley Fundamental al institucionalizar la acción; el constituyente la ha establecida como una acción popular, dado que no requiere mayores exigencias en la legitimación para po-

der actuar. Cualquier persona natural o jurídica, está legitimada para ejercerla. En segundo lugar, por el amplio radio de acción que se le confiere a la Sala Constitucional para intervenir sobre las inercias en que hubiere incurrido el poder legislativo municipal, estatal o nacional, toda vez que además de declarar la inconstitucionalidad de las omisiones legislativas establece el plazo en el que el poder legislativo salve la pretermisión, pudiendo inclusive fijar los criterios para su corrección (2014, p. 581).

Del estudio del postulado constitucional, se destacan como características de la acción de inconstitucionalidad por omisión: i) la competencia para el conocimiento de la acción está en cabeza de la Sala Constitucional del Tribunal Superior de Justicia; ii) la Constitución venezolana se refiere a omisiones inconstitucionales del órgano legislativo municipal, estatal o nacional; órgano que incurrirá en la conducta omisiva al incumplimiento de su obligación de dictar una norma o adoptar las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de la Constitución, o las haya dictado en forma incompleta o haya omitido fijar plazo; iii) no se prevé en forma expresa la legitimación activa para la interposición de la acción de inconstitucionalidad por omisión. Sin embargo, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en providencia dictada el 9 de julio de 2002 (Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Justicia. 2016), fijó como criterio que el ejercicio de la acción popular de inconstitucionalidad, no requiriere mayores exigencias en la legitimación para actuar, por lo que cualquier persona natural o jurídica, posee la legitimación para ejercerla, y iv) en la sentencia se faculta a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia para establecer el plazo dentro del cual se debe corregir la inconstitucionalidad declarada y si es el caso, fijar los lineamientos de su corrección.

5.5. La acción de inconstitucionalidad por omisión en las Constituciones subnacionales en entidades federativas: La Provincia de Rio Negro en Argentina, Veracruz, Tlaxcala y Chiapas en México

En Argentina, la *Constitución De La Provincia De Rio Negro*, en la Patagonia, consagra la competencia del órgano de justicia constitucional, atribuyéndole la facultad para intervenir en caso de falta de cumplimiento de una norma de la que se deriven obligaciones a cargo de los poderes públicos, declarando la omisión e integrando el orden normativo violado. La norma Superior consagra en forma más determinante y resolutiva el instituto de inconstitucionalidad por omisión. El inciso segundo del artículo 207 de la Constitución le otorga al Superior Tribunal de Justicia la competencia para conocer en forma ordinaria y exclusiva de:

> a. las acciones por incumplimiento en el dictado de una norma que impone un deber concreto al Estado Provincial o a los municipios, la demanda puede ser ejercida -exenta de cargos fiscales-por quien se sienta afectado en su derecho individual o colectivo. El Superior Tribunal de Justicia fija el plazo para que se subsane la omisión. En el supuesto de incumplimiento integra el orden normativo resolviendo el caso con efecto limitado al mismo y de no ser posible, determina el monto del resarcimiento a cargo del Estado conforme el perjuicio indemnizable que se acredite (Constitución De La Provincia De Río Negro. 2015).

La regulación presenta avances que para Sandra Rojas, se sintetizan en los siguientes aspectos: i) Se precisa el requerimiento al Legislador y demás órganos estatales, a través del señala-

miento de un plazo para subsanar la omisión; ii) La precisión de circunstancias frente al incumplimiento al requerimiento, que son la integración de la norma faltante por parte del Tribunal y la reparación patrimonial frente a los perjuicios generados por la omisión (2000, p. 118).

Del examen de la norma constitucional se destacan los principales aspectos: i) la competencia es atribuida en forma exclusiva es el Superior Tribunal de Justicia; ii) la omisión se refiere en forma exclusiva al incumplimiento en el dictado de una noma; iii) La legitimación activa para incoar la acción de inconstitucionalidad por omisión corresponde a quien se sienta afectado en su derecho individual y colectivo; iii) en la sentencia que expide el Superior Tribunal de Justicia fija el plazo para que se subsane la omisión. Si el órgano moroso incumple con dictar la norma omitida, el Tribunal Superior de Justicia integra el orden normativo resolviendo el caso con efecto limitado; iv) si el órgano no cumplió dictando la norma inconstitucionalmente omitida, ni el Superior Tribunal pudo integrar el orden normativo omitido determina el monto del resarcimiento a cargo del Estado por el perjuicio indemnizable que se produzca con la omisión.

La formulación del instituto de inconstitucionalidad por omisión en la Constitución de la Provincia de Rio Negro, se constituye en la más avanzada de entre todas las normativas constitucionales vigentes que tratan de la inconstitucionalidad por omisión, ya que además de proveer soluciones a las omisiones inconstitucionales, consagra la consecuencia económica que conlleva la omisión cuando esta no es posible solucionar.

En México en el ámbito federal no se tiene prevista en el ordenamiento constitucional, la inconstitucionalidad por omisión legislativa, esta se encuentra más extendida en las constituciones de algunas entidades federativas, entre las que se hallan Veracruz y Chiapas.

El *Estado de Veracruz* tiene previsto el control de las omisiones legislativas en forma expresa en la Constitución Política del Estado (Constitución Política del Estado de Veracruz de Ignacio

de la Llave, 2016). La Constitución establece en el artículo 64 la existencia de una Sala Constitucional en el Tribunal Superior de Justicia que tendrá competencia para sustanciar los procedimientos en materia de controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad *y las acciones por omisión legislativa* y formular los proyectos de resolución definitiva que se sometan al pleno del Tribunal Superior de Justicia.

A su vez, el artículo 65 de la Constitución determina que el pleno del Tribunal de Justicia conocerá, en los términos que establezca la ley:

> III. De las acciones por omisión legislativa, cuando se considere que el Congreso no ha aprobado alguna ley o decreto y que dicha omisión afecte el debido cumplimiento de esta Constitución, que interponga:
>
> a) El Gobernador del Estado; o
>
> b) Cuando menos la tercera parte de los ayuntamientos.
>
> La omisión legislativa surtirá sus efectos a partir de su publicación en la Gaceta Oficial del Estado. En dicha resolución se determinará un plazo que comprenda dos períodos de sesiones ordinarias del Congreso del Estado, para que este expida la ley o decreto de que se trate la omisión. Si transcurrido este plazo no se atendiere la resolución, el Tribunal Superior de Justicia dictará las bases a que deban sujetarse las autoridades, en tanto se expide dicha ley o decreto (Constitución Política del Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave, art. 65, 2016).

Del anterior mandato constitucional, son sus a principales características: i) el Tribunal componente para sustanciar la inconstitucionalidad de las omisiones legislativas es la Sala Plena del

Tribunal Superior de Justicia; ii) la norma se refiere expresamente a la omisión legislativa. En este sentido para Bazán, la omisión se configura cuando ante la falta de aprobación por el Congreso del Estado, de alguna ley o decreto se afecta el cumplimiento de la Constitución local (2014, p. 624); iii) la legitimación activa la tienen el Gobernador del Estado o no menos de la tercera parte de los ayuntamientos; iv) los efectos de la decisión van más allá de la declaración de la omisión inconstitucional; se señala el plazo en que debe subsanarse la omisión, facultando al Tribunal para que si en el plazo previsto no se ha acatado la orden de subsanar la omisión, proceda a dictar las bases para hacer efectiva la norma constitucional en forma provisional hasta que se expida la ley o decreto omitido.

El autor César Astudillo ubica al sistema veracruzano dentro de los sistemas que no se conforman con declarar la inconstitucionalidad de la inercia legislativa, o con exhortarlo a que legisle en uno u otro sentido, sino que llega a actuar como instancia colegisladora al estar facultado para expedir normas de eficacia temporal limitada que guíen el sentido de la posterior actividad normativa del legislador (2010, p. 1674). Sobre este aspecto, plantea Fernández Segado una crítica y es que algunas entidades federativas de México, han convertido a los órganos titulares de la justicia constitucional en verdaderos legisladores, tal es el caso de la Constitución de Veracruz que habilita al órgano de fiscalización, al Tribunal Superior de Justicia, para que una vez reconocida en sede judicial la omisión legislativa inconstitucional y fijado el plazo para que el Congreso expida la ley o decreto omitido e incumplida la expedición del texto, dicte las bases a las que deben quedar sujetas las autoridades para que se expida la ley o decreto omitido. De esta forma, el Tribunal se convierte en Legislador, actuación que atentaría contra la libertad de configuración legislativa y conculca el principio de división de poderes (2008, p. 160).

El sistema de Veracruz, amplia el objeto de los procesos constitucionales en México, ya que en el esquema general como objeto del proceso constitucional se han considerado tradicionalmente las normas de carácter general, y debido a la consideración que se juzgue la inactividad del legislador se ensanchan las posibilidades del proceso constitucional. Así, el control de constitucionalidad procede no solo frente a las normas que vulneran el orden fundamental sino también respecto a la inacción del legislador frente a las necesidades de desarrollo normativo de la propia constitución (Astudillo, 2010, p. 16741).

Una prescripción normativa sobre la fiscalización de la omisión inconstitucional se encuentra contenida en la *Constitución Política del Estado de Tlaxcala* de 2012. Dispone la norma Fundamental en la fracción VI, artículo 81 que el pleno del Tribunal Superior de Justicia, actuando como tribunal de control constitucional del Estado, conocerá:

> De las acciones contra la omisión legislativa imputables al Congreso, gobernador y ayuntamientos o concejos municipales, por la falta de expedición de las norma jurídicas de carácter general, a que estén obligados en términos de las constituciones políticas, de los Estados Unidos Mexicanos, del Estado y de las Leyes. El ejercicio de esta acción corresponderá a las autoridades estatales y municipales, así como a las personas residentes en el Estado. Al admitirse la demanda, se ordenará correr traslado a la responsable y al Director del Periódico Oficial del Gobierno del Estado, para que rindan sus informes. Se celebrará una audiencia de pruebas y alegatos e inmediatamente después se dictará la resolución correspondiente. De verificarse la omisión legislativa, se concederá a la responsable un término que no exceda de tres meses para expedir la norma jurídica solicitada.

> El incumplimiento a esta sentencia, será motivo de responsabilidad (Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Tlaxcala, 2016).

Son los aspectos que caracterizan las acciones contra la omisión legislativa: i) el órgano competente para conocer de la acción de inconstitucionalidad en el Pleno del Tribunal Superior de Justicia; ii) el objeto de la inconstitucionalidad se circunscribe a la falta *de expedición de normas jurídicas de carácter general.* Opta por una visión amplia de omisión legislativa; iii) la legitimación activa para promover la acción se confiere a las autoridades estatales y municipales y a las personas residentes en el Estado. Ello permite señalar que la acción se concibió como una acción popular contra la inactividad de los órganos que tiene conferidas atribuciones legislativas; iv) en cuanto a los efectos de la sentencia, la norma determina que verificada la omisión legislativa, se concede a la autoridad responsable un término no superior a tres meses para que expida la norma jurídica solicitada; siendo motivo de responsabilidad el incumplimiento de la sentencia.

El sistema de justicia constitucional del *Estado de Chiapas*, siguiendo muy cerca las directrices de la Constitución de Veracruz, incorpora como proceso constitucional la *acción por omisión legislativa*, junto a la acción por inconstitucionalidad, la controversia constitucional y la cuestión de inconstitucionalidad, sistemas encaminados a la defensa objetiva del ordenamiento constitucional.

El artículo 64, Fracción II de la Constitución señala como atribución del Tribunal Constitucional, órgano de control constitucional conocer

> De las acciones por omisión legislativa cuando se considere que el Congreso del Estado no ha resuelto alguna ley o decreto y que dicha omisión afecte el debido cumplimiento

> de esta Constitución que interponga: a) El Gobernador del Estado. b) Cuando menos la tercera parte de los miembros del Congreso del Estado. c) Cuando menos la tercera parte de los ayuntamientos. d) Cuando menos el 5% de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral. La resolución que emita el Tribunal Constitucional que decrete la existencia de omisión legislativa, surtirá sus efectos a partir de su publicación en el Periódico Oficial; en dicha resolución se determinará como plazo un periodo ordinario de sesiones del Congreso del Estado, para que éste resuelva la omisión correspondiente. Tratándose de legislación que deba de aprobarse por el mismo Congreso del Estado, por mandato de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o de la Constitución local, si el Congreso del Estado no lo hiciere en el plazo fijado, el Tribunal Constitucional lo hará provisionalmente en su lugar y dicha legislación estará vigente hasta que el Congreso del Estado subsane la omisión legislativa (Constitución Política del Estado de Chiapas. 2016).

Del análisis de las normas constitucionales que consagran la figura en la Constitución de Chiapas, se destacan como sus principales características: i) el órgano competente es el Tribunal Constitucional, órgano encargado de mantener la eficacia y la actualización democrática de la Constitución, bajo el principio de supremacía constitucional; ii) el objeto de la inconstitucionalidad es la omisión legislativa, que se produce cuando el Congreso no ha resuelto alguna ley o decreto en los términos que establezca la legislación, y que dicha omisión afecte el debido cumplimiento de la Constitución Política local; iii) la legitimación para promover la inconstitucionalidad por omisión la tiene al Gobernador del Estado; cuando menos a la tercera parte de los miembros del Congreso del Estado; cuando menos la tercera parte de los ayuntamientos, y cuan-

do menos el 5% de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral; iv) la legitimación pasiva recae en el Congreso del Estado o en alguna de sus comisiones; v) son efectos de la sentencia, que la resolución emitida por el tribunal decretando la existencia de la omisión legislativa, surta efectos a partir de su publicación en el periódico oficial del Estado. En dicha resolución se determinará el plazo para que se resuelva por el Congreso la omisión inconstitucional. Si el Congreso no lo hace en el plazo fijado, se faculta al Tribunal Constitucional para que lo haga provisionalmente en su lugar. Dicha legislación estará vigente hasta que el Congreso subsane la omisión legislativa. Para Bazán, la solución dada en la normativa chiapaneca, la aproxima a lo dispuesto para la Corte Constitucional Ecuatoriana en el art 436 y a la fijada en el artículo 336 de la Ley Fundamental venezolana respecto de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (2010, p. 630).

