

El control de constitucionalidad a las omisiones legislativas en el contexto del Estado social de derecho *

***The Constitutional Control Over Legislative Omissions
in the Context of Social State of Law***

***O controle constitucional e as omissões legislativas
no contexto do Estado social de direito***

***Le contrôle de constitutionnalité des omissions
legislatives dans le cadre de l'état social de droit***

María Susana Villota Benavides¹

Resumen

Este artículo presenta un análisis crítico sobre la problemática del control de constitucionalidad a las omisiones legislativas en Colombia, teniendo en cuenta los postulados del Estado Social de Derecho, el principio de democracia participativa y la noción de división de poderes, pilares fundamentales del texto constitucional nacional. Se comprende que la existencia de

* Este artículo es el producto de la investigación desarrollada por la autora para optar al título de Magister en Derecho Constitucional de la Universidad Libre de Colombia, vinculado al grupo de investigación República de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de dicha Universidad.

1 Abogada de la Universidad de Nariño, especialista en Derecho Administrativo, magister en Derecho Constitucional de la Universidad Libre de Colombia. Docente del área de derecho público en la Universidad Mariana y en la Institución Universitaria CESMAG. Correo electrónico: susvilbe@hotmail.com.

Este artículo fue recibido el día 1 de septiembre de 2012 y aprobado por el Consejo Editorial en el Acta de Reunión Ordinaria N°. 15 del 18 de septiembre de 2012.

omisiones legislativas dentro de un ordenamiento jurídico no solo afecta los principios que rigen el sistema, sino también, arriesga la supremacía y eficacia del texto superior, lo cual impone la necesidad de analizar los posibles mecanismos de control a partir de los conceptos básicos que la doctrina ofrece sobre la inactividad del legislador.

Palabras claves: Control constitucional, democracia representativa, omisión legislativa, supremacía de la Constitución.

Abstract

This article presents a critical analysis on the issue of judicial review of legislative omissions in Colombia, taking into account the pillars of the national Constitution: the principles of rule of law, the principle of participatory democracy and the notion of separation of powers. It is understood that the existence of legislative omission in a legal system not only affects the principles governing the system, but also puts at risk the supremacy and efficacy of the Constitution. These reasons make it necessary to analyze the possible mechanisms of control using the basic concepts that the doctrine offers about inactivity of the legislator.

Keywords: Legislative oversight, constitutional control, representative democracy, supremacy of the constitution.

Resumo

Este artigo apresenta uma análise crítica da problemática do controle de constitucionalidade das omissões legislativas na Colômbia, tendo em conta os princípios do Estado Social de direito, o princípio da democracia participativa e da noção de separação de poderes, pilares fundamentais da Constituição nacional. Entende-se que a existência de omissão legislativa dentro de um sistema jurídico não só afeta os princípios que regem o sistema, mas também põe em risco a supremacia e eficácia do texto superior, o que impõe a necessidade de analisar os possíveis mecanismos de controle a partir dos conceitos básicos que a doutrina oferece sobre a inatividade do legislador.

Palavras-chave: Controle constitucional, democracia representativa, omissão legislativa, supremacia da constituição.

Résumé

Cet article présente une analyse critique sur la problématique du contrôle de constitutionnalité des omissions législatives en Colombie, en prenant en compte les postulats de l'Etat Social de Droit, le principe de démocratie participative et la notion de la séparation des pouvoirs, qui sont des piliers fondamentaux de la Constitution nationale. Il faut comprendre que l'existence des omissions législatives à l'intérieur d'un ordonnancement juridique n'affecte seulement les principes régissant le système mais aussi la suprématie et l'efficacité de la Constitution, ce qui impose la nécessité d'analyser les possibles mécanismes de contrôle à partir des concepts basiques sur l'inactivité du législateur présentés par la doctrine.

Mots clefs: Contrôle de constitutionnalité, démocratie représentative, omission législative, suprématie de la Constitution.

Sumario

Introducción. 1. El Estado de derecho como escenario del control de constitucionalidad. 2. La importancia de la actividad legislativa desde una perspectiva histórica. 3. Concepto y clasificación de las omisiones legislativas. 4. La inconstitucionalidad por omisión. 5. Conclusiones.

Introducción

La constante dinámica del derecho exige valorar los medios y los instrumentos que este utiliza para alcanzar sus fines, pues solo así se puede determinar su eficacia. Por tanto, es menester que permanentemente se examinen los puntos críticos y las fortalezas de estas herramientas, con miras a la evolución y la consolidación de los sistemas jurídicos. La realidad cambiante de las sociedades le impone a la ciencia jurídica el reto de transformar el derecho al ritmo de las dinámicas sociales, y la ley es una de las instancias principales en las que se debe plantear tal propósito.

En este sentido, resulta importante analizar la actividad del legislador, pero en esta ocasión no para verificar si una determinada norma se adecúa o no al ordenamiento jurídico sino, por el contrario, para entender en qué circunstancia la ausencia de una norma jurídica expresa puede violentar principios o disposiciones del texto constitucional. En estricto rigor, se trata de estudiar no la actividad legislativa sino el silencio, la quietud, la inactividad o la omisión del legislador a la luz del texto constitucional.

