



CONTROL JURISDICCIONAL DE LA INCONSTITUCIONALIDAD E INCONVENCIONALIDAD POR OMISIÓN

Eduardo Andrés VELANDIA CANOSA¹

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Sistema de fuentes del derecho.* III. *Principio de separación de poderes.* IV. *Tipología de las omisiones de inconstitucionalidad.* V. *Ubicación del control jurisdiccional de la inconstitucionalidad por omisión dentro de las ramas del derecho.* VI. *Consagración constitucional de la institución en el derecho comparado.* VII. *Tratamiento de la inconstitucionalidad por omisión en las sentencias de la Corte Constitucional Colombiana.* VIII. *Conclusión.* IX. *Bibliografía.*

Resumen: la no implementación de la normatividad interna que permita el control jurisdiccional de la inconstitucionalidad por omisión, es inconveniente de conformidad con el art. 2º de la CADH, por lo que si el legislador no actúa, la Corte Constitucional en ejercicio del control difuso de convencionalidad, podrá crear por vía jurisprudencial tal institución.

Palabras claves: inconstitucionalidad, derecho comparado, control jurisdiccional, control difuso.

¹ Abogado y especialista en derecho procesal de la Universidad Libre (Colombia) y candidato a doctor de la Universidad Externado de Colombia; Presidente de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional, miembro de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional, de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional y del Instituto Colombiano de Derecho Procesal; profesor Honorífico del Laboratorio de Enseñanza Práctica del Derecho de la UNAM, profesor invitado en los posgrados de la Universidad de Buenos Aires (Argentina), profesor invitado a la maestría en Derecho Constitucional de la Universidad de Especialidades del Espíritu Santo "UEES" de Guayaquil, Ecuador; profesor en Colombia de las especializaciones de derecho procesal de la Universidad Libre y de derecho procesal constitucional de la Universidad Republicana y tratadista en derecho procesal constitucional.

Abstrac: the non-implementation of the internal regulations that allow the jurisdictional control of unconstitutionality by omission, is unconventional in accordance with art. 2 of the ACHR, so that if the legislator does not act, the Constitutional Court in the exercise of diffuse control of convention, may create jurisprudence such an institution.

Keywords: unconstitutionality, comparative law, jurisdictional control, diffuse control.

I. INTRODUCCIÓN

El problema de la inactividad del legislador y su control jurisdiccional, debe analizarse desde el derecho constitucional (interno) y desde el derecho convencional (Convención Americana de Derechos Humanos). Desde el derecho constitucional se plantean problemas relacionados con el quebrantamiento del principio de separación de poderes o del desconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución; pero desde la visión del derecho convencional, los problemas tienen que ver con la crisis del principio de supremacía constitucional o del principio de la soberanía de los Estados, cuando entran en conflicto la Constitución y la Convención. Sin embargo, en el fondo los dos problemas tienen su origen en la lucha por las fuentes formales del derecho.

En efecto, desde la perspectiva del derecho interno no se discute la vigencia del principio de supremacía constitucional, por ello la justicia constitucional ha ejercido eficazmente el control de constitucionalidad, desde la expedición en Colombia del Acto Legislativo No. 3 (octubre 31 de 1910)². Pero el control jurisdiccional de la inconstitucionalidad por omisión no ha corrido con la misma suerte, toda vez que esta institución no se consagró expresamente en la Constitución, lo que causa permanentes tensiones entre el legislador y el tribunal constitucional.

Sin embargo, el camino de su positivización empezó en 1974 con la Constitución de la desaparecida Yugoslavia, ratificándose dos años después en Portugal, institución importada en América Latina por Costa Rica (1949), Brasil (1988), Venezuela (1999), Ecuador (2008) y a nivel local por México y Argentina.

² Cfr. Velandia Canosa, Eduardo Andrés (Coordinador). *Derecho procesal constitucional*. Tomo II. Volumen I. Bogotá: VC Editores y ACDPC, 2011, p. 27. La institución del control de constitucionalidad concentrado en un tribunal no especializado (por vía automática y por vía de acción), se creó en Colombia, como parte de un modelo originario de control de constitucionalidad, al cual podemos denominar “*dual o paralelo*”, toda vez que se instituyó paralelamente con la institución de la excepción de inconstitucionalidad.