5.6 Instrumentación de la institución por vía legal. Casos Costa Rica y República Dominicana

Existen espacios jurídicos en los que se ha instrumentado la inconstitucionalidad por omisión por vía legal, como es el caso de Costa Rica y República Dominicana.

En *Costa Rica* la acción de inconstitucionalidad, se contempla en la Ley de la Jurisdicción Constitucional -Ley N° 7135 de 1989- que regula la jurisdicción constitucional. En su título IV (de las cuestiones de constitucionalidad), Capítulo I (de la acción de inconstitucionalidad) el artículo 73 detalla los casos en que los que procede la acción de inconstitucionalidad en relación con el control de las omisiones inconstitucionales:

> a) Contra las leyes y otras disposiciones generales, incluso las originadas en actos de sujetos privados, que infrinjan, por acción u omisión, alguna norma o principio constitucional.
>
> b) Contra los actos subjetivos de las autoridades públicas, cuando infrinjan, por acción u omisión, alguna norma o principio constitucional, si no fueren susceptibles de los recursos de hábeas corpus o de amparo.
>
> […]
>
> f) Contra la inercia, las omisiones y las abstenciones de las autoridades pública" (Ley de la Jurisdicción Constitucional, 2016).

A partir de lo dispuesto en la Ley de Jurisdicción constitucional precedente, son algunas apreciaciones del instituto: i) la legitimación activa la tiene el titular de un interés directo y actual. Es necesaria la existencia de un asunto pendiente de resolver ante los tribunales o de un procedimiento por agotar en la vía administrativa, en el que se invoque esa inconstitucionalidad como medio razonable de amparar el derecho o interés lesionado. Se amplían las posibilidades de control por omisión legislativa en defensa de intereses difusos o que atañan a la colectividad en su conjunto; ii) El órgano competente para conocer el instituto es la Sala Especializada en lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, según lo dispone, el artículo 4 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional; iii) En relación a su alcance, la inconstitucionalidad abarca las omisiones legislativas y las administrativas. De la literalidad del artículo 73 constitucional, aprecia Bazán dos tipos de omisiones potencialmente censurables a través de la acción de inconstitucionalidad: las legislativas y las administrativas (2014, p. 668). Sobre este aspecto considera Evelyn Valiente que el control de la omisión a la que hace referencia la legislación costarricense, parece

más una omisión a resolver por la administración pública y no una omisión por parte del órgano legislativo, en su función de legislar (2015, p. 145).

Otro caso a destacar en la que se incluyó por vía legal la inconstitucionalidad por omisión, fue la *Republica Dominicana*. Su Constitución proclamada el 16 de enero de 2010 (Constitución de la República Dominicana, 2016), instauró en el Titulo VII, artículo 184 un Tribunal Constitucional para garantizar la primacía de la Constitución, delegado la regulación de sus procedimientos y organización a la Ley.

El 13 de junio de 2011 se promulgó la Ley Orgánica N° 137 de 2011 del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales, que establece en su artículo 47 parágrafo II, la posibilidad de que el Tribunal Constitucional dicte "sentencias interpretativas aditivas para controlar las omisiones legislativas inconstitucionales, entendidas como ausencia de previsión legal expresa de los que constitucionalmente debía hacerse previsto" (Ley N° 137 -11 Orgánica del Tribunal Constitucional y de los procedimientos constitucionales, 2016). Con esta disposición, el Tribunal haciendo uso de las sentencias interpretativas aditivas para corregir las pretermisiones inconstitucionales relativas y la técnica de exhortación al legislador para que proceda a aprobar un nuevo dispositivo legal más acorde con las exigencias constitucionales.

5.7 A modo de conclusión

Analizada la institución de la inconstitucionalidad por omisión, como mecanismo que permite subsanar la omisión legislativa y con ello preservar la supremacía de la Constitución, garantizar y proteger los derechos e intereses de los ciudadanos que se ven lesionados por la inercia del legislativo, vemos cómo se hace necesario su reconocimiento en el Derecho Positivo. Del estu-

dio comparativo de la consolidación de la institución en los ordenamientos constitucionales y legales se puede concluir, que la acción de inconstitucionalidad por omisión consagrada en los ordenamientos jurídicos tiene iguales características, distinguiéndose en algunos aspectos diferenciadores tales, como los sujetos legitimados para interponer la acción, las omisiones sujetas a control y los efectos de las sentencias.

Hecho el recorrido por el derecho comparado se destacaron los casos más relevantes en los que se ha reconocido en el Derecho Positivo el instituto de la inconstitucionalidad por omisión. Son modelos ilustrativos para tener en cuenta en los razonamientos legales, argumentativos y doctrinales que sustentan la figura, y que podrían ser tenidos en cuenta en Colombia. En muchos países aún no se ha acogido en forma expresa la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa, ni se ha consolidado el instituto de la inconstitucionalidad por omisión, pero sin embargo, es evidente como a través de la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales se ha avanzado en lo relacionado con el control de las omisiones legislativas, como es el caso España, Italia y de Colombia. Es por ello, que corresponde verificar a continuación cómo se procede en el sistema jurídico colombiano para el control de las omisiones legislativas, partiendo del hecho de que el tribunal de justicia constitucional se ha considerado incompetente para conocer de las omisiones legislativas absolutas, como ya hemos expuesto en las páginas precedentes.

CAPÍTULO 6. EL RECONOCIMIENTO POSITIVO EXPRESO DE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL COLOMBIANO

No se han previsto en el derecho positivo colombiano mecanismos que permitan la corrección de las omisiones inconstitucionales. Ha sido la Corte Constitucional como órgano de control constitucional, a través de su jurisprudencia, quien ha tratado el tema. El órgano de control constitucional, se ha considerado competente para conocer de las omisiones legislativas relativas bajo el argumento de que estas tienen efectos jurídicos que pueden presentar oposición objetiva y real a la Constitución, que se pueden verificar a través de la confrontación entre los mandatos acusados y las disposiciones superiores. En las omisiones inconstitucionales absolutas, esto es la ausencia total de norma que desarrolle un precepto constitucional por parte del Legislador, se ha declarado incompetente para pronunciarse sobre ellas; básicamente por dos razones: la primera, la ausencia de norma legal sobre la cual recae el control para definir si existe oposición entre lo que dispone la Constitución y la norma demandada, y la segunda, por garantizar la libertad de configuración normativa del Legislador. Así la Corte Constitucional colombiana ha cerrado todo control al silencio total e inconstitucional del Legislador.

No es procedente que el Legislador con su omisión desconozca en forma arbitraria la vigencia de la supremacía de la Constitución al incumplir las imposiciones que le son dirigidas directamente por la norma constitucional, ni es admisible tampoco, que el órgano de justicia constitucional desconozca la libertad de configuración legislativa. Entonces, se hace necesario analizar el mecanismo que logre subsanar la omisión legislativa, y que garantice el equilibrio justo entre el margen de acción o inacción del legislador y le necesidad de otorgar adecuada protección a

los derechos que se encuentran adormecidos, cuando no desconocidos, a causa del incumplimiento o el cumplimiento insuficiente en que incurre en Legislador, no obstante la imposición constitucional.

Se ha considerado desde el Derecho Comparado, que el mecanismo procesal específico que permite fiscalizar las omisiones inconstitucionales es la *acción de inconstitucionalidad por omisión.* Analizaremos la viabilidad jurídica de su regulación en el ordenamiento jurídico colombiano, y si es la vía que permite hacer efectivos los derechos y garantías contenidos en la norma constitucional en caso de ausencia de dispositivo legal que las reglamente– omisión absoluta-, o las haya reglamentado en forma incompleta –omisión legislativa–, y si es el medio adecuado para evitar el daño causado por la inactividad del órgano legislativo.

6.1 La libertad de configuración legislativa y la ausencia normativa: argumentos de la Corte Constitucional para justificar su incompetencia en el control de las omisiones legislativas inconstitucionales

Ninguno de los ordenamientos constitucionales colombianos ha previsto la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa. Dada la ausencia de un parámetro normativo constitucional y legal para realizar el control de las omisiones legislativas, el control se ha realizado parcialmente, en el dominio jurisprudencial, por la Corte Constitucional; institución creada en la Constitución Política de 1991, como el órgano autónomo encargado de interpretar y velar por la realización concreta de los principios y valores constitucionales.

La Corte Constitucional Colombiana para el control de las *omisiones legislativas relativas*, en su jurisprudencia ha adoptado dos tipos de dogmáticas; por un lado, la llamada *exclusión arbi-*

traria de beneficios que toma como parámetro de control la vulneración de los derechos fundamentales como los de Igualdad y Debido Proceso, y por el otro lado, el uso de sentencias moduladas, entre ellas las sentencias integradoras o aditivas que lo convierten en un legislador positivo. Corrobora la anterior afirmación Fernández Segado, al señalar que, frente a la omisión legislativa parcial del Legislador, la Corte Constitucional Colombiana ha aplicado la teoría alemana de la *exclusión arbitraria de beneficio inconstitucional*, que entraña una diseminación en el goce de uno o más derechos de un grupo respecto a otro. La quiebra constitucional se produce, cuando "una disposición provoca una disparidad de tratamiento que se traduce en la exclusión de una determinada categoría de sujetos de entre los beneficiados de una ley" (2010, p. 1006), y que permite no solo declarar la inconstitucionalidad de la omisión sino también la nulidad del texto demandado. Aplicando este principio el Legislador tiene la posibilidad de establecer una nueva disposición y volver a decidir acerca de si modifica o fija condiciones distintas para las prestaciones.

En relación con la *omisión absoluta*, desde el año 1996, la Corte Constitucional fijó posición al afirmar su incompetencia para pronunciarse sobre ellas. En la Sentencia C-543 de 1996, reseñada con anterioridad, en la que se demanda la omisión del Legislador por no haber reglamentado los artículos 87 y 88 de la Constitución Política, que consagran las acciones populares y de grupo, se excluye el control constitucional que se dirija a evaluar las omisiones legislativas absolutas. Entre otros argumentos está el que expresa que no le es metodológicamente posible a la Corte el examen de constitucionalidad por carencia de norma susceptible de control. Considera el Alto Tribunal que es necesaria la existencia de una demanda de inconstitucionalidad sobre una norma real para definir si existe oposición entre lo que dispone la Constitución y la norma

demandada. Rechaza así toda posibilidad de demandar por vía de acción de inconstitucionalidad la omisión legislativa absoluta.

Llama la atención la Aclaración de voto de la anterior sentencia de los Magistrados Eduardo Cifuentes Muñoz y Alejandro Martínez Caballero, quienes expresan, sucintamente, que en el constitucionalismo colombiano sí puede existir control sobre las omisiones legislativas absolutas, control que recae sobre la norma derivada de la omisión legislativa que puede ser contraria a la Constitución. Esto se expresa bajo el argumento de que la ausencia de texto legal produce normas y, si el control constitucional versa sobre normas, las omisiones legislativas absolutas tienen efectos normativos. Este argumento no ha sido de recibo en el seno del órgano de control constitucional.

La incompetencia la fundamenta la Corte en la libertad de configuración normativa que tiene el Legislador, que solo se encuentra limitada por los derechos y garantías consagrados en el ordenamiento constitucional. Sobre este aspecto advierte el órgano de control constitucional que "el silencio del Legislador en determinadas materias no siempre puede ser objeto de reproche constitucional, ya que los silencios del Legislador en determinados casos son expresiones de su voluntad" (Sentencia C-543 de 1996); así quedó igualmente establecido en la Sentencia C-831 de 2007, en la que se debatió la ausencia de parámetros básicos para garantizar la participación ciudadana y el reconocimiento de los derechos de defensa y acceso a la justicia, específicamente por la falta de desarrollo de los procedimientos que regulan las expropiaciones y servidumbres de los bienes afectados por obras públicas.

Un caso que merece ser expuesto lo constituye la sentencia. C-073 de 2006, en la que se decide la inexequibilidad del artículo 3° de la Ley 909 de 2004, que establece el Régimen General de Carrera Administrativa. El fundamento de la demanda es la abstención del Congreso de ex-

pedir un régimen propio que regule la carrera especial de las Contralorías Territoriales como lo manda el ordenamiento constitucional. En el pronunciamiento, la Corte Constitucional acepta que el comportamiento omisivo del Congreso es lesivo del ordenamiento constitucional, suficiente para afectar la constitucionalidad de la disposición demandada, pero se abstiene de intervenir como órgano de control aduciendo que, cuestionada la legitimidad del Congreso por incurrir en conducta omisivas, es claro que,

> el órgano de control carece de competencia para emitir pronunciamiento de fondo, pues la misma comporta una ausencia total e íntegra de normatividad (sic) que, en cualquier caso, impide una confrontación material, objetiva y verificable con el texto de la Carta Política, aspecto que resulta relevante al proceso de constitucionalidad, en cuanto responde a la técnica a partir de la cual este último se edifica, configura y desarrolla.

Acepta la Corte que el Legislador sí vulnera las garantías constitucionales por vía de omisión legislativa, dada la falta de regulación de un mandato constitucional y sobre el cual el Legislador tiene la obligación especifica de desarrollar. Por ello considera que el silencio de Legislador puede ser objeto de control constitucional por vía de la acción pública de inconstitucionalidad, como se observa en Sentencia C-185 de 2002. Pero luego, en otra sentencia, la C-351 de 2013 advierte que no toda omisión legislativa puede ser objeto de control y circunscribe el juicio de constitucionalidad a las omisiones relativas, pero en ningún caso frente a la omisión absoluta; todo esto siempre en el marco del respeto a la autonomía e independencia del Congreso. A la fecha la posición de la Corte no ha cambiado.

La Corte ha cerrado así la posibilidad de control, toda vez que al presentarse la omisión absoluta por la falta total de regulación, no es procedente la acción pública de inconstitucionalidad, que evalúa si el Legislador, al actuar, ha vulnerado o no un canon constitucional. Al no haber actuación, no hay acto que comparar con las normas superiores y, por lo tanto, no existe acto que pueda ser sujeto de control. Así lo reitera en sentencia C-542 de 2008 cuando expresa que "la acción pública de inconstitucionalidad si bien permite realizar un control más o menos extenso de la labor legislativa, no autoriza la fiscalización de lo que el legislador genéricamente ha omitido, conforme a las directrices constitucionales." Si lo que se pretende a través de la acción de inconstitucionalidad, es evaluar si el Legislador al actuar ha vulnerado o no los distintos cánones que conforman la Constitución, es esta la razón para excluir esta forma de control frente a las omisiones legislativas absolutas, ya que si no hay actuación no hay acto que comparar con las normas superiores; si no hay actuación, no hay acto que pueda ser sujeto de control, enfatiza la Corte Constitucional.