El estudio dogmático de las omisiones legislativas permitirá dar cuenta de cómo pueden entenderse los silencios del legislador y qué consecuencias jurídicas se generan por su causa, sin querer desconocer los estragos sociales y políticos, que no son objeto de este estudio pero que también son un tema de interés. Incluso, la comprensión de este asunto llevará al lector a

la formación de un criterio acerca del fenómeno de la inconstitucionalidad por omisión, teniendo en cuenta su desarrollo doctrinario y jurisprudencial en Colombia y en otros países. Igualmente, le será posible comprender el papel de las sentencias moduladoras proferidas por la Corte Constitucional ante la ausencia normativa.

Una precisión debe hacerse antes de continuar y es que este escrito sintetiza el resultado de una investigación cualitativa, en la que la revisión documental fue la técnica empleada para la recolección y el análisis de la información, y se fundamentó en el estudio de casos concretos sobre la inconstitucionalidad por omisión en Colombia. Estos resultados se presentan con un enfoque histórico que ayuda a comprender la evolución del fenómeno estudiado y las consecuencias a las que el mismo ha dado lugar, a fin de abrir paso a una etapa propositiva que trascienda la mera recolección de información, teniendo en cuenta, en primer lugar, la experiencia de algunos países suramericanos.

El Estado de derecho como escenario del control de constitucionalidad

Como es bien sabido, en un Estado democrático de derecho la ley encarna una voluntad colectiva de la sociedad políticamente organizada que, a través de sus representantes y en ejercicio de actividades democráticas, estructura válidamente un ordenamiento jurídico para regular las actuaciones del Estado y de los particulares, buscando con ello asegurar, en la mayor medida posible, la convivencia pacífica y la armonía colectiva.

En un Estado constitucional y democrático de derecho, propio de los tiempos modernos, la constitución política como norma fundamental representa el pilar o la base estructural de todo el sistema, y debe permear

no solo las actuaciones de los órganos del Estado y de los particulares, sino la ley misma y las normas de inferior jerarquía que a ella se encuentran sometidas. Por lo tanto, un Estado constitucional de derecho que no da cumplimiento a sus postulados supremos desconoce con ello su propia esencia y hace caso omiso a sus conceptos fundamentales. Podría pensarse incluso que el Estado constitucional de derecho es un avance del Estado de derecho y que busca principalmente exaltar la importancia del texto constitucional y de los derechos que en el mismo se reconocen, más allá de las clasificaciones tradicionales, según las generaciones en que dichos derechos fueron conquistados.

La importancia de la constitución en este modelo de Estado la define acertadamente Natalia Bernal Cano (2003), en su obra *El control de Constitucionalidad de la ley*, y es importante comprenderla para dimensionar acertadamente la problemática del silencio del legislador:

La Constitución Política representa en virtud de una noción general, la existencia del Estado, la estructura y funcionamiento de sus órganos y los principios o los valores fundamentales que pertenecen a su parte dogmática.

Ella significa entonces, el fundamento jurídico que identifica al Estado y representa su unidad política. En un punto de vista material, el pueblo expresa su voluntad general aprobando las disposiciones que integran la Constitución; éstas últimas son consideradas como normas de superior jerarquía en el ordenamiento jurídico.

En un punto de vista formal, la Constitución dirige el sistema legislativo dando al legislador y al poder ejecutivo las directrices para ejercer las funciones legislativas y reglamentarias. (p.51)

La cita permite traer a colación el hecho de que una constitución política no solo da inicio a un Estado nuevo, propio, consolidado y unido políticamente alrededor de un sistema jurídico diferente al anterior —o nuevo al

menos en cuanto a su ordenamiento jurídico—, sino que además se constituye en el principio y el fin de las normas de dicha organización. Es por eso que, más allá de la afirmación de la autora, debe considerarse que esa constitución no se limita a representar una unidad política, sino que además permite afianzar una unidad jurídica al interior de cada Estado o, en otras palabras, una unidad normativa cuya importancia se hace evidente si se considera que el sistema jurídico facilita la estructuración e interrelación de otros importantísimos sistemas, como el político, el económico, el cultural, el religioso, el social, etc.

Es entonces evidente que las disposiciones constitucionales gozan de un poder vinculante, y no se afirma esto exclusivamente en razón de los mecanismos legales para garantizar su cumplimiento, sino más allá de ello, a causa de la importancia y la trascendencia del texto constitucional en el contexto del aparato estatal. Esto significa que el desconocimiento de la norma suprema tiene mayúsculas implicaciones y que su desobediencia afecta de modo directo el sistema político y jurídico. Ante tal consideración cabe decir entonces que el desacatamiento del texto supremo redundaría necesariamente en un doble conflicto: por un lado, el de la ilegalidad de las actuaciones de los servidores públicos y, por el otro, el de la ilegitimidad en el ejercicio del poder.

Pero no puede perderse de vista que existen diferentes formas de desacatar la carta política. Cada órgano del Estado en el ejercicio de sus funciones puede desconocer los mandatos superiores y llevar conductas abiertamente violatorias del texto constitucional. El legislador puede incurrir en esta falta cuando expide las leyes o cuando deja de hacerlo. Y así como existen controles jurídicos para las actuaciones inconstitucionales de la administración, existe también el control de constitucionalidad de la ley como mecanismo fundamentado en el principio del control interorgánico de las funciones públicas. De esta manera, en aras de privilegiar la integridad del texto supremo, el propio constituyente le entregó a la jurisdicción constitucional

la inevitable función de examinar las leyes y excluirlas del ordenamiento jurídico cuando contradigan su voluntad.