Por lo expuesto, delimitar el alcance de una vía procesal que controle la inconstitucionalidad por omisión, podría ser la hipótesis que solucione las permanentes tensiones entre la libertad de configuración legislativa y la fuerza normativa de la Constitución³.

Pero no se trata de parcializarnos por una posición extrema⁴, toda vez que no debe olvidarse que la Constitución en esencia es un conjunto normativo de carácter ideológico, donde se concretan las aspiraciones de una sociedad, bajo la consagración de valores y principios (excepcionalmente reglas), lo que impone al legislador y al ejecutivo, concretar el proyecto constitucional mediante la implementación de leyes y políticas públicas. Por ello si la ley o el reglamento contradicen la Constitución, deberán expulsarse del ordenamiento jurídico, pero así mismo, deberá contemplarse la posibilidad de su cumplimiento en virtud de las abstenciones inconstitucionales del legislador o del ejecutivo.

En efecto, garantizar judicialmente el principio de supremacía constitucional, mediante un control jurisdiccional de la inconstitucionalidad por omisión, implica aceptar que la Jurisdicción Constitucional es competente para (i) exhortar al Poder Legislativo a legislar o al Poder Ejecutivo a diseñar políticas públicas; (ii) llenar los vacíos producidos por omisiones legislativas relativas, a través de decisiones que declaren una constitucionalidad condicionada; (iii) declarar un silencio constitucional con efectos jurídicos vinculantes⁵; o, (iv) actuar como un verdadero legislador positivo.

Pero las tensiones entre las ramas del poder público no se centran en impedir la eficacia de la Constitución, sino en el poder de la creación del derecho, por lo que en principio deberá concluirse que el problema relacionado con el control jurisdiccional de

³ Sobre la libertad de configuración del legislador, puede consultarse a Sarmiento Erazo, Juan Pablo. *Responsabilidad patrimonial del Estado por omisión legislativa*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Grupo Editorial Ibáñez y Depalma (Argentina), 2010. Sobre la fuerza normativa de la Constitución puede consultarse a García de Enterría, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 3ª Ed. Madrid: Civitas, 1991 y a Bidart Campos, Germán. *La Constitución y su fuerza normativa*. México: Ediar e IJ de la UNAM, 2008.

⁴ (i) Siempre podrá aplicarse directamente la Constitución; o, (ii) siempre deberá reglamentarse la Constitución y para ello existe plena libertad de configuración del legislador.

⁵ Sentencia C-577 de 2011. M.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. La Corte Constitucional colombiana declaró la constitucionalidad del art. 113 del Código Civil, donde se define el matrimonio civil, y exhortó al Congreso de la República a legislar de manera sistemática y organizada antes del 20 de julio de 2013, sobre los derechos de las parejas del mismo sexo, con el objeto de eliminar el déficit de protección existente (hasta aquí sería una sentencia exhortativa). Empero, en el numeral 5º de la parte resolutive de la sentencia dispuso que “si el 20 de junio de 2013 el Congreso de la República no ha expedido la legislación correspondiente, las parejas del mismo sexo podrán acudir ante notario o juez competente a formalizar y solemnizar su vínculo contractual”. Aquí se configuró una nueva institución que podemos denominar **Silencio legislativo vinculante**.

las omisiones que engendran una inconstitucionalidad, corresponden a un problema de fuentes del derecho.

¿Si el legislador no expide la ley⁶ o el ejecutivo se abstiene de diseñar una política pública ordenada por la Constitución y la jurisdicción constitucional actuando como su guardián, profiere una sentencia exhortativa o actúa como legislador positivo, vulnera el principio de separación de poderes? Si la hipótesis es positiva, las sentencias relacionadas con el tema carecerían de validez por falta de competencia: pertenecería exclusivamente al legislador, o simplemente no se podrían proferir.