En su jurisprudencia, la Corte Constitucional, sustenta la imposibilidad de control en que: i) no es metodológicamente posible el examen de constitucionalidad en estos casos por la carencia de norma susceptible de control; ii) es indispensable que la demanda de inconstitucionalidad recaiga sobre un texto real y no simplemente deducido por el actor; iii) la declaración de inexequibilidad total o parcial de una disposición legislativa requiere previamente definir si existe una oposición definitiva y verificable entre lo que dispone el precepto acusado y lo que manda la Constitución. (Sentencia C- 504 de 1995). Además, señala en las sentencias C-504 de 1995 y C-146 de 1998, que el vacío legislativo absoluto no puede ser enjuiciado por carecer de objeto en uno de los extremos de la comparación, porque "la omisión legislativa, pura o total, no es objeto del debate en el proceso de inexequibilidad, puesto que este consiste, esencialmente, en un juicio

de comparación entre dos normas de distinto rango para derivar su conformidad o discrepancia. Luego el vacío legislativo absoluto no puede ser enjuiciado en razón de la carencia de objeto en uno de uno de los extremos de comparación. Ha sido igualmente argumento reiterado para rechazar la procedencia de la acción pública de inconstitucionalidad frente a las omisiones legislativas absolutas, el análisis que hace la Corte Constitucional de las funciones que le confiere la Carta Fundamental en el artículo 241, que le permite advertir que "ninguna de ellas la autoriza para fiscalizar o controlar la actividad legislativa por fuera de los términos señalados en la norma precitada. En efecto, la acción pública de inconstitucionalidad si bien permite realizar un control más o menos extenso de la labor legislativa, no autoriza la fiscalización de lo que el legislador genéricamente ha omitido, conforme a las directrices constitucionales" (Corte Constitucional. Sentencia C-745 de 1998).

Desde la perspectiva analítica contenida en este trabajo de tesis, la posición jurisprudencial de la Corte Constitucional se ha mantenido, negando su propia competencia para conocer de los silencios absolutos del legislador porque entiende que no existe un parámetro de constitucionalidad que le permita ejercer el respectivo control. Precisamente la omisión, como vimos, trata del vacío dejado por el Legislador frente a un encargo constitucional, de una actitud pasiva que conlleva efectos jurídicos y son estos efectos los que sustentan la viabilidad de un control de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional, como garante de la supremacía e integridad de la Constitución, norma de normas y fuente del Derecho. La Constitución es el fundamento de todo el orden jurídico y la más importante fuente normativa. No solo es la norma suprema formal y estática, sino también material y dinámica, por eso es la norma básica en la que se fundamentan las distintas ramas del derecho, y la norma de unidad a la cual se integran (Palomino, 2010, p. 220). Es por ello que se requiere la articulación de mecanismos constitucionales especí-

ficos en el sistema jurídico colombiano, que garanticen la corrección de las omisiones inconstitucionales legislativas y den eficacia a los encargos de la Carta Fundamental, sin desconocer la libertad de configuración legislativa de que goza el Legislador.

6.2 Competencias del Tribunal Constitucional: no previsión del instituto de la Inconstitucionalidad por omisión en la Constitución Política de Colombia

El ordenamiento constitucional colombiano no tiene consagrada en forma expresa la acción de inconstitucionalidad por omisión, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos, como quedó reflejado en sección anterior. En Colombia existe como se afirmó, un control de constitucionalidad paralelo, asentado en cabeza de la Corte Constitucional en forma principal, el Consejo de Estado con competencia residual y en los jueces de la república la excepción de inconstitucionalidad.

La Corte Constitucional, instituida para guardar la integridad y supremacía de la Constitución Política y cabeza de la jurisdicción constitucional, como lo establece el Capítulo IV, título VIII de la Constitución Política no es el único órgano al que se le confío la defensa del Estatuto Fundamental, ya que pueden operar otros en aplicación preferente de las normas constitucionales de acuerdo a lo previsto en el artículo 4° superior: “en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma pública, se aplicarán las disposiciones constitucionales” y el control residual en cabeza del Consejo de Estado, como lo instituye el artículo 237 numeral 2 de la Constitución y los tribunales administrativos según lo dispuesto en el artículo 305 superior.

El artículo 241 del ordenamiento superior confía a la Corte Constitucional la guarda e integridad de la Constitución, advirtiéndole que dicha función la hará “en los estrictos términos” de la

disposición, señalando en forma taxativa sus funciones. Para el ejercicio del control de constitucionalidad la Corte cuenta con diferentes vías para arribar a un fallo de constitucionalidad que le permiten decidir sobre la permanencia o exclusión de normas expedidas por los órganos constituidos si se ajustan o no al ordenamiento superior, ello para preservar el imperio de las normas de la Constitución sobre las disposiciones de nivel inferior. El control, en cabeza del Tribunal Constitucional, puede ser previo o posterior dependiendo de la entrada en vigencia de la norma que se somete a control; control posterior que puede ser por vía de acción o por ministerio de la Constitución –oficioso o automático– o a través de la intervención directa del ciudadano quien puede solicitar, mediante demanda, que la Corporación retire del ordenamiento jurídico una norma que considera contraria a las disposiciones fundamentales (CPC, artículos 40, numeral 6 y 241); en ejercicio del control automático de constitucionalidad que le permite pronunciarse frente a las objeciones presidenciales por inconstitucionalidad de los proyectos de ley, los tratados internaciones y las leyes que los aprueban, la expedición de una ley estatutaria, los actos del presidente expedidos en estados de excepción o la convocatoria de un referendo constitucional o asamblea constituyente.

La acción pública de inconstitucionalidad se considera el mecanismo democrático por excelencia puesto al servicio del derecho a la Constitución y que garantiza la realización de la real de la Carta y el imperio de los valores, principios y reglas constitucionales (Hernández Galindo, p 1243), control posterior que declarar la inexequibilidad o inconstitucionalidad de una norma del Legislador y que se aplica cuando la norma viola la Ley Fundamental, siendo por lo tanto su carácter positivo, ya que existió una actuación del Legislador. Este instrumento procesal no procede para controlar las omisiones del Legislador por su carácter negativo, ya que surge de la inacción, de la omisión de un mandato constitucional que provoca un vacío de la norma.

Pese a que el instituto de inconstitucionalidad por omisión no se encuentra previsto positivamente en el texto del ordenamiento constitucional colombiano y que el monopolio legislativo se encuentra atribuido al Legislador, la Corte a través de su jurisprudencia ha abordado de una y otra forma la inconstitucionalidad por omisión y sobre ella ha creado línea jurisprudencial.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional señala que la omisión legislativa es la falta de regulación de un asunto por parte del Legislador. "Las omisiones legislativas hacen referencia a la inactividad del legislador o el incumplimiento por parte de este último de su deber de legislar expresamente señalado en la Constitución" (Sentencia C-1266 de 2005). Precisa que existen dos tipos de omisión, la relativa que es la ausencia puntual de regulación de un asunto que produce un resultado inconstitucional, y la absoluta, como la falta de regulación total de un tema susceptible de ser regulado por la ley. Distinción importante para efectos de la procedencia de la acción pública de inconstitucionalidad.

La Corte se ha declarado competente para conocer únicamente acerca de omisiones legislativas relativas a través de la acción pública de inconstitucionalidad, partiendo del supuesto de la existencia de una norma que regula una situación determinada, pero que omite o no tiene en cuenta supuestos de hecho que producen tratamientos inequitativos o desconocimiento de derechos de los destinatarios al aplicarse el precepto; permitiendo cotejar la norma que presenta oposición real con la Constitución, la cual es susceptible de verificarse a través de una confrontación de los mandatos acusados y las disposiciones superiores (Corte Constitucional, Sentencias C-543 de 1996, C-146 de 1998, C-407 de 1998, C-215 de 1999, C-369 de 1999, C-675 de 1999, C-867 de 1999, C-635 de 2000, Auto 017 de 2000, C-246 de 2001, C-185 de 2002).

En relación a la omisión legislativa absoluta, la Corte ha reiterado en su jurisprudencia la imposibilidad de ser demanda por vía de acción de inconstitucionalidad, por ausencia de un pre-

cepto o texto legal que permita confrontarlo con la Norma Superior. Su argumento se soporta en el hecho de que solo es competente para pronunciarse de la producción legislativa en virtud de las competencias que le confiere el artículo 241 de la Constitución Política (Sentencia C- 284 de 2002). En efecto, el artículo 241 de la Constitución Política confía a la Corte Constitucional la guarda y protección de la supremacía de la Constitución, estableciendo en el numeral 4° su competencia para decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, por vicios de contenido y de formación. Por su parte, el numeral 5 de dicho artículo faculta al Tribunal para decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con fundamento en los artículos 159 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación.

El ordenamiento constitucional señala las funciones que "en los estrictos y precisos términos" (CPC. Artículo 241. pág. 147) tiene la Corte constitucional, y que no le permite una labor de fiscalización a través de la acción pública de inconstitucionalidad a la actividad legislativa por fuera de los términos allí previstos; ninguna de las competencias consagradas en el artículo le faculta para fiscalizar las omisiones legislativas. Quiere decir lo anterior que, ante la ausencia total de un precepto o texto legal, la Corte no adelanta un juicio de inconstitucionalidad, por cuanto sólo es competente para conocer y pronunciarse sobre la producción legislativa. La omisión legislativa absoluta, no es objeto del debate en el proceso de inexequibilidad, puesto que este consiste, esencialmente, en un juicio de comparación entre dos normas de distinto rango para derivar su conformidad o discrepancia. Luego el vacío legislativo absoluto no puede ser enjuiciado en razón de la carencia de objeto en uno de uno de los extremos de comparación (Sentencia C-146 de 1998).

Sin embargo, de conformidad con el criterio funcional, el alcance de control de la jurisdicción constitucional es más amplio, ya que ella comprende no solo el control de constitucionalidad de las leyes, sino toda acción o recurso judicial destinado a asegurar la prevalencia de la Constitucional que garantice su supremacía. La normatividad constitucional debe contemplar mecanismos y procedimientos mediante los cuales se ejerce la función de control constitucional, ello en virtud del principio de supremacía de la Carta Fundamental.

La Constitución de 1991 instauró de manera inequívoca la idea de supremacía directa de la Constitución y la protección los derechos constitucionales, garantía que requiere de otras garantías formales o procesales que configuran el control judicial que asegure su plena vigencia y respeto. Control que como lo afirma el ex magistrado de la Corte Constitucional José Gregorio Hernández, "está referido a la función de defensa y garantía de la supremacía de la Constitución y el conjunto de medios y procedimientos orientados a alcanzar en la práctica ese propósito" (2010, p. 1244).

El fundamento del control de constitucionalidad de las omisiones legislativas, es el principio de Supremacía de la Constitución. Principio que impone la obligación al órgano de control constitucional de velar por la integridad de la Carta Fundamental y de sancionar cualquier tipo de vulneración que se presente, se trate de acciones positivas o de omisiones en el desarrollo de sus preceptos. Frente a una omisión legislativa, la tarea del órgano de control constitucional es la de velar para que se cumpla y desarrolle el ordenamiento constitucional, de modo que se garantice la práctica oportuna del papel que le corresponde de órgano guardián de la integridad de la Constitución (Ramírez Cleves, 2006, p. 27).

Si es función de los órganos de control constitucional garantizar el respeto a los derechos y libertades públicas de los ciudadanos, deben por ello desarrollar una función mucho más activa

que abarque, como lo señala José Asensi Sabater “desde la represión de las leyes inconstitucionales hasta la función de dirección integradora, de estímulo, y más genéricamente, de garantía activa de los fines de la Constitución” (1998, p. 212). Es su función, en desarrollo de su misión de velar porque se desarrolle y cumpla en su integridad la Constitución, ejercer el control de los actos contrarios a la Constitución, provengan de la ley expedida por el Congreso o del silencio del legislador. Los Tribunales Constitucionales deben utilizar todos los principios legales y constitucionales existentes con el fin de lograr la materialización de los principales y valores constitucionales, como el de la igualdad, la justicia, la inclusión social, como así lo expuso el filósofo y sociólogo alemán Habermas. De ahí que la actividad constitucional es una forma de lograr la inclusión y la emancipación social y política. La justicia constitucional, se constituye en el engranaje central de las sociedades complejas y los conflictos sociales pasan por su mediación, lo que hace que los tribunales constitucionales sean los órganos claves de la legitimidad, la validez y la eficacia del sistema social en su conjunto (1998, p. 340).

El órgano legislativo, depositario de la legitimidad popular, debe estar acompañado del control jurisdiccional, que ha demostrado a través de la historia del derecho constitucional moderno, que es

> el órgano más eficaz en la defensa de los derechos de los ciudadanos y de los principios democráticos. Las dificultades derivadas del crecimiento desbordante del poder ejecutivo en el estado intervencionista y de las pérdidas de liderazgo políticos del órgano legislativo, deben ser compensadas, en la democracia constitucional con el fortalecimiento del poder judicial, dotado por excelencia de la capacidad de control y de defensa del orden institucional (Corte Constitucional. Sentencia T-778 de 1992).

La ausencia de controles en los ordenamientos jurídicos puede conllevar una alteración de la Carta Constitucional, reduciéndose los mandatos constitucionales a simples ideologías o pensamientos altruistas sin efectivo cumplimiento y sin el respeto hacia los sujetos amparados por la Carta Política. Además de esto, no genera conciencia de la reprochabilidad e ilicitud de la omisión, sin que existan medios para evitarla (Fernández Rodríguez, 1998, p. 206).

El análisis anterior, nos permite evidenciar la necesidad de regular en el ordenamiento constitucional colombiano la acción de inconstitucionalidad por omisión, lo cual garantizaría el desarrollo efectivo de los mandatos constitucionales que no cuentan con reglamentación legal por indiferencia o falta de interés del Legislador.