En Colombia, el control de constitucionalidad de las leyes tuvo sus orígenes en el año 1910, a través del acto legislativo N. 03, es decir, cuando ya se había implementado el modelo de Estado de derecho, bajo la Constitución política de 1886. Este mecanismo de control fue de la mano con la necesidad de proteger ese reciente texto constitucional y brindar a los ciudadanos una mayor garantía de integridad del ordenamiento jurídico y, en consecuencia, de respeto por sus derechos. La experiencia ha sido similar en los demás países de Suramérica² en los que también existe un mecanismo jurídico de control de constitucionalidad de las leyes, bien sea concentrado o difuso, abstracto o concreto.

La importancia de la actividad legislativa desde una perspectiva histórica

En el escenario del Estado democrático de derecho que se describió, el silencio del legislador, pese a la existencia de un mandato constitucional que reclama su pronunciamiento, tiene la capacidad suficiente para generar consecuencias significativas por representar una afectación grave para el modelo estatal democrático. Es apenas natural que el legislador, en ejercicio

2 Ecuador consagró por primera vez el control de constitucionalidad en la Carta de 1851, y después lo hizo en las constituciones políticas de 1869, 1897, 1929 y en la vigente. En Venezuela el control de constitucionalidad ha hecho presencia desde el siglo xix, y en 1999 se le entregó a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia la potestad de realizarlo de manera concentrada. El caso peruano se caracteriza porque la Constitución de 1993 consagró tres formas de control, porque combina el control difuso y el combinado, además de que consagra un control legislativo. En Bolivia este control se consagró en la reforma constitucional de 1861, y en la reforma de 1994, que se encuentra vigente, se adoptó un sistema de control concentrado.

de su condición de representante del pueblo, tenga a su cargo una responsabilidad especial, pues ha recibido la confianza de los electores para expresar la voluntad general como la más importante evidencia del postulado de la

soberanía popular. En otras palabras se diría que la ley desarrolla material y formalmente el texto constitucional, pues una norma superior resulta ineficaz sin una ley que la haga aplicable, debido a que los cánones constitucionales en su inmensa mayoría no son disposiciones normativas de aplicación directa. Esto explica la gravedad de la omisión del órgano legislativo.

Esto tiene una explicación histórica que se comprende dando una mirada a las teorías políticas y jurídicas nacientes en la Europa de los siglos XVIII y XIX, las cuales se fundamentaron en el concepto de la ley como única fuente del derecho, que no aceptaba controversia ni aun por la autoridad del juez³, quien debía ceñirse estrictamente a su sentido y contenido, pues se entendía además, como afirma Juan Pablo Sarmiento Erazo (2010), que “la ley es expresión de una asamblea que manifiesta la voluntad general, deliberación pública capaz de obligar a todos los súbditos hacia el soberano, el cual no encuentra regla alguna que no esté en capacidad de infringir” (p.213).

En esta etapa se vincula inexorablemente a la ley con los criterios de justicia y obediencia, sin ninguna condición. Surge el concepto de interpretación exegética de las normas jurídicas para designar el método de interpretación y aplicación de las mismas, generando lo que la doctrina ha reconocido como “fetichismo de la ley”. El autor Diego Eduardo López Medina (s. f.) lo explica en los siguientes términos:

3 El propio Hans Kelsen manifestó que el positivismo jurídico es la teoría jurídica que únicamente reconoce como derecho al derecho positivo. Ver: *¿Qué es el positivismo jurídico?*, de Hans Kelsen, traducido por Mario de la Cueva. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/61/dtr/dtr9.pdf>

En Francia, luego de la revolución, se instauró una nueva y radical idea de legalidad que habría de ser fundamental en la estructuración del moderno estado liberal. La importancia central de “El Espíritu de las Leyes” de Montesquieu fue precisamente el haber delineado,

en grandes rasgos, las notas esenciales de este nuevo orden legal. En esta idea de legalidad liberal se destacaban, por encima de todo, dos características:

En primer lugar, el derecho tenía como fuente privilegiada (sino única) a la ley; por tal razón, autores contemporáneos han venido a hablar de “legocentrismo” para designar la teoría política liberal que privilegia el derecho democráticamente legislado como única manera de hacer que los hombres libres obedezcan los mandatos que ellos mismos se dan (...). En segundo lugar, el ideal liberal no sólo contemplaba la primacía de la ley, sino que además postulaba un método de interpretación hiper-literalista como única solución al problema de evitar la usurpación de la voluntad general en manos de los aplicadores del derecho (los jueces) (...). En el mundo liberal post-revolucionario, pues, se confiaba en el legislador como expresión de la voluntad general; segundo, se aspiraba a hacer “nulo e invisible” el papel del intérprete por mor de un respeto literalista a dicha voluntad general.

Los franceses, desde el comienzo de su vida republicana, también tuvieron textos constitucionales en los que se consagraban libertades públicas, pero la función de estos textos era claramente distinguible a la de las leyes. Es más: “en Francia se ha partido de una situación en la que el legislador es considerado como el protector natural de los derechos y libertades... (p. 27)

No obstante, con el desarrollo doctrinario y la evolución integral de las sociedades, fue posible entender la relatividad de esta posición y abandonar paulatinamente la creencia en la ley como un todo inequívoco e inmutable, gracias al reconocimiento y la aceptación de los yerros del legislador y de la cambiante dinámica del derecho.

Sin embargo, tal como lo afirma Juan Pablo Sarmiento (2010) en su obra *Responsabilidad Patrimonial del Estado por omisión legislativa*, en el caso colombiano, durante el siglo XIX y la primera mitad del siglo XX, el legislador continuaba siendo el único creador de derecho a través de la ley y, por tanto, toda manifestación de activismo judicial representaba una abrogación del poder legislativo.