Desde otra óptica se puede preguntar: ¿si el legislador no expide la ley o el ejecutivo se abstiene de diseñar una política pública ordenada por la Constitución, puede deducirse alguna consecuencia jurídica, con efectos vinculantes?; o ¿cuáles son los límites de la Jurisdicción Constitucional en el ejercicio del control jurisdiccional de la inconstitucionalidad por omisión?

Debe advertirse que tradicionalmente se ha entendido que cada una de las ramas del poder público tiene unas competencias constitucionales precisas. Sin embargo, este principio no es rígido sino flexible, lo que implica imponer excepcionalmente a cada una de las ramas del poder público, competencias propias de otra, siempre que ellas se desarrollen acatando límites temporales, temáticos, funcionales o procesales.

Desde la perspectiva del derecho convencional, puede concluirse que los Estados Parte, tienen una obligación convencional de carácter legislativo, consagrada en el artículo 2º de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y su incumplimiento conduce al ejercicio de un control jurisdiccional de inconvencionalidad por omisión, ejercido de manera exclusiva o concentrada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), o el control de convencionalidad que deben ejercer todos los jueces de un Estado en el derecho interno (difuso). Lo expuesto encarna otro problema: ¿Estamos en presencia de la mutación del principio de supremacía constitucional, al principio de supremacía convencional?

En este orden de ideas, deberá precisarse inicialmente en que consiste el sistema de fuentes del derecho, a fin de averiguar el lugar que ocupa la Constitución, la Convención (CADH), la ley, los reglamentos y la jurisprudencia constitucional y convencional. Luego se determinará si el derecho convencional y constitucional es uno

⁶ Debe advertirse, que por regla general, el proceso legislativo en Colombia se concreta cuando el Presidente de la República sanciona un proyecto de ley aprobado por el Congreso de la República. Un problema deferente se presenta entre el ejecutivo y el legislativo, cuando aquel se niega a sancionar, el cual no es objeto de la presente investigación.

solo, o se han separado (también desde el punto de vista procesal), el papel que juega dentro del constitucionalismo actual el principio de supremacía constitucional y separación de poderes. Determinado lo anterior, resulta imperativo determinar qué tipo de inconstitucionalidad por omisión se puede presentar, para tener clara la solución procesal aplicable en cada caso y de contera ubicaremos la institución dentro del gran rompecabezas de las ramas del derecho; luego analizaremos comparativamente la institución y finalmente presentaremos algunas conclusiones.

II. SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO

Desde un punto de vista etimológico, por fuentes del Derecho debemos entender toda causa que origina o da nacimiento al Derecho, es decir, de donde proceden las normas jurídicas, o dicho de otra manera, es la culminación del proceso de creación del Derecho. La importancia de la Constitución es ser fuente de fuentes en el derecho interno, por ello en la aplicación del derecho el operador debe dar aplicación a los principios de: (i) jerarquía formal o normativa; y, (ii) competencia o distribución de materias⁷. Sin embargo, hoy debemos tener en cuenta a la Convención Americana de Derechos Humanos, toda vez que se ha institucionalizado un órgano jurisdiccional que controla su cumplimiento, o mejor, su violación por acción o por omisión.

De conformidad con el principio de jerarquía, comparado metafóricamente por Kelsen con una pirámide, se le asigna a las normas ciertos rangos o categorías de eficacia, de tal suerte que se pueda observar gráficamente la prelación, supremacía o acatamiento de las inferiores, según sea el caso y su desacato determina la ineficacia normativa (vicio de invalidez). Así mismo, este principio determina la vigencia temporal de las normas (*lex posterior derogat anteriori*)⁸. En el caso colombiano podemos citar como ejemplo el art. 4º de la Constitución Política⁹.

⁷ Cfr. Palomino Manchego, José F. “Constitución, supremacía constitucional y teoría de las fuentes del derecho”. En Velandia Canosa, Eduardo Andrés (Coordinador). *Estudios de derecho procesal constitucional*. Bogotá: VC Editores Ltda. y ACDPC, 2011, p. 37 y 38.