6.3. La acción de inconstitucionalidad por omisión: garantía constitucional específica para corregir las omisiones legislativas inconstitucionales

El carácter normativo de la Constitución conlleva a que las disposiciones en ella contenidas no sean infringidas o desconocidas, y que las obligaciones que impone, en especial la de desarrollar normativamente un precepto determinado, sean cumplidas de modo *efectivo y a adecuado* esto es, que se cumpla con lo constitucionalmente ordenado; solo así se puede garantizar la realización del proyecto constitucional contenido en la Norma Fundamental. Por razones de seguridad jurídica, predictibilidad y con el fin de buscar respuestas jurisdiccionales unificadas, Bazán aconseja que en la práctica, se deba contar con un mecanismo procesal especifico que permita ejercer el control de las omisiones. Siendo la función del órgano de justicia constitucional controlar que las actuaciones de los poderes públicos sean acordes con la normativa superior, en espacial las del Legislador, es tan inconstitucional una actuación positiva del Legislador que

vulnere el orden constitucional como la no actuación cuando esta se encuentre constitucionalmente prevista (2014, p. 64).

Siendo entonces, la acción de inconstitucionalidad por omisión, el mecanismo procesal que permite superar la omisión inconstitucional, ésta debe estar en cabeza del órgano de control constitucional, único órgano competente para determinar la existencia o no de una omisión violatoria de la Constitución. El reconocimiento en los ordenamientos constitucionales de la acción de inconstitucionalidad por omisión, señala Bazán "es la forma jurídica idónea para controlar las omisiones inconstitucionales en que puede incurrir la autoridad competente, encuentra sustento en el principio de fuerza normativa de la Constitución que atraviesa el paradigma mismo del Estado Constitucional contemporáneo" (2014, p. 65).

Una defensa real de la Constitución, supone para Gerardo Eto que la jurisdicción constitucional cuente con mecanismos específicos que le permitan subsanar la inercia del Legislador, garantía constitucional que considera, debe ser la acción de inconstitucionalidad por omisión. Su regulación debe provenir de un expreso mandato constitucional y el tipo de control a la violación específica de una cláusula constitucional, que exige un expreso desarrollo legislativo y cuya potestad depende exclusivamente del órgano legislativo desarrollarla (2002, p. 184). En igual sentido para Fernández Rodríguez, una forma clara de protección de la inconstitucionalidad por omisión, sería la presencia de una acción directa en cabeza del órgano de justicia constitucional que tuviera por objeto dicha omisión, quien propone para la procedencia de la acción de inconstitucionalidad, de una parte, que el sujeto lesionado en sus derechos compruebe la vulneración por causa de una concreta obligación de desarrollo proveniente de una norma constitucional específica, trátese de una vulneración absoluta o relativa, y haber transcurrido un tiempo largo

desde la promulgación de la Constitución sin que haya existido desarrollo de la norma por el Legislador (1998, p. 221).

Por su parte, Bidart Campos señala como argumentos para darle eficacia a la figura en estudio la obligación que le asiste a un órgano de cumplir la orden impartida por la Constitución; si omite ejercerla viola la Constitución por omisión, en forma equivalente a como la vulnera cuando hace algo que le está prohibido; cuando la abstención del órgano de poder implica un daño o un gravamen, quien lo sufre es el sujeto legitimado para impulsar a la justicia constitucional a controlar al órgano renuente en hacer lo que debe; el mecanismo de control tiene que funcionar debidamente, sea para obligar al órgano remiso a cumplir la actividad debida, sea para que el órgano de la justicia constitucional supla la actividad omitida en beneficio del sujeto agraviado que provoca el control (1979, p. 351).

Así como la articulación práctica de la institución para darle solución a la omisión legislativa inconstitucional ha tenido defensores, también de diferentes sectores surgen objeciones sobre ella, a pesar de que plantean que la Constitución puede ser violada tanto por acción como por omisión. Son objeciones para su admisión: i) el riesgo de permitir que el órgano de control constitucional se inmiscuya en atribuciones propias a la función legislativa; ii) la posibilidad de atentar contra la libertad de conformación del Legislador; iii) el carácter del legislador negativo que se le atribuye a los tribunales constitucionales; iv) el riesgo de propiciar un gobierno de los jueces, en perjuicio de las competencias originarias del Legislador; v) la ilegitimidad del Tribunal Constitucional para controlar la labor del Parlamento, y v) el tiempo que debe transcurrir para considerar que con la no expedición de una norma se ha producido la inconstitucionalidad por omisión.

De las razones que justifican la presencia de controles frente a las omisiones inconstitucionales del Legislador ya expuestas y despojándonos de las críticas que ha tenido la implementación del instituto, es claro que debe existir un mecanismo procesal para fiscalizar las omisiones inconstitucionales y a partir de ésta vía hacer efectivos los derechos y garantías contenidas en la norma constitucional en caso de ausencia de dispositivo legal que las reglamente, o si este existe, si su contenido es insuficiente. Dicho mecanismo es la *acción de inconstitucionalidad por omisión*.

La procedencia de la acción de inconstitucionalidad por omisión se daría frente a las omisiones *relativas y absolutas*. Si como lo hemos señalado anteriormente, en Colombia, la Corte Constitucional a través de su jurisprudencia ha adoptado la doctrina de la *exclusión arbitraria de beneficios* o el uso de *sentencias sustitutivas e integradoras*, para corregir las omisiones legislativas relativas que violen un principio constitucional, especialmente los de Igualdad y Debido Proceso; consideramos que procedería la acción de inconstitucionalidad por omisión, dando facultad al juez constitucional para que a través de su jurisprudencia y una vez verifique la existencia de una omisión inconstitucional, proceda a aplicar directamente el texto constitucional al individuo o grupo de individuos que fueron excluidos de la norma expedida por el Legislador –quienes tienen además, la legitimación activa- siendo los efectos de la sentencia extender la norma al individuo o grupo de individuos que no fueron considerados. No implica la creación de la norma, función que se mantiene en cabeza del órgano legislativo, garantizándose con ello la separación de poderes.

Admitida la acción de inconstitucionalidad por omisión relativa, la legitimación activa la tendría la persona o grupo de personas que fueron excluidos de una norma concreta y se le ha vulnerado su derecho a la igualdad. El juez constitucional, en caso de desconocimiento de un dere-

cho, debe disponer en la sentencia extender los efectos de la norma al individuo o grupo de personas que no fue considerado por ella. Tratándose de la omisión absoluta, el sujeto lesionado en sus derechos por la falta de desarrollo del mandato constitucional tendría que interponer la acción con el fin de que en la sentencia, se de aplicación directa del derecho fundamental que le ha sido conculcado, llenando de esta forma la laguna existente por la omisión del legislador.

6.4 La inclusión de la acción de inconstitucionalidad por omisión en el ordenamiento jurídico colombiano. Estructura dogmática

Considerada la trascendencia que ha adquirido el estudio del instituto de la inconstitucionalidad por omisión en el campo del derecho constitucional, su resultado práctico ha sido escaso dado que en muy pocos ordenamientos se ha reconocido. El control de la omisión legislativa, esto es, la abstención del legislador que impacta en forma negativa en el debido desarrollo de los mandatos constitucionales debe ser abordada vía de acción directa como una nueva forma de control constitucional que permita conocer la inconstitucionalidad de la inercia del Legislador y garantizar la supremacía de la Constitución. Ello en virtud de la competencia del órgano de fiscalizador de examinar las acciones que demuestren la pasividad el legislador frente a los mandatos de la Constitución –omisiones legislativas– a efecto que éstos no sean sólo enunciados semánticos, y gocen de plena aplicabilidad en contextos reales de exigibilidad. El orden constitucional asentado en el principio de soberanía, requiere contar con instrumentos de tutela que brinden garantía y eficacia a la norma constitucional, debiéndose para ello fortalecer las competencias del órgano de fiscalización constitucional a fin de garantizar con ello una justicia constitucional integral.

Si bien en Colombia existen pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinales referidos a la inconstitucionalidad de la omisión legislativa, no se ha desarrollado una teoría constitucional que coadyuve a soportar la introducción en nuestro Derecho de una institución jurídica especifica de control constitucional de las omisiones legislativas, que señale sus argumentos, la forma de determinación, alcances, procedimiento, la justificación de su consagración expresa en el ordenamiento constitucional y en especial la contribución a la concreción de las normas constitucionales. Resulta por demás paradójico que nuestros constitucionalistas no hayan profundizado sobre el mecanismo directo de control constitucional de las omisiones producidas por el legislador siendo la base del control garantizar la *supremacía de la Constitución* principio consagrado en el artículo 44 de la Constitución Política, principio que se constituye es la base del ordenamiento jurídico y del ejercicio del control constitucional.

Para su estudio, sea lo primero en señalarse, en todas las democracias del mundo, el órgano de control constitucional tiene como función principal aplicar e interpretar la Constitución con el fin de garantizar su supremacía; esta función está sometida al imperio de la Constitución respetando el campo de los otros órganos del Estado. En la actualidad, el rol de los organismos de control ha cambiado considerablemente, ya que no se limitan a declarar la legalidad o no de una norma, en muchos casos como lo señalamos en los capítulos anteriores, controlan las ausencias de ellas en procura de llenar los vacíos legislativos. Estas técnicas de control en nuestro caso, no permiten la procedencia de sanción por el incumplimiento en la obligación de legislar, siendo por ello necesario, establecer el mecanismo directo en vía principal para el control abstracto de la omisión inconstitucional, dirigida a poner en conocimiento del órgano legislativo la inconstitucionalidad de su incumplimiento en la obligación de legislar y subsanar el vacío dejado en la norma.

Resalta la conveniencia de establecer una vía procesal dirigida a la fiscalización de las omisiones del legislador que son relevantes constitucionalmente y hacer que el órgano de control constitucional sea operante como así lo señala Robert Alexy (1993, p. 496). Para ello se esbozará en forma aproximativa, las líneas básicas de la técnica orgánico-procedimental que permitirá concretar el control de las omisiones legislativas en nuestro sistema jurídico y así dar respuesta a las exigencias que presenta la lógica del Derecho actual y que garantice realmente la supremacía de la Constitución sin entrar a desconocer el principio de división de poderes.

6.4.1. Vías procesales para impugnar las omisiones legislativas inconstitucionales

Las omisiones del legislador pueden ser objeto de control a través mecanismos o instituciones articulados para la defensa de la integridad y supremacía de la Constitución Política. En Colombia, la Corte Constitucional ha aceptado que el Legislador puede vulnerar garantías constitucionales por vía de omisión legislativa en razón a la falta de regulación normativa en relación a materias constitucionales sobre las cuales el Congreso tiene asignada una específica y concreta obligación de hacer, admitiendo su control por vía de la acción pública de inconstitucionalidad (Corte Constitucional, Sentencias C-185 de 2002. M. P Rodrigo Escobar Gil; C-351 de 2013, M. P Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

La misma jurisprudencia de la Corte ha precisado que no todo del silencio del legislador puede ser objeto de control jurisdiccional. *El juicio de constitucionalidad solo puede darse frente al silencio relativo o parcial*, que se presenta “cuando el legislador al regular o construir una institución omite una condición o un ingrediente que, de acuerdo con la Constitución, sería exigencia esencial para armonizar con ella. v.gr.: si al regular un procedimiento, se pretermite el derecho

de defensa". (Corte Constitucional, Sentencias C-543/96. M. P. Carlos Gaviria Díaz; C-146/98, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-891A de 2006, M. P. Rodrigo Escobar Gil). En este caso, el objeto de la acción no es fiscalizar directamente lo omitido por el legislador ya que no es posible el juicio de reproche sobre una norma que no existe; en tal evento se demanda lo que la norma no dice, siendo necesario "que el demandante formule sus acusaciones contra los contenidos normativos específicamente vinculados con la omisión. De este modo, el demandante conecta el vacío normativo con la norma de la cual podría predicarse, cumpliendo así con el requisito de coherencia lógica que exige la jurisprudencia" (Corte Constitucional, sentencia C- 1009 de 2005. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa), correspondiéndole al ente fiscalizador evaluar si el legislador con su actuar ha vulnerado los cánones constituciones, en relación con el contenido normativo de una disposición que por ser incompleta resulta discriminatoria al favorecer a unos sectores y perjudicar a otros, o cuando adopta un precepto acatando lo ordenado por la Constitución pero en su regulación excluye a un grupo de ciudadanos de los beneficios que otorga a los demás desconociendo el principio de igualdad o al regular una institución omite un elemento esencial exigido por la Constitución.

El precedente de la Corte Constitucional ha sistematizado los requisitos que deben concurrir para que se declare la inconstitucionalidad de un precepto en razón de la omisión legislativa relativa:

> (i) que exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo; (ii) que la misma excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, tenían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial pa-

> ra armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta; (iii) que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente; (iv) que la falta de justificación y objetividad genere para los casos excluidos de la regulación legal una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma; y (v) que la omisión sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador" (Sentencias C-185 de 2002 M. P. Rodrigo Escobar Gil; C-871de 2002 M. P. Eduardo Montealegre Lynett; C-041 de 2002, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra; C-427 de 2000, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-1549 de 2000 M. P. (e) Martha Victoria Sáchica Méndez; C-543 de 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz).

La doctrina de la Corporación ha precisado que solo procede la evaluación de la ocurrencia de la omisión legislativa relativa si el acto ha dirigido la acusación contra la norma de cuyo texto surge o emerge la omisión alegada, quedando supeditado el pronunciamiento de fondo al hecho de que la omisión sea predicable directamente del dispositivo impugnado (Corte Constitucional Sentencias C-185 de 2002 M. P. Rodrigo Escobar Gil; Sentencias C 1009 de 2005 M. P Manuel José Cepeda Espinosa).