En Colombia, solo a partir de la Constitución de 1991 se dio inicio a un lento reconocimiento de la actividad del juez como creador de derecho, y se desmitificó paulatinamente el concepto de soberanía del legislador, así como la capacidad normativa únicamente del Congreso, dando paso a sentencias con elementos dispositivos importantes, cuyo contenido y efectos deben ser analizados con justo detenimiento para no dejar que pase inadvertida cualquier consecuencia nociva que de estas pueda derivarse.

Esto no significa que se haya perdido de vista la importancia de la función del legislador o que haya dejado de considerarse la ley como fuente del derecho por excelencia. Por tanto, se deduce inevitablemente que dicho órgano del Estado conserva una responsabilidad de gran envergadura, por tener a su cargo el deber de reglamentar diferentes aspectos de la vida económica, política, social, cultural, ambiental, entre otros. Prueba y sustento de esto es la disposición contenida en el artículo 230 de la Constitución, según la cual “los jueces en sus providencias solo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial” (Constitución política de Colombia, 1991).

Lo antedicho se entiende por cuanto, desde 1991, Colombia adoptó el modelo de un Estado social de derecho, fundamentado en el respeto a la ley como fuente principal del derecho y de la justicia formal, materializado en la aceptación del principio de legalidad en todos los ámbitos del modelo y la actividad estatal –entendido como un principio según el cual el ejercicio

del poder político debe someterse al imperio de las normas jurídicas—, y estructurado sobre los pilares de la división de poderes.

Como se advierte, un Estado social de derecho se caracteriza por la sujeción de todas las actuaciones a las normas jurídicas establecidas para garantizar los derechos de los asociados y definir los mecanismos de protección de los mismos, y a aquellas otras disposiciones que contribuyen al funcionamiento del aparato estatal en busca del bien general. Esto implica que en el marco de tal modelo de Estado el legislador continúe asumiendo un papel de gran importancia, pues tiene la potestad de dar las pautas jurídicas que orientan el actuar de los ciudadanos y de la organización estatal en sus diferentes estamentos.

Esta concepción, propia del modelo de Estado liberal imperante en el siglo XVIII, y vigente en el Estado de derecho y el Estado social de derecho, lleva aparejada la pretensión de la seguridad jurídica como bien máximo al que todos los asociados pueden aspirar al momento de acudir ante los órganos del poder público. Ello es así por cuanto las normas jurídicas adquieren la connotación especial de límites para el poder del gobernante y de protectoras de los derechos del individuo, imponiéndose de este modo la necesidad de establecer la institución de la reserva de ley⁴ que, a su vez, refleja la doctrina liberal de la separación de poderes.

Por supuesto, el concepto de seguridad jurídica ha sufrido significativas variaciones con el tiempo, pues en el contexto al que se ha aludido se entiende como la certeza de que cada situación puede ser resuelta por una norma jurídica y que al dictar sentencia el juez se limitará a hacer un típico ejercicio

4 Esta institución se define como el “mandato constitucional en virtud del cual ciertas materias deben ser reguladas solamente por la ley, excluyendo normas de rango inferior”. *Diccionario Lex Jurídica*. Recuperado de <http://www.lexjuridica.com/diccionario/r.htm>.

de subsunción normativa, de forma que el particular puede sospechar de antemano cuál será la solución a su controversia, para esto, los particulares confían en que las normas vigentes tendrán alguna estabilidad en el tiempo. En el modelo de Estado social de derecho la seguridad jurídica va más allá de esto, para entenderse necesariamente limitada por el concepto de justicia material, pues es bien sabido que el juez adquiere un rol más activo para resolver las cuestiones puestas a su consideración. Esto quiere decir que en realidad el juez interpreta las normas jurídicas y su actividad no se circunscribe a una mera subsunción, lo cual es más fácil de entender al ver la abundancia de principios que cobran valor en este modelo de Estado.

Según lo anterior, resulta evidente que la ausencia de normas que estructuran adecuadamente un ordenamiento jurídico acarrea consigo consecuencias que afectan no solo a los asociados, sino también a los operadores estatales, quienes requieren de un marco normativo complejo para el desarrollo de las funciones que les han sido asignadas. En otras palabras, puede afirmarse que la ausencia de disposiciones normativas expresas no solo podría generar lagunas al interior del sistema, afectando con ello su plenitud e integridad, sino que además entorpece el adecuado desempeño de las actividades, forjando con ello responsabilidades para el Estado a través de cada una de las ramas del poder público.

Lo anotado deja ver la gravedad del silencio del legislador, cuando es el propio poder constituyente el que en un mandato constitucional le ordena que expida una norma. En otras palabras, vale decir que si la Constitución exige que el órgano legislativo reglamente algún aspecto constitucional es por la especial importancia que encierra, pues de no ser así se dejaría que el legislador realizara su gestión conforme a su libre criterio. Y si pese a tal exigencia el legislador no cumple su función de legislar, es indudable que afecta gravemente al ordenamiento jurídico y a los particulares, y que ello lleva implícito el grave incumplimiento de sus funciones.

No se pretende que el órgano legislativo expida una ley para cada situación que pueda presentarse en la sociedad, pues ello sería imposible y además perjudicial. Pero si se puede esperar que el órgano representante del pueblo reglamente el texto superior cuando el mismo pueblo conformado en Asamblea Constituyente así se lo exige, pues las órdenes constitucionales son superiores a las demás que integran el ordenamiento jurídico, sobre todo en un momento histórico en el que se habla del tránsito de los Estados de derecho hacia los Estados constitucionales de derecho.