⁸ Cfr. Palomino Manchego, José F. “Constitución, supremacía constitucional y teoría de las fuentes del derecho”. *Ob. Cit.*, p. 38. “La supremacía constitucional en el Estado Constitucional significa que “una vez expresada la voluntad del Poder Constituyente con la creación de la Constitución del Estado, en el orden formal y sustantivo presidido por ella, no existen soberanos, poderes absolutos o autarquías. Todo poder deviene entonces en un poder constituido por la Constitución y, por consiguiente, limitado e informado, siempre y en todos los casos, por su contenido jurídico-normativo” (cita: STC 5854-2005-AA, fundamento jurídico N° 3, in fine).

De tal manera, “La Constitución es, norma jurídica y, como tal, vincula. De ahí que, con acierto, pueda hacerse referencia a ella aludiendo al “Derecho de la Constitución”, esto es, al conjunto de valores,

El principio de competencia o distribución de materias determina el nivel, categoría o rango jerárquico de cada norma, así como la competencia de quien la dicta¹⁰.

De conformidad con lo anterior, podemos definir el sistema de fuentes del derecho colombiano así:



1. En la cúspide tenemos a la Constitución (en general al Bloque de Constitucionalidad), entendida como un sistema normativo de carácter ideológico que determinan el proyecto constitucional de una sociedad. Las normas que componen este sistema ostentan categoría de principios, valores y excepcionalmente reglas, que estructuran su preámbulo, parte dogmática, parte orgánica y procesal o de garantía de su eficacia.

La Constitución al ubicarse en la cúspide de la pirámide, se identifica en el derecho interno, como el sistema supremo de fuentes del derecho, el cual no puede violentarse por acción ni por omisión.

Ahora, la Constitución es creada por el constituyente primario, pero podrá reformarse por él mismo o por el Congreso de la República como constituyente derivado, siempre que no sustituya la Constitución. Por lo expuesto, la Corte

derechos y principios que, por pertenecer a ella, limitan y delimitan jurídicamente los actos de los poderes públicos. Bajo tal perspectiva, la supremacía normativa de la Constitución de 1993 se encuentra recogida en sus dos vertientes: tanto aquella objetiva, conforme a la cual la Constitución preside el ordenamiento jurídico (artículo 51°), como aquella subjetiva, en cuyo mérito ningún acto de los poderes públicos (artículo 45°) o de la colectividad en general (artículo 38°) puede vulnerarla válidamente” (ibídem, fundamento jurídico No. 5 y 6)”. Se refiere a la Constitución peruana.

⁹ “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades”.

¹⁰ Cfr. Palomino Manchego, José F. *Ob. Cit.*, p. 38.

Constitucional es su guardián, órgano competente para ejercer la defensa de la Constitución o control de constitucionalidad.

La norma constitucional se amplía con la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), en lo relacionado con la carta de derechos y con un órgano jurisdiccional que garantiza su cumplimiento: la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), como órgano principal de la jurisdicción constitucional transnacional.

La ampliación de la norma constitucional con la CADH (conformado un bloque), no genera problemas, pero sí la eventual contradicción, choque o conflicto normativo entre la Constitución y la CADH o alguno de sus protocolos. Cuando esto se presenta, el conflicto debe solucionarse en favor de la CADA, es decir, debe preferirse la Convención sobre la Constitución, sin que sea oponible la tesis según la cual está última es norma de normas¹¹.

En efecto, el realismo jurídico imperante en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), evidencia que cuando entren en conflicto la Constitución y la Convención, se aplicará la primera, sin importar el rango que se le dé a los tratados en el sistema constitucional¹². Así lo demuestra el caso *Olmedo Bustos y otros contra Chile* (2001), identificado como “*La última tentación de Cristo*”, en el cual se probó que la Constitución permitía la censura previa de cintas cinematográficas, lo cual vulneraba la libertad de expresión contenida en el artículo 13 de la CADH¹³.