En cuanto a la omisión total del Legislador, advierte la Corte Constitucional en su jurisprudencia que el juicio de constitucionalidad en ningún caso recae sobre la omisión absoluta que se deriva de la completa inactividad del legislador (Sentencia C 1009 de 2005, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa) bajo el argumento que el juicio constitucionalidad no procede por la carencia de referente normativo que permita confrontarla con la Carta y de la cual se deduzca discrepancia o inconformidad (Sentencia C-1009 de 2005). Esta ausencia de control de las omisiones

legislativas absolutas, que se producen cuando el Legislador no ha proferido la ley necesaria para la actuación de la norma constitucional, nos lleva a proponer otra vía de control específica y concreta de las omisiones: la *acción de inconstitucionalidad por omisión*, que permita determinar la inconstitucionalidad de la conducta omisiva total del Legislador y cuya teoría a continuación expondremos.

6.4.2. Fundamentos teóricos de la acción de inconstitucionalidad por omisión

Para efectos de establecer la estructura dogmática de la acción de inconstitucionalidad por omisión cuyo estudio acometemos, debemos partir por considerar que la omisión con relevancia jurídica, es aquel silencio del Legislador frente a la concreción de un mandato constitucional que le es impuesto por la misma Constitución, cuya inobservancia vulnera directamente el principio de supremacía constitucional y desconoce su fuerza normativa. Por su parte, el control de constitucionalidad, entendido como la función de defensa y garantía de la supremacía del Estatuto Fundamental y el conjunto de medios y procedimientos orientados a alcanzar éste propósito, tiene como objetivo principal el preservar el imperio de las normas de la Constitución. El control se consolida en nuestro sistema jurídico sobre el principio de supremacía o prevalencia de la Constitución. La supremacía de la Constitución conlleva al reconocimiento de la Carta Fundamental "como piedra angular filosófico-política que rige todas las actividades estatales y a la cual están subordinados todos los ciudadanos y los poderes públicos" (Corte Constitucional C-400 de 2013. M. P. Nilson Pinilla Pinilla), dando cabida a la consagración de garantías fundamentales como fines prioritarios del Estado, y el establecimiento de controles de todo el ordenamiento y de una jurisdicción especial encargada de velar por su integridad.

Si bien a la Corte Constitucional colombiana no se le confió en su totalidad la función de defensa de la Constitución en virtud del modelo paralelo de control de constitucionalidad de nuestro sistema, si se le confío *la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución* y es la cabeza de la jurisdicción constitucional y órgano judicial de cierre como se establece el Título VIII, capítulo IV de la Constitución. El control debe ser ejercido *en de los estrictos y precisos términos* señalados en el artículo 241 superior. Para el efecto, se prevén diversos mecanismos que permiten ejercer la función de control constitucional; mecanismos que han sido desarrollados por disposiciones legales.

Una de las principales formas de control es la *acción pública de inconstitucionalidad*, mecanismo procesal adoptado para el control de las leyes o normas que produce el Congreso de la República. Su marco normativo lo determina el artículo 4 superior que contiene el principio de supremacía de la Constitución, el artículo 40 numeral 6 que establece el derecho de los ciudadanos para proponer acciones en defensa de la Constitución, el artículo 241 superior que señala la competencia de la Corte Constitucional para conocer las demandas propuestas por los ciudadanos contra una ley, un decreto con fuerza de ley y un acto reformatorio de la Constitución por considerarlos violatorios de la Constitución, el artículo 242 que dispone reglas de la participación de los ciudadanos en el control constitucional y el artículo 243 que regula la institución de la cosa juzgada constitucional. En términos legales y reglamentarios, se tiene el Decreto 2067 de 1991 "Por el cual se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional" y el Reglamento de la Corte Constitucional contenido en el Acuerdo N° 5 de octubre 15 de 1992.

La acción de inconstitucionalidad es el instrumento de control que permite hacer efectivo dos mandatos constitucionales: *garantizar la supremacía de la Constitución* (CPC, art. 4) y *estable-*

cer mecanismos en defensa de la Constitución como derecho fundamental de los ciudadanos (CPC, art. 40). En nuestro análisis, partimos de estos argumentos para consolidar la procedencia en el ordenamiento constitucional de una acción de inconstitucionalidad específica, como instrumento que permita el control de las omisiones del Legislador, dispuesto por la Constitución Política en cabeza de la Corte Constitucional. Este mecanismo, posibilita que el órgano de control constitucional reconozca la inconstitucionalidad de la omisión legislativa cuando el Legislador no ha expedido una ley si dicha omisión afecta el cumplimiento de la Constitución, remediando con ello la infracción del legislador y las consecuencias dañosas que produce a los ciudadanos la omisión de postulados constitucionales que imponen su obligatorio desarrollo para que sean efectivos.

Regular la inconstitucionalidad por omisión en el ordenamiento superior, como lo afirma Iván Castro Patiño (2003, p. 131) implica hacer valer los principios de la supremacía de la Constitución y su fuerza normativa. Supone la defensa de la vigencia de la Constitución, por lo que desde el punto de vista jurídico y práctico es aconsejable que la atribución de una competencia de tanta importancia esté expresamente regulada en la Constitución y no se deje su formulación a la voluntad y decisión de los poderes constituidos, particularmente del Legislativo, cuya morosidad en el cumplimiento de los mandatos constitucionales es justamente la principal razón para regular la inconstitucionalidad por omisión. Se justifica y hace obligatoria su regulación, como lo afirma Pablo Andrés Bonilla "para consolidar el Estado constitucional de derecho, donde las normas constitucionales no puedan ser manipuladas y ultrajadas por negligencia u omisión justificada del gobernante de turno (porque precisamente dicha justificación carece de toda validez o arreglo a un marco legal que supone lo contrario)" (Bonilla, 2009, p. 49).

6.4.3. Definición y presupuestos para la procedencia de la acción de inconstitucionalidad por omisión

Definiremos la acción de inconstitucionalidad por omisión como *el mecanismo procesal en virtud del cual los ciudadanos, previo cumplimiento de los requisitos procesales establecidos, pueden presentar directamente demanda ante el órgano de control constitucional para que, previo trámite procesal, determine la ocurrencia de la inconstitucionalidad proveniente de la falta de desarrollo de un mandato de imperativo desarrollo.*

Aceptado el control de constitucionalidad de las omisiones del Legislador, el Tribunal Constitucional entraría a delimitar los *presupuestos* que le permitan construir una tesis sobre el grado de su intervención frente a la inconstitucionalidad por omisión:

i. *El incumplimiento del deber constitucional de legislar*: No es suficiente verificar la pasividad del legislador, es necesario que el juez constitucional evidencie la inobservancia de un deber constitucional de legislar frente a un mandato que exige su desarrollo para concretarse y hacerse efectivo, esto es, constate que el Legislador ha incumplido con la obligación que le impone la Constitución de dictar un texto legislativo que posibilite la plena eficacia de un mandato constitucional. La omisión a verificar sería aquella que entraña un mandato expreso de la Constitución para legislar y cuyo incumplimiento derive el desconocimiento de una determinada norma. La omisión legislativa inconstitucional no es solo la simple inercia o el no hacer del legislador. Como lo señala Gomes Canotilho *un entendimento naturalístico-formal de omissâo –a omissâo como simples nâo actuar– nâo pode aceitar-se: nâo possibilita a definiçâo de uma omissâo legislativa constitucio-*

nalmente relevante, dado que esta só pode entenderse como nâo cumprimento de imposiçôes constitucionais concretas (Gomes Canotilho, 2001, p. 354).

ii. El *transcurso* de un tiempo razonable sin que el legislador haya elaborado la norma que haga efectivo el mandato constitucional. En este sentido el juicio de inconstitucionalidad se daría sobre el tiempo en que debería ser desarrollada la norma constitucional. La ausencia o insuficiencia de la norma legal no puede ser deslindada de un determinado tiempo señalado por la necesidad de producción legislativa, de ahí que el órgano de control constitucional debe tener presente que la voluntad del constituyente no puede ser interpretada en el sentido de que el Legislador puede dilatar la obligación impuesta por el constituyente en forma indefinida, debe por lo contrario, medir el tiempo transcurrido sin que el Legislador haya emitido la norma para que analizada la omisión, reconozca que el Legislador debía en dicho tiempo haber expedido la norma.

iii. *La violación objetiva de la norma constitucional*: entendida como las consecuencias que conlleva el silencio del legislador y que es en concreto el desconocimiento de un mandato constitucional de imperativo desarrollo que conlleva su clara vulneración y en muchos casos la ineficacia de los derechos. En este sentido, verificar que la ausencia de formación produce una situación en las relaciones jurídico-sociales inequívocamente opuesta a las previsiones de la Constitución. Transgresión de las normas constitucionales que conlleva a la declaratoria de la inconstitucionalidad por omisión.

Marco normativo

La regulación de la vía procesal de control de las omisiones legislativas inconstitucionales debe provenir de un expreso mandato constitucional, formando parte de los mecanismos dis-

puestos por la Constitución Política en cabeza de la Corte Constitucional para la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, para ello debe adicionarse al artículo 241 un numeral en los siguientes términos:

> Art 241. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de éste artículo. Con tal fin, cumplirá lasa siguientes funciones:
>
> (…)
>
> Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las omisiones del Legislador, cuando el Congreso no expide una ley y dicha omisión afecta el cumplimiento e integridad de la Constitución.

El tipo de control propuesto sería expreso, y se daría frente a la obligación específica impuesta al Legislador de concretar en un mandato constitucional que exige un obligatorio desarrollo para que cobre plena eficacia.

Finalidad de la acción de inconstitucionalidad por omisión

La finalidad de la acción al igual que la acción pública de inconstitucionalidad, es la defensa de la integridad y supremacía de la Constitución, frente a la inacción del Legislador de expedir una norma o conjunto de normas generales y abstractas cuyo desarrollo es impuesto por la misma Carta. Inacción que conlleva la no aprobación de normas necesarias para que la Constitución pueda ejecutarse. Le corresponde al órgano de control constitucional constatar la inercia del le-

galismo frente a un mandato cuyo desarrollo es impuesto por la Constitución y definir si se presenta la vulneración.

Órgano competente

Admitida la viabilidad de la corrección de la omisión inconstitucional, la competencia para el conocimiento de la acción le será asignada en forma exclusiva a la Corte Constitucional. Como guardiana de la supremacía e integridad de la Constitución Política, le corresponde dotar de plena eficacia y garantizar el cumplimiento de los preceptos en ella contenidos. El máximo Tribunal Constitucional como agente del campo jurídico, al controlar la omisión inconstitucional, hace que se llene el vacío dejado por el Legislador, contribuye a la producción e interpretación del *corpus* de las reglas jurídicas. Este modo de proceder del Tribunal Constitucional refleja el papel que desempeña y el lugar que ocupa dentro del campo jurídico, actuación que, en el contexto de un formalismo exasperado, ha suscitado un reparo frente a la legitimación política que le sustenta.

No obstante, el carácter vinculante de las disposiciones normativas constitucionales obliga al órgano de control constitucional en tal sentido, razón por la cual es la misma Constitución Política la que determina quién es su máximo intérprete y, por ende, el determinador de lo que sea o no derecho vigente. Así el Tribunal Constitucional, como operador de justicia, emplea en forma directa los preceptos constitucionales. La Corte Constitucional, con la legitimidad que le confiere el recurso, no solo entraría a garantizar la defensa de la integridad del ordenamiento constitucional sino también la defensa de los derechos e intereses de las personas que han sido desconocidos por el silencio del legislador

Legitimación

La vía de control de la omisión del legislador es un mecanismo procesal en *interés* de la integridad de la Constitución Política, esto, es una vía de tutela objetiva de la Constitución que se interpone por los sujetos que tienen la posición de defensores del interés general y del mantenimiento de la supremacía del orden constitucional. Esta característica conlleva su acercamiento en cuanto a la *legitimación activa* con la acción de inconstitucionalidad, siendo sus titulares *las personas naturales nacionales que gozan de la ciudadanía* la que es definida por la Corte Constitucional en como aquel "el nexo que une al Estado con un nacional para efectos de reconocerle derechos y obligaciones políticas, siempre que la persona reúna los requisitos exigidos. Dicha identidad de titular se da en consideración que quien puede impugnar una norma contraria a la Constitución, puede igualmente impugnar su inexistencia" (Sentencia C-003 de 1993. M. P. Alejandro Martínez Caballero). Le corresponde al titular de la iniciativa, la carga de señalar las normas constitucionales violadas y las normas cuya expedición se pretende, quedando establecido así el objeto del proceso de inconstitucionalidad por omisión.

Efectos de la sentencia

Verificada por el Tribunal constitucional la presencia de un mandato explicito contenido en la Carta y cuyo desarrollo ha sido desconocido por el Legislador, esto es, si la sentencia es estimatoria de inconstitucionalidad por la omisión, estaría legitimado para actuar cuando haya transcurrido un plazo razonable desde la expedición de la norma constitucional sin que se haya dado su desarrollo. La inactividad del Legislador sería superada por el Tribunal Constitucional a través de fallos cuyos efectos en los que se declare fundada la acción de inconstitucionalidad por omisión, sean fijar un plazo perentorio y determinado y de obligatorio acatamiento –dos sesiones

ordinarias del Congreso– para que el Legislador expida la ley de que se trate la omisión y enmiende la violación. Si el requerimiento dentro del plazo fijado no se cumple, se facultaría al órgano constitucional para dictar provisionalmente las bases normativas de desarrollo constitucional a las que deben sujetarse las autoridades, aplicables hasta tanto se profiera la norma definitiva por el Legislador.

Con este proceder el órgano de control constitucional no se conformaría con declarar la inercia del legislador, proferir un exhorto al legislador, emitir una sentencia aditiva o hacer un llamado al Legislador sobre la infracción que comete al no actuar, se convertiría en una instancia colegiada facultada para expedir normas de eficacia temporal limitada que permiten en forma provisional llenar los vacíos normativos del Legislador, constituyéndose además, en guía del sentido en el que el Legislador entraría a proferir la norma definitiva que desarrolle el mandato omitido. Al integrar la omisión y fijar las bases en forma provisional del actuar de las autoridades, el órgano de control constitucional respetaría las funciones del órgano legislativo e impediría que los derechos contenidos en el ordenamiento constitucional continúen siendo conculcados por la inacción u omisión de los poderes constituidos.