Concepto y clasificación de las omisiones legislativas

El silencio del legislador se ha denominado por la doctrina y la jurisprudencia como omisión legislativa, y frente al tema se han desarrollado diferentes trabajos de investigación, aunque lastimosamente para el caso colombiano no se ha ahondado lo suficiente en este punto y ello hace forzoso acudir a los avances que se destacan por fuera del país.

Ahora bien, definir la omisión legislativa no ha sido hasta el momento una tarea fácil entre los juristas y doctrinantes, pues aunque su nombre deja ver una relativa simpleza, se presentan en la práctica diferentes circunstancias que deben tenerse en cuenta y que dificultan la labor. Estas condiciones especiales han sido recogidas en los diferentes escritos que existen hasta el momento, tal como se pasa a explicar.

La gravedad del silencio legislativo puede analizarse desde diferentes puntos de vista, es decir, tanto desde un criterio meramente teórico como desde la praxis. En un sentido teórico se podrá decir que las omisiones del legislador desconocen el principio de supremacía de la Constitución, pues con ellas se evade el cumplimiento de disposiciones superiores y, en consecuencia, se desatienden los postulados del Estado social de derecho. En una dimensión práctica, las implicaciones se relacionan con el control de

constitucionalidad por parte del órgano de cierre de la jurisdicción constitucional y con la responsabilidad del Estado legislador por dichas omisiones frente a los particulares.

Aclarado lo anterior, vale decir que, en términos generales, la omisión legislativa constitucional puede definirse como el evento en que el órgano legislativo no expide una disposición normativa sobre un tema determinado en un plazo prudencial⁵, pese a la existencia de un mandato constitucional de legislar sobre la materia. Como consecuencia, esta omisión puede traer consigo una especie de inercia del texto constitucional, pues como no existe una norma que lo desarrolle, se dificulta en grado sumo su verdadera aplicación en armonía con los propósitos del constituyente primario.

Este tipo de omisiones pueden ser de diferente naturaleza, y en ese sentido es útil la clasificación tradicional que la doctrina ha hecho de omisiones absolutas y relativas. Se ha entendido por las primeras el incumplimiento total del legislador para regular una materia a pesar de que exista una norma constitucional que le obligue a hacerlo, como lo afirman Franco y Góngora; y por omisión relativa, el cumplimiento incompleto del mandato constitucional (Franco y Góngora, 2001).

La actitud pasiva del legislador ha dado lugar a dos teorías fundamentales: por un lado, aquella según la cual la materia no regulada se somete a las normas supletivas o a otras fuentes del derecho, a fin de alcanzar la plenitud del ordenamiento jurídico, entendida como

5 Sin lugar a dudas esta condición de no expedir una disposición jurídica en un término de tiempo prudencial se enfrenta con la discusión sobre lo prudencial, pues se trata de un concepto que puede variar de una persona a otra según infinitas circunstancias. Lo prudencial no es algo que pueda definirse colectivamente, porque cada quien lo entenderá según lo apremiante de sus necesidades. No obstante, debería pensarse en un término que a la luz de las dinámicas sociales sea prudencial, esto es, que corresponda a una mayoría generalizada y que no sea tal que afecte derechos y garantías fundamentales.

la propiedad por la cual un ordenamiento jurídico tiene una norma para regular cada caso (...) cuando el juez puede encontrar en él una norma para regular cada caso que se le presente, o mejor, no hay caso que no pueda ser regulado con una norma del sistema (Bobbio, 2007)

tanto como “la condición sin la cual el sistema no podría funcionar en su complejidad”. (Bobbio, 2007, p.74x)

Esta posición implica que la actitud pasiva del legislador no puede traducirse en que una materia determinada deje de estar regulada sino, más bien, en que la misma se regula dentro del ordenamiento jurídico de una manera diferente a la habitualmente utilizada o a la prescrita en la Constitución o la ley. En consecuencia, a partir de esta posición las omisiones legislativas absolutas, lejos de carecer de efectos normativos, generan dichos efectos, porque la ausencia de texto legal produce normas, lo cual sustenta la posibilidad de que haya un control de constitucionalidad sobre tales omisiones, ya que esta puede ser contraria a la Carta Política.

En sentido contrario, una segunda teoría sostiene que algunas situaciones están reservadas a la regulación exclusiva del legislador, lo que se traduce en que él tiene la exclusiva potestad de definir las. En este evento, debido a que no existe una norma que desarrolle el mandato constitucional, se vulneran disposiciones de índole superior, dando lugar a la declaración de inconstitucionalidad por omisión, que implica una renuncia tácita a la aspiración de la plenitud del ordenamiento jurídico, dejando en evidencia que la plenitud puede entenderse más como un dogma que como una realidad. En este caso no se da aplicación a los criterios de interpretación tenidos en cuenta por la primera doctrina, pues se niega que el juez pueda asumir un rol tal que le permita crear el derecho o llenar con sus apreciaciones los vacíos que ha dejado el legislador. Los partidarios de esta posición doctrinal no buscan defender la exégesis como forma de interpretación legal, pero afianzan su postura en el respeto por la división de poderes.