2. Luego tenemos las normas con rango, categoría o fuerza de ley, también conocidas como *reglas*. Esta categoría no puede contradecir la categoría superior y debe desarrollar el proyecto constitucional allí establecido, es decir, debe respetar la supremacía constitucional. En esta categoría tenemos:

1.1 **La ley** propiamente tal, es decir, la aprobada por el Congreso de la República y sancionada por el Presidente de la República. La Corte Constitucional ejerce control de constitucionalidad por vía de acción.

¹¹ Cfr. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. “La inconstitucionalidad por omisión”. En: Manili, Pablo Luis. *Marbury vs Madison. Reflexiones sobre una sentencia bicentenaria*. México: Editorial Porrúa e IMDPC, 2011, p. 106.

¹² Cfr. Rey Cantor, Ernesto. *Control de convencionalidad de las leyes y Derechos Humanos*. México: Editorial Porrúa e IMDPC, 2008, p. LXI y LXII.

¹³ Cfr. Rey Cantor, Ernesto. *Control de convencionalidad de las leyes y Derechos Humanos*. Ob. Cit., p. 103-109; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. “La inconstitucionalidad por omisión”. Ob. Cit., p. 105.

1.2 **Los Decretos-Ley** o con fuerza de ley. Los expide el Presidente de la República, previa delegación del Congreso. La Corte Constitucional ejerce control de constitucionalidad por vía de acción.

1.3 **Los Decretos Legislativos** expedidos por el Presidente de la República en virtud de la declaratoria de un estado de excepción¹⁴. La Corte Constitucional ejerce un control automático y posterior de constitucionalidad.

1.4 **La jurisprudencia de la Corte Constitucional**, conocidas como **sub-reglas**, atendiendo a los siguientes presupuestos:

1.4.1 Las que declaran la inconstitucionalidad de una norma con rango legal. Corresponden a un legislador negativo, como quiera que expulsan del ordenamiento una norma contraria a la Constitución.

1.4.2 Las que declaran una constitucionalidad condicionada, en virtud de una omisión legislativa relativa. Al llenar el vacío que vulnera el derecho a la igualdad o al debido proceso, se convierten en una fuente de derecho con la misma fuerza vinculante que la ley.

1.4.3 Las sentencias que generan un silencio constitucional vinculante. Corresponde a aquellas decisiones que exhortan a legislar en cierto tiempo, pero advirtiendo que si no se cumple, la sentencia produce efectos de ley, convirtiéndose en fuente directa de derecho¹⁵.

1.4.4 Las sentencias que legislan directamente en virtud del control de la inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta, en aquellos eventos donde no se acate la exhortación a legislar y se profiera una sentencia complementaria que tenga alcances idénticos a la ley. La acción pertinente deberá ser la acción de cumplimiento constitucional.

1.4.5 Las sentencias que establezcan políticas públicas, cuando el ejecutivo no cumpla con la exhortación a realizarlas, en virtud de la declaratoria de un estado de

¹⁴ Artículos 212, 213 y 215 de la Constitución Política de Colombia.

¹⁵ Sentencia C-577 de 2011. M.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. La Corte Constitucional colombiana declaró la constitucionalidad del art. 113 del Código Civil, donde se define el matrimonio civil, y exhortó al Congreso de la República a legislar de manera sistemática y organizada antes del 20 de julio de 2013, sobre los derechos de las parejas del mismo sexo, con el objeto de eliminar el déficit de protección existente (hasta aquí sería una sentencia exhortativa). Empero, en el numeral 5° de la parte resolutoria de la sentencia dispuso que “si el 20 de junio de 2013 el Congreso de la República no ha expedido la legislación correspondiente, las parejas del mismo sexo podrán acudir ante notario o juez competente a formalizar y solemnizar su vínculo contractual”. Aquí se configuró una nueva institución que podemos denominar **Silencio Constitucional Vinculante**.

cosas inconstitucional. La acción pertinente deberá ser la acción de cumplimiento constitucional en contra del ejecutivo (no del legislativo)¹⁶.