Con este proceder se subsana la inactividad del Legislador que, por una parte, conlleva la ausencia de la eficaz puesta en práctica de las normas constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo y, por otra parte, impide que los destinatarios de dicha norma la cumplan, no porque estén en desacuerdo con el contenido, sino porque no existe regulación que les permita cumplirla. No aceptar las consecuencias jurídicas que conlleva el desconocimiento de la inconstitucionalidad por omisión, y no prever mecanismos directos para su control, mantendría la inercia del poder legislativo en concretar y desarrollar los valores constitucionales que provocan una alteración real de la Carta Magna.

Con la inclusión en el ordenamiento constitucional del mecanismo procesal que controle la omisión del Legislador, la protección del texto constitucional es mayor, y como lo señala José de Jesús Gil, "el actuar omisivo que impide la concreción del proyecto constituyente *sine die* es desplazado por la norma creada por el propio Legislador como consecuencia de la sentencia, o por la dictada por el tribunal constitucional" (2014, p. 79-80). Lo importante es que la Constitución no deje de ser aplicada por falta de normas de desarrollo, que no pierda su fuerza normativa. Es por ello que resulta necesario dar cumplimiento a los encargos hechos al Legislador que todavía hoy se mantienen sin desarrollo. El control de constitucionalidad por omisión legislativa permite al sistema jurídico su corrección y con ello garantizar la efectividad del texto superior, suspendida por la inacción legislativa. Con ello, se realiza plenamente el ordenamiento constitucional, sin que quede en manos del Legislador la voluntad de expedir la norma exigida en un mandato que conlleva desarrollo para lograr su plena eficacia. Es tarea del órgano de control constitucional lograr la realización efectiva del ordenamiento constitucional.

6.5 A modo de conclusión

En Colombia a partir de la expedición de la Constitución Política de 1991, se reforzó el valor normativo de la Constitución, al crear la Corte Constitucional, como máximo órgano de control constitucional, órgano cuya principal función es la de garantizar la integridad, supremacía y desarrollo de la Constitución.

Para el ejercicio de dicho control y como garantía constitucional específica de la supremacía constitucional, con apoyo del derecho comparado y en especial el estudio de los países que cuentan con este instrumento, se evidencia que el mecanismo procesal que permite superar la

omisión legislativa, que garantiza la consecución de la efectividad total de los preceptos constitucionales, es la articulación práctica en nuestro ordenamiento jurídico de la acción de inconstitucionalidad por omisión. Su objetivo principal es el control frente a la violación específica de una cláusula constitucional que exige concreto desarrollo por parte del poder legislativo. Su regulación, proviene de un expreso mandato constitucional y de competencia exclusiva del órgano de control constitucional.

La acción de inconstitucionalidad por omisión permitirá que el juez constitucional a través de su jurisprudencia, una vez verificada la omisión legislativa inconstitucional, ordene al órgano renuente a emitir la reglamentación dentro del plazo que se le haya fijado. Si el requerimiento dentro del plazo fijado no se cumple, se facultaría al órgano constitucional para dictar provisionalmente las bases normativas de desarrollo constitucional, condicionadas a la emisión de la norma definitiva por parte del Legislador.

Con ello, se garantiza que los principios, valores y derechos consagrados en el ordenamiento constitucional sean efectivos y se materialicen los mandatos constitucionales. La decisión de fondo proferida por la justicia constitucional, en la que se declare la inconstitucionalidad de una omisión legislativa, se constituye en el título jurídico de imputación de los daños que la omisión inconstitucional cause; procediendo las reclamaciones por los perjuicios causados por la aplicación discriminatoria de una ley por los afectados cuando se presenta la omisión legislativa relativa, o por la falta de reglamentación de un mandato constitucional en el caso de la omisión legislativa absoluta.

CONCLUSIONES

En el desarrollo de ésta investigación hemos sido testigos de la problemática jurídica que se construye en el debate sobre la procedencia del control de las omisiones del Legislador en la doctrina extranjera, pero con poco estudio por la doctrina colombiana. La Corte Constitucional, como órgano encargado de garantizar la supremacía de la Constitución, ha sido renuente, con diversos argumentos, para asumir la competencia de control cuyo objeto sean las omisiones legislativas absolutas. Esta decisión de la Corte está dada por la ausencia de mecanismos procesales que hayan sido expresamente consagrados en la Constitución y que posibilitaran la exigencia, al Legislador, del cumplimiento del deber de legislar para garantizar los principios y valores de la Carta Política que requieren configuraciones normativas específicas para el desarrollo y cumplimiento.

Sin embargo, en ejercicio de las competencias de control y corrección jurídica, al no contar con una acción directa que le permita controlar las omisiones legislativas inconstitucionales, la Corte Constitucional colombiana ha recurrido a diversas técnicas para lograr la sujeción al orden jurídico cuando ocurre el silencio del Legislador. Con estas salidas, como se ha demostrado con el análisis de casos, se han ido corrigiendo vacíos legales que afectan el ejercicio de derechos consagrados constitucionalmente. En este orden de ideas, se ha dado la utilización de sentencias intermedias o atípicas por parte de la Corte Constitucional y que han permitido a esta el acercamiento a la problemática de la omisión inconstitucional. En consecuencia, la Corte ha actuado para subsanar omisiones legislativas relativas, más no las absolutas.

Desde una perspectiva general, la utilización de técnicas jurisprudenciales para superar las omisiones inconstitucionales no es la salida más deseable en un sistema constitucional estable y

coherente con los mismos principios de la propia organización, que prevalecen, por el interés común, sobre las voluntades particulares o de los dictámenes circunstanciales que las dinámicas sociales. Determinados momentos históricos imponen a los cuerpos colegiados variaciones en la manera en que estos pueden interpretar y representarse contextualmente los principios y valores constitucionales, cuando los alcances de estos serían los de estabilizarse a sí mismos, en el orden jurídico, para garantizar los derechos a pesar los cambios intempestivos en la vida social. A pesar de esta consideración, es innegable que las técnicas jurisprudenciales han significado un importante desarrollo jurisprudencial contemporáneo que permitirá sentar las bases para abrir el debate político y jurídico sobre la necesidad de consolidar una solución directa frente a la desidia del Legislador y sobre la taxonomía y consecuencias de la inacción en la responsabilidad de legislar.

En este orden de ideas, el interés de establecer vías directas adecuadas para que desde la justicia constitucional se remedien las omisiones inconstitucionales es creciente, como se ha demostrado en los capítulos precedentes, en especial en el caso de las omisiones legislativas. Este valor y la pertinencia de la discusión del asunto se acrecienta, a la manera del círculo hermenéutico, cuando hay necesidad de reconocer y recomponer la inconstitucionalidad por omisión para garantizar la supremacía de la Constitución, la vigencia de los derechos y la consolidación del Estado Constitucional. Por estas razones se ha planteado y abordado el problema de la responsabilidad del legislador desde la perspectiva de la doctrina constitucional, con fundamento en experiencias concretas, lo que conduce a afirmar que la forma más clara de control de las omisiones legislativas inconstitucionales es la presencia de una acción directa, de competencia del órgano de control constitucional, que tenga por objeto este tipo de omisión.

La presencia en el ordenamiento constitucional de encargos al legislador, normas que requieren desarrollo ulterior por parte del legislador ordinario, es esencial para que se produzca la omisión inconstitucional. La completitud de estas normas debe provenir de diferentes mecanismos, y uno de ellos es el instituto procesal de la inconstitucionalidad por omisión. La finalidad de articular en forma expresa el instituto procesal es lograr que la voluntad del constituyente se realice y se activen los derechos que la Constitución consagra en favor de las personas. Estos derechos, en diversas circunstancias de la vida social y por causas diversas, circunstanciales o históricas, se ven vulnerados, pero este mismo quebrantamiento o transgresión se hace más grave para las personas cuando no encuentran asidero o protección en el desarrollo legislativo de la norma constitucional que consagra los derechos vulnerados o vulnerables.

La Constitución en Colombia debe regular el instituto de la inconstitucionalidad por omisión, facultando a la Corte Constitucional para decidir no solo sobre la inconstitucionalidad de la ley que quebranta el orden superior sino, además, para que se reconozca la omisión legislativa inconstitucional como remedio para la infracción del Legislador y las consecuencias dolosas que el silencio produce. Normar la inconstitucionalidad por omisión supone la defensa de los principios de supremacía y fuerza normativa de la Constitución, función que en Colombia se encuentra en cabeza de la Corte Constitucional, mediante el control abstracto y objetivo de constitucionalidad de la ley.

Admitida la viabilidad correctiva de la inconstitucionalidad por omisión en el ordenamiento superior colombiano, la Corte Constitucional, a través de sentencia, declararía la omisión inconstitucional y ordenaría al órgano renuente a emitir la reglamentación dentro del plazo que ella le fije. En caso de no cumplirse lo ordenado, se facultaría a la Corte para dictar provisionalmente las bases normativas de desarrollo constitucional que se pueden practicar frente al caso

concreto del derecho vulnerado; esto, consecuentemente, condiciona la exigencia a la expedición de la norma definitiva por el Legislador.

Con la consagración de la acción de inconstitucionalidad por omisión, la Corte Constitucional respeta las funciones propias del órgano legislativo y garantiza que el contenido del derecho sea reconocido. Al controlar la omisión legislativa, la Corte Constitucional llena el vacío dejado por el Legislador y contribuye a la producción e interpretación del corpus de las reglas jurídicas.

Los supuestos planteados en el trabajo de investigación ponen de manifesto la necesidad de enfrentarnos a la vulneración de la Ley Fundamental por inacción del Poder Legislativo, que pese a las connotaciones y dificultades políticas que éste proceder pueda generar, debe dársele solución a través de un tratamiento riguroso basado en la técnica jurídica para que de esa manera se garantice la afectiva vigencia de la Constitución, se reconozcan y respeten los derechos en ella contendidos. La consagración de la acción de inconstitucionalidad por omisión cuyo fundamento se encuentra en la posibilidad de vulneración de la Carta Fundamental a través de la omisión, en la existencia de encargos al legislador, sin olvidar los aludidos principios de supremacía y carácter normativo de dicho texto, hacen necesario que el Tribunal Constitucional haga eco de la figura propuesta, sin desconocer que hasta este momento su actuación ha sido la correcta, por lo menos en lo referente a la omisión legislativa, no tanto en lo relacionada a los silencios absolutos del legislador.

BIBLIOGRAFÍA

Libros y artículos de libros

Alexy R. (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Arango Rivadeneira, R. (2005). *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia-Legis.

Astudillo Reyes, C. (2010). Las entidades federativas y la acción por omisión legislativa en México. En V. Bazán (coord.). *Derecho Procesal Constitucional americano y europeo.* Tomo II. (pp. 1665-1700). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Bazán, V. (2010). Derecho Procesal Constitucional frente al siglo XXI: Actualidad y Desafíos. En V. Bazán (coord.). *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo.* Tomos I. (pp.59-85). Buenos Aires: Abeledo-Perrot,

_____ (1997). Hacia la plena exigibilidad de los Preceptos Constitucionales: el Control de las Omisiones Inconstitucionales. Especial referencia a los casos de Brasil y Argentina. En: Víctor Bazán (Coord.). *Inconstitucionalidad por Omisión*. Bogotá: Temis.

_____ (1997. *Inconstitucionalidad por Omisión*. Bogotá: Temis.

Bernal Pulido, C. (2005). *El derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Betancourt-Serna, F. (2007). *La recepción del derecho romano en Colombia*. Sevilla: Universidad de Sevilla,

Bidart Campos, G. (1997). Algunas reflexiones sobre las omisiones inconstitucionales. En: Víctor Bazán (Coord.). *Inconstitucionalidad por omisión*. Bogotá: Temis.

Botero Aristizábal, L.F. (2007). *La responsabilidad patrimonial del legislador*. Bogotá: Legis.

Bourdieu, P. (2000). *La fuerza del Derecho. Derecho y Sociedad en América Latina. Un debate sobre los estudios jurídicos críticos*. Bogotá: ILSA, Universidad Nacional de Colombia.

Bueno, G. (1995). ¿*Qué es la ciencia?* Oviedo: Pentalfa.

Casal H. J.M. (2004). *Constitución y Justicia Constitucional.* 2° ed. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.

Castillo Córdoba, L. (2004). *Cometarios al Código Procesal Constitucional*. Lima: Ara Editores.

Charaudeau, P y Mainguenau, D. (2005). *Diccionario de análisis del discurso*. Buenos Aires: Amorrortu.

Church, W. F. (1941). *Constitutional Trought in Sixteenth century France.* Cambridge: Estudios Históricos de Harvard University. Cam

Díaz Revorio, F.J. (2004). *La Constitución abierta y su Interpretación*. Lima: Palestra.

Dworkin, R. (1985). *Questioni di principio*. II Saggiatore, Milano.

Eco, U. (1992). *Los límites de la interpretación*. Barcelona: Lumen.

Escobar Martínez, L. M. (2003). *La modulación de sentencias y el poder normativo de la Corte Constitucional colombiana.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Favoreau, L. (2000). *Legalidad y constitucionalidad, La constitucionalizacion del derecho*. Bogotá: UEC Temas de Derecho Público.

Fernández Segado. (2010). El control de las omisiones legislativas en el *Bundesverfassungsgericht*. En V. Bazán (coord.*). Derecho Procesal Constitucional. Americano y Europeo*. Tomo II. (pp. 998-1035). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

_____ (1997). La inconstitucionalidad por omisión ¿Cauce de tutela de los Derechos de naturaleza Socio-Económica? En: *Inconstitucionalidad por omisión*, Bogotá: Temis.

_____ (1994). *Los nuevos retos del estado Social para la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales*. Buenos Aires: El Derecho.

_____ (1992). *El sistema constitucional español*. Madrid: Dykinson.

Fernández Rodríguez, J.J (2010). Las sentencias constitucionales en el derecho comparado. En V. Bazán (coord.*). Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo.* Tomo II. (pp 1329-1356). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

_____ (2002). *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*. Madrid: Tecnos.

_____ (1998*). La Inconstitucionalidad por omisión. Teoría General. Derecho Comparado. El caso español*. Madrid: Civitas.

Figueiredo, M. (2010). Una visión del control de constitucionalidad en Brasil. En V. Bazán (coord.*). Derecho Procesal Constitucional. Americano y Europeo*. Tomo I. (p 389-432). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Fontanille, J. *"Le cynisme. Du sensible au risible".* (1993). En ABRAMOWICKS, M., D. BER-TRAND et T. STRÓZYNSKI, editores. 1993. L'humour européen. Vol. I. Lublin: Sèvres.