Además de lo mencionado, debe advertirse que el uso del concepto de omisión legislativa data del año 1952, cuando el alemán Wessel da cuenta de él manifestando que puede significar la causa de la vulneración de ciertos derechos individuales y fundamentales. Algunos autores consideran que la expresión fue utilizada por el mencionado jurista en su obra *Die Rechtsprechung der BVerfG zur Lehre von Verfassungsbeschwerde*. Posteriormente, el término fue empleado en la obra *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislator* del autor Constantino Mortari, quien cerca de los años setenta analizó desde la dogmática las diferencias existentes entre las lagunas normativas que se presentan por la falta de legislación y la noción del deber jurídico constitucional de legislar (Ramírez, 2006).

La inconstitucionalidad por omisión

A partir de esta información se puede dar paso al análisis de los desarrollos teóricos relacionados con el tema de estudio, advirtiendo de antemano que corresponde examinarlo desde la óptica del control judicial de constitucionalidad.

En materia de control de constitucionalidad sobre las omisiones legislativas se puede decir que existen hasta la fecha algunos estudios, pero en realidad el desarrollo doctrinario en Colombia es bastante escaso y ello hace obligatoria la referencia a autores extranjeros, pues en otros países se ha ahondado en las posibles alternativas de solución a la problemática.

Es el principio de supremacía constitucional el que se constituye en el fundamento dogmático del control de constitucionalidad a las omisiones legislativas, porque impone un deber permanente de vigilar y sancionar todo tipo de contravención a la constitución, bien se trate de acciones positivas que la violenten o bien de omisiones que obstaculicen el desarrollo real de sus preceptos. De aquí se desprende la importancia de que los tribunales

constitucionales, cada vez más, estén verdaderamente comprometidos con la vigilancia del silencio del legislador, pues el incumplimiento de la obligación de legislar puede entenderse como una desobediencia flagrante de los mandatos superiores.

Los trabajos sobre el tema de la inconstitucionalidad por omisión realizados hasta el momento dejan ver dos posiciones, que bien recoge el Dr. Iván Castro Patiño, cuando en su escrito “Definición y elementos de la inconstitucionalidad por omisión” expresa:

La inconstitucionalidad por omisión puede ser conceptuada con dos enfoques distintos:

Quienes conciben la inconstitucionalidad por omisión de una forma amplia; y,

Quienes conceptúan la inconstitucionalidad por omisión de una forma restringida.

En el primer grupo, se ubican los que consideran que la inconstitucionalidad por omisión no solo puede producirse por la inercia o inacción de los deberes legislativos, sino también por la inactividad de los poderes y funcionarios públicos en general. Es decir, se vincula a la inconstitucionalidad por omisión con el genérico incumplimiento de una obligación impuesta por la norma constitucional, sea cual fuere el poder constituido transgresor(...). En el segundo grupo, se ubican aquellos que consideran que la inconstitucionalidad por omisión solo se refiere a la inacción de la función legislativa en el dictado de la norma que la Constitución le impone. Es decir, vinculan el instituto en forma exclusiva con la inercia legisferante, con la actividad omisiva del legislador que incumple con desarrollar determinadas cláusulas constitucionales que, en forma concreta, la propia Constitución le ha encargado hacerlo. (2007, p.76)

En el presente estudio se acoge la segunda concepción de la inconstitucionalidad por omisión, pues se enfoca en analizar la actividad del legislador en sentido estricto, sin que ello signifique que se descarta la posibilidad de

concebir la inconstitucionalidad por omisión en relación con la actitud pasiva de cualquier poder o funcionario público.

Así, habrá lugar a la declaración de inconstitucionalidad por omisión cuando, una vez constatada la disposición constitucional que exige una actitud positiva del legislador, quede en evidencia el silencio por parte de este o la existencia de una regulación incompleta. De esta forma, la acción de inconstitucionalidad tendría el fin específico de constatar la inercia del legislador por parte del órgano jurisdiccional y de definir si existe una norma o un precepto constitucional violado expresa o implícitamente. En ese sentido debe tenerse en cuenta lo siguiente:

para que se origine la omisión legislativa se requiere que el silencio del legislador produzca una situación contraria a la Constitución, sea que exista o no la obligación de legislar una determinada materia (...). La omisión se caracteriza siempre por el incumplimiento de una obligación, expresa o implícita, de desarrollar una disposición o precepto constitucional. (Bulnes, 2006, p.253)

Sin embargo, este concepto que parece generalizado ha de analizarse con alguna restricción, pues la acción de inconstitucionalidad por omisión no ha sido regulada en todos los ordenamientos jurídicos. Algunos países, como Colombia, han incluido en sus textos constitucionales la acción de inconstitucionalidad frente a las leyes sin hacer una referencia específica a la acción de inconstitucionalidad por omisión, lo cual explica el escaso desarrollo doctrinario sobre el tema. Por el contrario, en otros ordenamientos jurídicos del mundo esta acción se ha introducido de forma expresa como un mecanismo de control en manos de los ciudadanos.

La consagración normativa de la acción de inconstitucionalidad por omisión ocurrió por primera vez en el año de 1974, cuando la Constitución de la República Socialista de Yugoslavia facultó de manera expresa al Tribunal Constitucional para verificar la ausencia de desarrollo legal de los textos

constitucionales que lo requerían, so pena de imposibilitar su real aplicación. Esto obedeció a la necesidad de controlar la inacción del órgano legislativo.