1.4.6 Las sentencias sobre derechos fundamentales, que determinen el alcance del principio constitucional vulnerado o amenazado, o dicho de otra manera, que deben concretar el proyecto constitucional, solucionando un caso concreto, cuando no se tenga otra fuente de derecho con categoría o rango de ley. Se trata de aquellas sentencias que establecen un precedente constitucional vinculante, o establecen una *ratio decidendi* o que se encuentran cobijadas por una cosa juzgada implícita, que debe acatarse en casos futuros.

1.5 **La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia**, cuando actuando como juez de casación, determine el alcance de la norma superior en un caso concreto, por ausencia de legislación. También será una *sub-reglas*. Debe precisarse que de conformidad con la interpretación que la Corte Constitucional ha dado al art. 230 de la Constitución, el término ley debe entenderse como sinónimo de derecho, lo que permitiría interponer recursos de casación por violación de la Constitución, claro, siempre que existe el vacío legal¹⁷.

1.6 **La jurisprudencia del Consejo de Estado**, en temas donde se presentan vacíos legislativos y debe precisarse el alcance de las normas constitucionales, tal como sucede en temas de responsabilidad extracontractual del Estado, donde se aplica reiteradamente el art. 90 de la norma superior.

3. En el tercer rango encontramos los **Decretos Reglamentarios**, los cuales expide el Presidente de la República en ejercicio de su facultad reglamentaria. Estos decretos también tienen control de constitucionalidad, pero a través de la acción de nulidad por inconstitucionalidad, la cual se ejerce ante el Consejo de Estado, de conformidad con el numeral 2º del Art. 237 de la Constitución Política.

4. En cuarta categoría se encuentran los **actos administrativos de carácter departamental**, dentro de los cuales destacamos las ordenanzas Departamentales y los decretos de carácter general expedidos por el gobernador departamental. Contra estos actos se pueden formular demandas de nulidad por inconstitucionalidad, ante el

¹⁶ Si se establece una jurisdicción constitucional especializada o concentrada pero integral, es decir, que además de Corte Constitucional se implementen tribunales constitucionales con competencia en los Distritos Judiciales y jueces constitucionales, con competencia en los circuitos judiciales, la competencia para conocer de estas acciones podrá ser de los tribunales o jueces, en la medida que se trate del diseño de políticas públicas territoriales.

¹⁷ Sentencia de la Corte Constitucional C-836 de 2001. M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.

Tribunal Administrativo, de conformidad con lo establecido en el código contencioso administrativo.

5. En el quinto rango se encuentran los *actos administrativos de carácter municipal*, dentro de los cuales destacamos los acuerdos municipales y los decretos de carácter general expedidos por el alcalde municipal. Contra estos actos se pueden formular demandas de nulidad por inconstitucionalidad, ante el Tribunal Administrativo, de conformidad con lo establecido en el código contencioso administrativo.

La objeción contra las sentencias que crean derecho, no pretende un incumplimiento de la Constitución, sino en el temor de la ausencia de límites al abuso del poder por la jurisdicción constitucional, ni siquiera es por violar la libertad de configuración legislativa o en el diseño de políticas públicas y por ello se presenta como argumento la vulneración al principio de separación de poderes. En efecto, la Corte Constitucional precisó:

“En esa medida, se podría estar alterando el principio de separación de poderes, pues el órgano encargado de exigir el cumplimiento de la Constitución tendría la facultad para dar órdenes a los demás”¹⁸, agregando que “...la facultad para exigir su cumplimiento, más allá de lo dispuesto en la Carta, significaría un detrimento del principio de separación de poderes”.

Debido a lo expuesto, es necesario analizar el principio de separación de poderes.

III. PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE PODERES

Se afirma que el principio de separación de poderes persigue distinguir la función pública que debe cumplir cada rama del poder público. Empero, este principio no desconoce la colaboración armónica que debe existir entre dichas ramas en pro del cumplimiento de la Constitución, permitiendo su flexibilización en ciertos casos, pero siempre bajo unos límites temporales, temáticos o procesales.