García de Enterría, E. (1985). *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas S.A.

García de Enterría, E. y Fernández, T.R. (1995). *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I. Madrid: Civitas S.A.

García, M y Rodríguez, C. (Eds.). (2003). *Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos.* Bogotá: ILSA, Universidad Nacional de Colombia.

Garrido Mayol, V. (2004). *La responsabilidad patrimonial del Estado; especial referencia a la responsabilidad del Estado Legislador*. Madrid: Tirant Lo Blanch.

Gil Botero, E. (2013). *Responsabilidad extracontractual del Estado*. Bogotá: Temis.

González Pérez, J. (2012). *Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas.* Madrid: Civitas – Thomson Reuters.

Gomes Canotilho, J.J. (2001). *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador - Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas.* Lisboa: Coimbra Editora.

_____ (1998). *Direito Constitucional e Teoría da Constituicao*. Lisboa: Coímbra Editora.

Gómez Serrano, L. (2008). *Hermenéutica Jurídica. La Interpretación a la luz de la Constitución*. Volumen I. Bogotá: Doctrina y Ley.

González Amuchástegui, J. (2001). *Concepto y Fundamento de los Derechos Humanos*.. Bogotá: Defensoría del Pueblo - Imprenta Nacional.

Guastini, R. (2010). Los Principios Constitucionales en tanto fuente de perplejidad. En V. Bazán (coord.). *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo.* Tomos I. (pp 180-191). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Habermas, J. (1998). *Facticidad y Validez: Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en términos de teoría del discurso*. 5° ed. Madrid: Trotta.

Hart, H.A. (1990). *El concepto del derecho.* Buenos Aires: Abeledo-Perro.

Hararkot-de-la- Taille, E. (2000). *Bref examen sémiotique de la honte*. Limoges: Pulim.

Hernández Galindo, J. G. (2010) El papel de la Corte Constitucional en Colombia: defensa del derecho ciudadano a la Constitución. En V. Bazán (coord.) Derecho Procesal Constitucional. Americano y Europeo. Tomo II. (pp. 1243-1292). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Houdé, O. Kayser D. Koening, O. Proust, J & Rastier. F. (2003). *Diccionario de ciencias cognitivas. Neurociencia, psicología, inteligencia artificial, lingüística, filosofía*. Buenos Aires: Amorrortu.

Jellinek, G. (1991). *Reforma y mutación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Kalkbrenner, H. (1963). *Verfassungsauftrag und Verpflichtung des Gesetzgebers*. En Die Öffentliche Verwaltung (DÖV), 16. Jahrgang, Heft 2.

Kelsen, H. (1998). *Teoría general del derecho y del Estado.* México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Martínez Sospedra, M. (2007). *Manual de derecho Constitucional*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

Miranda, Jorge. (1977). *Inconstitucionalidade por omissâo*". En *Estudios sobre la Constitución.* Vol. I, Lisboa: Livraria Petrony.

Moliner, M. (1983). Diccionario de uso del español. Madrid: Gredos.

Muchelli, A. (directeur). (2004). *Dictionnaire des méthodes qualitatives en sciences humaines*. París: Armand Colin, 2a edición.

Palomino Manchego, J. F. (2010). Constitución, Supremacía Constitucional y Teoría de la Fuentes. En: En V. Bazán (coord.) *Derecho Procesal Constitucional. Americano y Europeo*. Tomo I. (pp. 221-234). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Pereira Da Mota, M. J. (1999). *Resposnabilidade Civil do Estado Legislador*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris.

Pérez Royo, J. (2000). *Curso de Derecho Constitucion*al. Madrid; Marcial Pons, Barcelona.

Pizzorusso, A. (1984). *El Tribunal Constitucional Italiano, en Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Romboli, R. (1998). *Las Tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador de la Europa actual*. Barcelona: Ariel Derecho.

Ricœur P. (2001). *Teoría de la interpretación. Discurso y excedente de sentido*. 4a ed. México: Siglo XXI editores.

Real Academia de la Lengua Española. (2014). *Diccionario de la lengua española.* 23ª ed. Madrid: RAE.

Rossetti, A. (2010). Reflexiones sobre la supremacía y el control de constitucionalidad en la Argentina. En: En V. Bazán (coord.). *Derecho Procesal Constitucional. Americano y Europeo*. Tomo I. (pp. . 330 – 352). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Rubio Llorente, F. (1993). *La forma del poder. (Estudios sobre la Constitución).* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Ruiz de Olabuenaga, J.I. (1996). *Metodología de la investigación* cualitativa. 4ª ed. Bilbao: Universidad de Deusto.

Savigny, F. K. Von et al. (1950). *La ciencia del derecho*. Buenos Aires: Losada, 1950.

Sainz de Robles, F. (1993). *La responsabilidad patrimonial del Estado*. Madrid: Tapia.

Sarmiento Erazo, J.P. (2010). *Responsabilidad patrimonial del Estado por omisión legislativa.* Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas - Ibáñez – Depalma.

Segura Ortega, M. (1991). *Teoría del Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.

*Strauss, Anselm y Corbin J. (2015) Basis of Qualitative Research. Grounden Theory, p*rocedures *and tecniques*. San Jose: San Jose University.

Taylor, S. J. y Bogdan, R. (1997). *Introducción a los métodos cualitativos de investigación*. Barcelona: Paidós.

Uprimny, R. *Legitimidad y conveniencia del control constitucional en la economía. Independencia Judicial en América Latina. ¿De quién? ¿Para qué? ¿Cómo?* (2003). En G. Burgos S. (ed.). Colección Textos de aquí y ahora. 1ª Edición. Bogotá: ILSA.

Velásquez Posada, O. (2009). *Responsabilidad Civil Extracontractual*. Bogotá: Temis.

Vega, C. (2000). *La idea de ciencia en el Derecho. Una crítica histórico-gnoseológica a partir de la idea de "ciencia normativa*". Oviedo: Universidad de Oviedo.

Villaverde Menéndez, I. (2009). *Investigación y comunicación científica en la Ciencia Jurídica*. Puebla: Benemérita Universidad Autónoma de Puebla.

_____ (1997). *La Inconstitucionalidad por omisión*. Madrid: MG Graw Hill.

Wessel. (1952). *"Die Rechtsprechung des Bundesverfassugsgerichrs zur Verfassungsbeschwende*" En: *Deutsches Verwaltungsblatt* (DBVl), 67. Jahrgang, Heft 6,15. März.

Zagrebelsky, G. (1988). *La giustizia contituzionale*. Bologna: II Milenio.

Artículos académicos

Aguiar de Luque, L. (1987). El Tribunal Constitucional y la función legislativa: el control de procedimiento legislativo y de la inconstitucionalidad por omisión. *Revista de Derecho Público* N° 24, UNED, Madrid. Recuperado de http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:Derechopolitico-1987-24-9D9749EE/PDF.

Ahumada Ruiz, M.A. (1991). El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* n° 8. Recuperado de https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1050867.pdf.

Aragón, M. (1986). Sobre las nociones de Supremacía y Supralegalidad constitucional. En: *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)* núm. 50. Recuperado de https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/26886.pdf.

Báez Silva, C. (2011). La omisión legislativa y su inconstitucionalidad en México. En: *Revista Jurídica. Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. núm. 105, 2011. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Recuperado de http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/105/art/art1.htm.

Bazán, V. (2014). Control de las Omisiones Inconstitucionales e Inconvencionales. Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer. CEP. Banco de la República-Biblioteca Luis Ángel Arango. Recuperado de http://www.reflejar.org/index.php/imagenes/150-libro-control-de-las-omisiones-inconstitucionales-e-inconvencionales

_____ (2007). (Neoconstitucionalismo e inconstitucionalidad por omisión. En *Revista de Derecho del Estado*. N° 20 (pp.121-144).

_____ (2006). La inconstitucionalidad por omisión en el derecho comparado, con particular referencia al sistema venezolano. En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* / Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM. Recuperado de www.juridicas.unam.mx.

_____ (2000). Respuestas normativas y jurisdiccionales frente a las omisiones inconstitucionales. Una visión de derecho. (pp 91-286). Recuperado de biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/544/5.pdf.

Bidart Campos, G. (1979). La justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión. *Anuario Jurídico,* México, UNAM.

Bonilla Hernández, P.A. (2009). La inconstitucionalidad por omisión: Un proceso que clama por su institucionalización. Anuario de derecho constitucional latinoamericano. Año XV, Montevideo. Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/tablas/r23514.pdf.

Brewer-Carías, A. R. (2010). Los jueces constitucionales como legisladores positivos. Una aproximación comparativa. En *II Congreso Internacional "Proceso y Constitución"* Universidad Panamericana, Campus Guadalajara., México, 24 al 26 de noviembre) Recuperado de http://allanbrewercarias.com/

Castillo Estrada, I. y Reyes Martínez, J. (2008). Las sentencias interpretativas. Una opción a la declaración de inconstitucionalidad de normas. En *Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM*. (pp.369-384). Recuperado de www.juridicas.unam,mx 2008.

Castro Estrada, A. (2008). La responsabilidad patrimonial del Estado en México. Fundamento constitucional y legislativo. En Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM. Recuperado de www.juridicas.unam.mx.

Cochia, J. J. (2004). Las omisiones del Estado generan responsabilidad. En *Revista Comunicaciones Científicas y tecnológicas*. Universidad Nacional del Nordeste. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas. Argentina. (pp.2-4). Recuperado de: http://www.unne.edu.ar/unnevieja/Web/cyt/com2004/1-Sociales/S-002.pdf

Corchete Martin, M. J. (2001). El Defensor del Pueblo y la Protección de los Derechos. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca. (pp.198). Recuperado de https://books.google.com.co/books?isbn=8478008837

Díaz Gamboa, L.B. (2009).La inconstitucionalidad por omisión. Necesidad de reconocimiento de la figura en Colombia como factor garantista de los derechos humanos. En *Revista Criterio Jurídico Garantista*. Universidad Autónoma de Colombia, año 1, núm. 1, (pp 162 a 191)

Díaz Revorio, F.J. (2008). La interpretación constitucional y la jurisprudencia constitucional. En*: Quid iuris* Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (pp 7-37) Recuperado de www.juridicas. unam. mx

_____ (2001). El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas relativas en el derecho comparado europeo. En *Revista Española de Derecho Constitucional* Año 21 número 61. (pp 81-130).

_____ (1978) Tipología y efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional en los procedimientos de inconstitucionalidad ante la reforma de la ley orgánica del Tribunal Constitucional español. En *Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM.* (pp 291-316). Recuperado de www.juridicas.unam.mx.

Escobar Martínez, L. M (2006). La Modulación de las sentencias. Una antigua practica europea. En *Revista Vniversitas*. Pontifica Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, núm. 112. Recuperado de http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82511204

Eto Cruz, G. (2002). Una defensa constitucional: la acción de inconstitucionalidad por omisión. En *Instrumentos de tutela y Justicia Constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Recuperado de biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/344/11.pdf

Fernández Segado, F. (2012). El Tribunal Constitucional español como legislador positivo. En: Pensamiento Constitucional [online]. Año XV N° 15. 2012. [citado: 4, marzo, 2016] Disponible en: http://www.revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/download/3063/2910

_____ (2009). El Control de Constitucionalidad de la omisiones legislativas Algunas cuestiones dogmáticas. En*: Revista Estudios constitucionales*. Año 7, N° 2. (pp 13-69) Centro de Estudios constitucionales de Chile, Universidad de Talca. Recuperado de http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002009000200002

_____ (2008). Algunas reflexiones generales en torno a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad y a la relatividad de ciertas formulas estereotipadas vinculadas a ellas. En *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* n° 12, CEPC, (pp 135-198). Recuperado dehttp://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=8&IDN=664&IDA=27228

_____ (2005) La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano. En *Revista Pensamiento constitucional*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Año XI, N° 11 (p 51). Recuperado de http://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2015/08/FERNND1.pdf.

Fernández Rodríguez, J.J. (2011) Omisión Legislativa. En *Diccionario de Derechos Humanos*. Universidad de Alcalá. Recuperado de http://diccionario.pradpi.org/inicio/index.php/terminos_pub/to_pdf/103

_____ (1996). Consideraciones en torno a la Jurisprudencia Constitucional de 1994 sobre la televisión por cable en relación a la inconstitucionalidad por omisión". En *Revista Española de Derecho Constitucional* Año 16. Núm. 48.

_____ (1993) Aproximación al concepto de Inconstitucionalidad por omisión En *Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*. (pp 17-64) Recuperado de www.juridicas.unam.mx.

García Roca, J. (2000). Del Principio de la División de Poderes. En *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época).* Núm. 108. Abril-Junio Recuperado de https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/27611.pdf.

Hernández Valle, R. (2006). El Principio de Igualdad y las omisiones legislativas. *En Derecho Constitucional para el siglo XXI: actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional.* España: Aranzadi, Vol 1, (pp 535-644)

_____ (2003). Las omisiones legislativas y los derechos prestacionales. En *Revista del Centro de Estudios Constitucionales.* Vol. 1, núm. 1 (pp. 179-186). Recuperado de http//www.redalyc.or/artiuclo.oa?id=82010109.

_____ (1994). La tipología *de las sentencias constitucionales con efectos fiscales. En Revista española de derecho constitucional. Año 14 Núm. 41. (pp. 225-245).* Recuperado de http://bibliotecadigital.inap.es/Datos/Publicaciones_Periodicas/REDC/41/REDC_041_225.pdf

Jinesta Lobo, E. (2011). Responsabilidad del Estado Legislador. En *Revista Responsabilidad del Estado Legislador. Recuperado de* http://www.ernestojinesta.com/REVISTAS/RESPONSABILIDADDEL ESTADOLEGISLADOR.PDF.

Kelsen, H. (2008). La garantía jurisdiccional de la Constitución. (La justicia constitucional). En *Revista Iberoamérica de Derecho Procesal Constitucional*. Traducción Rolando Tamayo y Salmorán. núm. 10, pág. 24. Recuperado de http://portalacademico.derecho.uba.ar/catedras/archivos/catedras/156/kelsen,%20hans%20-%20la%20garanta%20jurisdiccional%20de%20la%20constitucin.pdf.