La identificación de esta necesidad de un recurso contra las omisiones legislativas permitió que en las diferentes latitudes del mundo tuvieran lugar tres fenómenos especiales: inicialmente fue la doctrina la que abordó la temática y consideró importante buscar un remedio procesal para las omisiones legislativas –especialmente la italiana y alemana–, luego, las cortes constitucionales tomaron protagonismo en estos asuntos, como fue el caso de Italia, Alemania y posteriormente España, sin la existencia de una norma expresa; y, finalmente, en algunos países se han llegado a normativizar acciones de inconstitucionalidad o instrumentos para exhortar al legislador a que cumpla su labor, como ha sido el caso de la ex Yugoslavia de 1974, (art. 377) en la Constitución Portuguesa de 1976, (art. 279) y en su reforma de 1982 (art. 283), en la Constitución de Brasil de 1988 (art. 102. I y II), en la Constitución de la Provincia de Río Negro en Argentina, en la Constitución de Costa Rica (art. 173 inciso f y artículo 75), en la Constitución de Hungría (Cláusula 32. A. 3) y más recientemente en la Constitución Bolivariana de Venezuela en su artículo 336.⁶

En el caso colombiano, la Constitución política no consagró una acción de inconstitucionalidad contra las omisiones legislativas, sino únicamente contra las leyes. Esto ha dado pie a considerar, por parte de la Corte Constitucional, que dicho organismo carece de competencia para examinar las omisiones absolutas, pues en tal caso no hay ley concreta que deba ser examinada y, por tanto, hay una sustracción de materia (Sentencia C-041, 2002); expresamente ha dicho la Corte en sentencia C-185 de 2002:

6 Entre estos mecanismos de control de las negligencias legislativas se pueden citar las exhortaciones –caso de Portugal– o el recurso de inconstitucionalidad de Brasil, que va más allá del llamado de atención y puede declarar la inconstitucionalidad por omisión.

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 (Corte Constitucional, 2002a)

Debe decirse, además, que esta figura de la inconstitucionalidad por omisión da origen a diferentes tipos de sentencias y, por tanto, hace posible entender a los tribunales constitucionales de maneras distintas. Así lo manifiesta Luz Bulnes, quien expresa:

Si se habla de inconstitucionalidad por omisión se plantea la duda que podríamos estar refiriéndonos a la posibilidad que el Tribunal Constitucional dicte sentencias por las que legisle positivamente, atribución que gran parte de la doctrina niega, sosteniendo que estos órganos constitucionales solo son un legislador negativo porque la labor tradicional que los consagró como órganos constitucionales fue la derogación de la ley inconstitucional. De aquí que la doctrina lo clasifique casi universalmente con el calificativo de “legislador negativo...” (Bulnes, 2006, p.261)

Lo anterior tiene una justificación esencial, y es evitar el peligro que podría representar la adopción de facultades legislativas por parte de los tribunales constitucionales, pues ello le permitiría a cada tribunal usurpar el papel del Parlamento, y se desconocería el principio de la división de poderes. Justamente por esto se concluye que la labor asignada a los tribunales constitucionales de declarar la inconstitucionalidad por omisión no se remonta al momento mismo de su creación, sino que más bien es un fruto del desarrollo jurisprudencial que poco a poco fue influenciando la producción legislativa, hasta llegar a ser una consagración legal. La doctrina también ha jugado un papel fundamental, pues gracias a sus expresiones, cada vez más, los tribunales constitucionales se han visto forzados a manifestarse sobre la inercia del legislador cuando ella impide el ejercicio de derechos de los administrados en condiciones de igualdad.

Diferentes autores han abordado la temática de la inconstitucionalidad por omisión sin que hasta la fecha haya sido posible unificar criterios. Mientras hay quienes abogan por la declaración de inconstitucionalidad en estos eventos siempre que el silencio del legislador sea constitutivo de una violación de derechos fundamentales, hay también quienes prefieren ampliar esta opción procesal a todos los eventos en los que el legislador omita desarrollar una materia específica que por orden del poder constituyente le corresponda; pero también se encuentra a quienes rechazan de plano la posibilidad de declarar inconstitucional algo que no existe en el ordenamiento jurídico.

Incluso, la revisión bibliográfica sobre el tema permite observar que no todas las acciones de inconstitucionalidad por omisión legislativa consagradas en los diferentes ordenamientos jurídicos conservan iguales características, pues cada una ha sido regulada con algunos aspectos diferenciadores, tales como los sujetos legitimados, las omisiones sujetas a control y los efectos de las sentencias. Y además deja en evidencia que incluso algunos países, en los cuales no se ha acogido de manera expresa la acción de inconstitucionalidad por omisión y ni siquiera el concepto de omisión legislativa, han avanzado en su aceptación por medio de la jurisprudencia emitida por los tribunales constitucionales, tal como ocurre en el caso colombiano, al menos en lo relacionado con el control de las omisiones relativas.

De la misma manera en que no hay acuerdos sobre estos puntos álgidos, se ha suscitado también una serie de debates bastante polémicos en los que se alude al activismo judicial que los jueces pueden practicar cuando se enfrentan al examen de constitucionalidad de una omisión legislativa. Y no sobra decir que en el modelo del Estado social de derecho debe respetarse en todo tiempo el principio de la división de poderes, lo cual implica no sobrepasar los límites que el legislativo, el ejecutivo y el poder judicial tienen definidos desde la Carta Constitucional.

Diferentes reflexiones se pueden encontrar sobre el tema: hay quienes critican las sentencias del Tribunal Constitucional con las cuales se “llena” de alguna manera el vacío normativo, y quienes aplauden que a través de la jurisprudencia se complete, en algún sentido, el ordenamiento jurídico. A manera de ejemplo vale citar a la abogada María del Guadalupe Valcarce (s. f.), quien resalta como positiva la intervención del juez ante el silencio del legislador como estrategia para evitar que los asuntos no reglados por el Parlamento sean trasladados a la competencia del ejecutivo, originando un hiperpresidencialismo.

Pero, por supuesto, no todos los autores coinciden en esta posición, pues podríamos aseverar que en la gran mayoría de los casos se critican algunas sentencias especiales a través de las cuales el órgano judicial pretende llenar el vacío, estableciendo el sentido en que debe entenderse el silencio del legislador o el sentido en que deberán expedirse las normas por parte del competente. Quienes sostienen esta postura se fundamentan en que tales actuaciones se constituyen en un activismo perjudicial de los jueces, que deja de lado dos principios fundamentales, a saber, el de la democracia participativa y el de la separación de poderes. En otras palabras, se critica el hecho de que a través de la función de examinar la inconstitucionalidad por omisión los tribunales constitucionales terminen adoptando el papel de legisladores positivos, pues no hay constitución política alguna que le dé tal facultad a los jueces (Quispe, 2006).

Conclusiones

Las constituciones políticas de los Estados actuales representan, en una significativa mayoría, la consolidación del principio de la democracia y han sido establecidas para imponer un orden político, económico, jurídico y social, a través de sus propias disposiciones, cuando aquellas son de desarrollo

inmediato, o a través de la reglamentación que de ellas se haga por parte del legislador, cuando a ello ha lugar.

Por lo tanto, el cumplimiento del texto constitucional, más allá de tratarse de una mera aspiración colectiva para que la constitución no sea como “de papel”, en términos de La Salle, sirve para concretar en la cotidianidad los derechos, garantías y principios que el pueblo consideró superiores al organizarse políticamente.

La omisión del legislador de su deber de desarrollar normativamente determinados aspectos constitucionales puede dar lugar a la declaración de inconstitucionalidad por omisión, bien sea porque la interpretación que surge del vacío constitucional genera una situación inconstitucional, o bien porque la ausencia de norma es suficiente para vulnerar el texto constitucional. La inconstitucionalidad se derivaría también de una omisión absoluta, por resultar directamente violatoria del principio de igualdad, y en Colombia ya se ha reconocido la posibilidad de realizar un control de constitucionalidad en estos eventos, por vía de la acción pública consagrada en el artículo 240 superior. Estos efectos deberán ser analizados cuidadosamente por el poder judicial, sin desconocer los límites que sus funciones encuentran en el propio texto superior, es decir, que corresponde al juez constitucional determinar a la luz del texto superior si la ausencia de regulación legal sobre alguno de sus cánones es motivo de inaplicabilidad del mismo o lo torna ineficiente. Pero el juez constitucional no puede sobrepasar la órbita de sus competencias, la cual se define por la idea de hacer un control mas no expedir una reglamentación. Hacerlo implica desconocer serios principios fundantes del Estado y perder de vista su rol de legislador negativo para convertirse en un verdadero legislador.

En el caso colombiano, el desarrollo de las consecuencias del control judicial a las omisiones legislativas ha sido netamente jurisprudencial, pues no existen normas jurídicas expresas en las cuales se encuentre regulado el control por acción de las omisiones legislativas. Es así como, en cuanto

a la inconstitucionalidad por omisión, la Corte la ha considerado posible cuando se trata de omisiones relativas, mas no en relación con las omisiones absolutas, por presentarse un típico caso de sustracción de materia. Esto hace ver como necesaria la consagración de una herramienta jurídica que les permita a los ciudadanos controlar los efectos inconstitucionales que se derivan de la omisión del legislador, bien se trate de una omisión total o parcial. Si tal herramienta fuera legítimamente creada sería útil para intervenir tanto en la quietud del legislador como en las actuaciones de la jurisdicción constitucional.

Referencias

- Bernal, N. (2003). *El control de constitucionalidad de la ley*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Bobbio, N. (2007). *Teoría general del derecho*. Bogotá: Temis.
- Bulnes, L. (2006). La inconstitucionalidad por omisión. *Estudios constitucionales. Revista Semestral de Estudios Constitucionales*, p. 251-264 .
- Castro, I. (2007). Definición y elementos de la inconstitucionalidad por omisión. *Revista Jurídica*. Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas. Universidad Católica de Guayaquil. Edición 22. p. 73-87
- Corte Constitucional. (2002a). Sentencia, C-041. Corte Constitucional. (2002b). Sentencia, C-185.
- Fernandez, J. J. (1998). *La inconstitucionalidad por omisión: teoría general, derecho comparado, el caso español*. Madrid: Civitas.
- Fernández, F. (2009). El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. Algunas cuestiones dogmáticas. *Estudios constitucionales*, 7 (2), 13-69.
- Franco, P., y Manuel, G. M. (s. f.). *La responsabilidad del Estado legislador en los eventos de las sentencias moduladas*. (Tesis de pregrado). Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá. 2001
- López, D. E. (s. f.). *Interpretación constitucional*. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.
- Quispe, A. (2006). ¿Inconstitucionalidad por omisión? *Estudios Constitucionales*, 4 (001), 241-250
- Ramírez, G. *El control de constitucionalidad sobre las omisiones legislativas en Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Sarmiento, J. P. (2010). *Responsabilidad patrimonial del Estado por omisión legislativa*. Bogotá: Grupo editorial Ibáñez.
- Valcarce, M. D. (s. f.). Ponencia: *Control de constitucionalidad de omisiones legislativas: el activismo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. Universidad de Buenos Aires, Argentina.