Kirchmann, J.H.V (1950). El carácter científico de la llamada ciencia del derecho. En Savigny, FK et al. *La ciencia del derecho*. Buenos Aires: Lozada.

Koschaker, P. (1955). Europa y el derecho romano. En *Revista de Derecho Privado*, Madrid.

Lopera Quiroz, O.L. (2009) "Usos de las metodologías de investigación en el derecho". En: *Colombia Estudios de Derecho*, Universidad De Antioquia, vol. LXVI, número 147.

López Medina, D. (1999). El Valor del Precedente Constitucional. *En Derecho Constitucional. Perspectiva Crítica*. Vol. 1. Bogotá: Siglo del hombre Editores-Facultad de Derecho Universidad de los Andes.

Martínez Caballero, A. (2000). Tipos de sentencias en el control constitucional de las leyes: la experiencia colombiana. En *Revista Estudios Socio-Jurídicos*. Vol. 2. Nº. 1. (pp 9-32. Recuperado de http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2725336

Morón Urbina, J.C. (1998). La omisión legislativa como un caso de inconstitucionalidad. En *Revista Jurídica del Perú*. Año XXXIX, número III-IV. julio-diciembre.

Mortati, C. (1985). Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contor comportamenti omissivi del legislatore. En: Problema di Diritto Publico nell'attuale experienza constituzio-

nale republicana. Raccolta di Scritti. Vol. III Milano. (Traducción de Luis Aguiar de Luque, En El Tribunal Constitucional y la función legislativa: el control de procedimiento legislativo y de la inconstitucionalidad por omisión). En *Revista de Derecho Público* N° 25, UNED, Madrid. Recuperado de http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:Derechopolitico-1987-24-9D9749EE/PDF.

Nogueira Alcalá, H. (2010) El derecho procesal constitucional a inicios del siglo XXI en América Latina. Bogotá, Universidad Externado de Colombia e Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2010.

_____ (2004). Consideraciones sobre las sentencias de los tribunales constitucionales y sus efectos en América del Sur. En *Revista Ius Et Praxis*, núm. 10.

Olano, H.A. (2004). Tipología de nuestras sentencias constitucionales. En *Revista Vniversitas*. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídica de la UNAM. Recuperado de www.juridicas.unam.mx

Pardo, O. y Rosales Cueva, H. (septiembre de 2014). El sistema axiológico del concepto de solidaridad en el orden jurídico colombiano. *Comunicación en 12 Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Estudios Semióticos, IAAS*. Sofía, Bulgaria, New Bulgarian University.

Ramírez Cleves, G. (2006). El control de constitucionalidad sobre las omisiones legislativas en Colombia. En *Segundas Jornadas colombo-venezolanas de derecho constitucional*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. Recuperado de http://www.academia.edu/8123992/El_control_de_constitucionalidad_sobre_las_omisiones_legislativas_en_Colombia de Google.

Restrepo Gómez, B. (2003). Investigación formativa e investigación productiva de conocimiento en la universidad. En *Nómadas*. Bogotá. No. 18.

Rodríguez Garavito, C y Uprimny Yepes, R. (2005) Constitución y modelo económico en Colombia: hacia una discusión productiva entre economía y derecho. Dejusticia. Recuperado de: http://dejusticia.org/pdf/libros/cr_constitucionModelo.pdf

Rojas Manrique, S. M. (2000). Inconstitucionalidad por Omisión en Colombia. En *Revista Estudios de Derecho*. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad de Antioquia. Año LXII. Vol. LIX. 97: 138. (pp 97-135).

Rosales Cueva, J.H y Pardo Martínez, O. (2016). El sistema axiológico del concepto de solidaridad en el orden jurídico colombiano. En*: Revista de Estudios Socio-Jurídicos*. Universidad del Rosario, vol. 18-1. (en prensa).

Ruiz Orjuela, W. (2005) La Responsabilidad del Estado Legislador. En *Revista Civilizar. Ciencias Sociales y Humanas*. N° 9. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda. Recuperado de http://www.redalyc.org/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=100220350008].

Samaniego, L.G. (2008). Análisis de la regulación de la Acción de Inconstitucionalidad por omisión legislativa en México. En: *Estudios homenaje a Héctor Fix – Zamudio*. Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM. (pp. 1-22. Recuperado de mwww.juridicas.unam.mx.

Santos Flores, I. (2012). La omisión legislativa en materia tributaria. El caso de México. En: *Instituto de Investigaciones Jurídica* Recuperado de http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3026.

Sarmiento Erazo, J.P. (2010) La modulación de sentencias de la Corte Constitucional: ¿Juez natural para la responsabilidad del Estado Legislador*?* En: *Revista Precedente*: anuario jurídico, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Icesi. (pp 227 – 258) Recuperado de (http://hdl.handle.net/10906/5319).

_____ (julio-diciembre 2010). Sentencias de la Corte Constitucional con efectos reparatorios, entre el Juez Administrativo y el Juez Constitucional. En: *Revista Vniversitas*, N° 121:161-192. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25955.pdf

Schneider, H.P. (1982). Jurisdicción Constitucional y Separación de Poderes. En: *Revista Española de Derecho Constitucional.* Año 2. Núm. 5. Traducción: Joaquin Abellan. Recuperado de https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=249978

Solano González, E. (2007). La modulación de los efectos de las sentencias de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. En: *Teoría Constitucional y Políticas Públicas. Bases Críticas para una discusión*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. (pp 523 – 614).

Soto Kloss, E. (1982). Responsabilidad pública: enfoque político (en torno a la idea clásica de restitución). En: *Responsabilidad del Estado*, UNSTA, Tucumán.

Tajadura Tejada, J. (2011). La Inconstitucionalidad por Omisión y los Derechos Sociales. En: Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM. Recuperado de www.juridicas.unam.mx.

Vargas Hernández, C.I. (2011). La función creadora del Tribunal Constitucional. En: *Revista Derecho Penal y Criminología*, volumen XXXII. 92 – (pp. 24-33).

Villabella Armengol, C.M. (2009). La investigación científica en la ciencia jurídica. Sus particularidades IUS". En: *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, núm. 23.

_____ (2009). Investigación y comunicación científica en la Ciencia Jurídica. Puebla: Benemérita Universidad Autónoma de Puebla.

Villaverde Menéndez, I. (2003). La inconstitucionalidad por omisión. Un nuevo reto para la justicia constitucional. En: *Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM*. Recuperado de: biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/544/4.pdf.

Tesis

Castro Patiño, I. (2003). *La Inconstitucionalidad por omisión: una reforma necesaria en la Constitución Ecuatoriana*. (Tesis Doctoral). Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Sociales y Políticas. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/tablas/27230.pdf.

Gil Barreto, J.J. (2014). *La omisión legislativa absoluta y la aplicación efectiva de los derechos económicos, sociales y culturales*. (Tesis de Maestría). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.

Valiente Véliz, E.A. (2015). *La inconstitucionalidad por omisión legislativa: análisis de presupuestos válidos para la creación de un procedimiento que haga posible su planteamiento*. (Tesis de Maestría) Universidad de San Carlos de Guatemala l, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Recuperado de http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_12888.pdf.

Villaverde Menéndez, I. (1996). *La Inconstitucionalidad por omisión de los silencios legislativos*. Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario. Resumen Tesis del autor del libro "Omisión Legislativa" Recuperado de Oviedo.es.

Normas jurídicas

Normas nacionales

- Acto Legislativo N° 3 de 1910, "Reformatorio de la Constitución Nacional". Diario oficial. Año XLVI. N. 14131. 31, octubre, 1910.

- Decreto 2067 de 1991 "Por el cual se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional Diario Oficial No. 40.012, del 4 de septiembre de 1991.

Normas extranjeras

Constitución De La Provincia De Río Negro. Recuperado de

http://www.econ.uba.ar/www/institutos/admin/ciap/baseciap/CODIFICACION/3_3 Constituciones%20Provinciales/Rio%20Negro.pdf.

Constitución Política de Colombia de 1886. Recuperado de ftp://ftp.camara.gov.co/camara/based oc/cp/constitucion_politica_1986.htm

Constitución Política de Colombia. (2006). Bogotá: Doctrina y Ley.

Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Tlaxcala. Recuperado de http://www.tlaxcala.gob.mx/pdf/constituciontlaxcala2012.pdf.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Recuperado de http://www.filosofia.org/cod/c1999ven.htm.

Constitución de la República de Ecuador. Recuperado de http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf.

Constituição da República Portuguesa. Recuperado de: http://www.wipo.int/wipolex/es/details.jsp?id=5452. [online] Assembleia Da República. [citado 1, marzo, 2015]. Disponible en: http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx.

Constitución de la República Federativa de Brasil. Recuperado de Rehttp://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Brazil/esp88.html

Constitución Política del Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave. Recuperado dehttps://www.scjn.gob.mx/normativa/Legislacin%20Recursos/20.pdf.

Constitución de la República Dominicana. Recuperado de http://www.poderjudicial.gob.do/documentos/PDF/constitucion/Constitucion.pdf.

Costa Rica. Asamblea Legislativa. Ley N° 7135 "Ley de la Jurisdicción Constitucional" Gaceta N° 198 de 10 de octubre de 1989. Recuperado de http://www.cesdepu.com/nbdp/ljc.htm.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Recuperado de [online] http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_ecu_org2.pdf.

Ley N° 137 -11 Orgánica del Tribunal Constitucional y de los procedimientos constitucionales, Recuperada de https://www.tribunalconstitucional.gob.do/sites/default/files/documentos/Ley_137-11.pdf

Jurisprudencia nacional

Corte Constitucional

-Sent. C-574 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón.
-Sent. T-406 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón.
-Sent. T-778 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón.
-Sent. C-496 de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero.
-Sent. C-473 de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero.
-Sent. C-089 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
-Sent. C-109 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero.
-Sent. C-600 A de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero.
-Sent. C-247 de 1995, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.
-Sent. C-504 de 1995, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.
-Sent. C-543 de 1996, M.P Carlos Gaviria Díaz.
-Sent. C-188 de 1996, M.P. Fabio Morón Díaz.
-Sent. C-073 de 1996, M.P. Jose Gregorio Hernandez Galindo.
-Sent. C-100 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero.
-Sent. C- 690 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero.
-Sent. C-285 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz.
-Sent. C-055 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero.
-Sent. SU-111 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
-Sent. C- 239 de 1997, M.P. Carlos Gaviria Díaz.
-Sent. C-221 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero.
-Sent. C-075 de 1997, M.P. Hernando Herrera Vergara.
-Sent. C-146 de 1998. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.
-Sent. C-745 de 1998. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.
-Sent. C-407 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
-Sent. C-956 de 1999, M.P. Alvaro Tafur Galvis.
-Sent. C-132 de 1999, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.
-Sent. C-067 de 1999, M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

-Sent. C-700 de 1999. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

-Sent. C-215 de 1999, M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

-Sent. C-369 de 1999, M.P. Fabio Morón Díaz.

-Sent. C-675 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

-Sent. C-867 de 1999, M.P. Fabio Morón Díaz.

-Sent. C-427 de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

-Sent. C-1549 de 2000, M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

-Sent. C-1433 de 2000, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

-Sent. C- 488 de 2000, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

-Sent. C-955 de 2000, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

-Sent. C-635 de 2000, M.P. Alvaro Tafur Galvis.

-Auto 017 de 2000, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

-Sent. C-1287 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

-Sent. C-1064 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinoza-Jaime Córdoba Triviño.

-Sent. C-246 de 2001, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

-Sent. C-041 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

-Sent. C-1064 de 2001, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

-Sent. C-1046 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

-Sent. C-170 de 2001, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

-Sent. C-737 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

-Sent. C-557 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

-Sent. C-047 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

-Sent. C-185 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

-Sent. C-128 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

-Sent. C-809 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

-Sent. C- 284 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

-Sent. C-402 de 2003. M.P. Jaime Araujo Rentería.

-Sent. C-619 de 2003, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

-Sent. C-865 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

-Sent. C-971 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

-Sent. C-155 de 2004, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

-Sent. C-1125 de 2004, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

-Sent. C-061 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

-Sent. C-1154/ 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

-Sent. C-1266 de 2005, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

-Sent. C-192 de 2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

-Sent. C- 045 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

-Sent. C-038 de 2006, M.P. Humberto Sierra Porto.

-Sent. C- 073 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

-Sent. C-454 de 2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

-Sent. C-394 de 2007, M.P. Humberto Sierra Porto.

-Sent C-1004 de 2007, M.P. Humberto Sierra Porto.

-Sent. C-831 de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

-Sent. C-542 de 2008, M.P. Jaime Córdoba Triviño

-Sent. C-691 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

-Sent. C-442 de 2009, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

-Sent. C- 227 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

-Sent. C-522 de 2009, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

-Sent. C-402 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

-Sent. C-203 de 2011, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

-Sent. C-818 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

-Sent. T-171 de 2011, M.P. Jorge Iván Palacio.

-Sent. C-251 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

-Sent. C-122 de 2011, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

-Sent. T-087 de 2012, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

-Sent. C-489 de 2012, M.P Adriana María Guillén Arango.

-Sent. C-351 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

-Sent. T-970 de 2014, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

-Sent. C-796 de 2014, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

-Sent. C-951 de 2014, M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

Corte Suprema de Justicia

- Sala Constitucional. Sentencia de agosto 4 de 1981. M.P Manuel Gaona Cruz. Gaceta Judicial núm. 2405, pp 284-287.

- Sala Constitucional. Sentencia de junio 2 de 1981. M.P Manuel Gaona Cruz.. Gaceta Judicial núm. 2405, pp 200-2005.

Consejo de Estado

- Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 1° de noviembre de 2001. Rad: 52001-123-31-000-1995-3002-01 (13002). C.P. María Elena Giraldo Gómez.

- Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 21 de febrero de 2002. Rad: 05001-23-31-000-1993-0621-01(12789). C.P. Alier Hernández Enríquez

Jurisprudencia extranjera

- Corte Suprema de Estados Unidos. Caso: Marbury v. Madison 5 US 137, Art. 177-178, (1803). Recuperado de: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/case.html