De conformidad con lo expuesto, la *Rama Ejecutiva* del poder público en regímenes presidencialistas como el colombiano, atribuye al Presidente de la República en el orden externo ser el jefe del Estado (ser el director de la misión diplomática,

¹⁸ Sentencia de la Corte Constitucional C-651 de 2003. M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil. Numeral 2.3.

representante del Estado en la firma de los tratados o convenios internacionales, así como en los procesos adelantados ante Cortes Internacionales) y jefe de gobierno en el orden interno, junto con los ministerios, superintendencias y departamentos administrativos, lo cual se concreta en los actos administrativos de carácter reglamentario. Empero, excepcionalmente cumple funciones de la Rama Legislativa, tal como acontece con la expedición de los decretos con fuerza de ley y en los decretos legislativos. Sin embargo, no se lesiona el principio de separación de poderes debido a los límites temporales y temáticos establecidos por la propia Constitución. Igualmente, puede cumplir funciones jurisdiccionales, tal como acontece en los procesos adelantados ante la Superintendencia de Sociedades en aplicación de las leyes 222 de 1995, 550 de 1999 y 116 de 2006¹⁹.

La *Rama Legislativa* del poder público tiene por objeto, (i) concretar el proyecto constitucional de una sociedad, mediante la expedición de las leyes en desarrollo de los principios constitucionales; (ii) actuar como constituyente derivado, sin sustituir la Constitución (expedir enmiendas constitucionales); o, (iii) ejercer un control político. Sin embargo, eventualmente podrá ser competente para instruir o juzgar penalmente a ciertos funcionarios del Estado (siempre que lo establezca expresamente la Constitución) y no por ello, puede concluirse que se ha inmiscuido en las funciones propias de la Rama Judicial y por tal razón ha quebrantado el principio de separación de poderes.

Por su parte, a la *Rama Judicial* del poder público le corresponde cumplir la función jurisdiccional del Estado. Esta función se cumple profiriendo sentencias de mérito que resuelvan de fondo los conflictos de intereses, como concreción del derecho de acción o de acceso a la función jurisdiccional del Estado. En efecto, la función jurisdiccional del Estado se ha creado para que en ejercicio de la soberanía interna del Estado, sus destinatarios tengan que aceptar y cumplir las decisiones que se tomen, en ejercicio de la función pública de administración de justicia²⁰; es decir, el objeto de la administración de justicia es “*decir el derecho que es*” en un caso concreto.

Decir el derecho que es, significa que la jurisdicción como elemento esencial del derecho procesal, tiene como fin la efectividad del derecho sustancial en presencia de un conflicto de intereses. Lo explicado significa que dependiendo del conflicto, surge la

¹⁹ Sin embargo, en este aspecto se considera que si se vulnera el principio de separación de poderes, habida cuenta que se ejercen de manera permanente y sin ningún tipo de límites, funciones propias de la Rama Judicial, lo cual no se profundizará, por no corresponder a la línea de investigación.

²⁰ Artículo 228 de la Constitución Política de Colombia de 1991.

necesidad de la intervención del Estado para “*decir el derecho que es*”, que por supuesto, se diferencia según el derecho sustancial en cuestión. Por ello algunas legislaciones como la colombiana han clasificado la jurisdicción por especialidades adjetivas al derecho sustancial, lo que explica porque el objeto de la jurisdicción ordinaria es diferente al de la jurisdicción de lo contencioso administrativo y al de la jurisdicción constitucional²¹.

En efecto, el objeto²² de la jurisdicción ordinaria es solucionar los conflictos que se presentan entre los particulares²³, siendo civiles si corresponden a conflictos relacionados con los derechos reales, personales, contractuales, etc.; de familia si son sucesorales o se derivan de las relaciones entre cónyuges, padres e hijos, tutores, etc.; laborales si se originan en la relación empleador-trabajador; comerciales si surgen entre los sujetos comerciales o derivadas de los actos de comercio y penales si se ha incurrido en una conducta típica, antijurídica y culpable²⁴.

Por su parte la jurisdicción contencioso administrativo²⁵, además de resolver los litigios o conflictos de intereses derivados del ejercicio de la actuación administrativa, que se presenten entre un particular o entidad estatal y otra entidad estatal o particular que cumplan funciones públicas. O dicho de otra manera, esta jurisdicción tiene por objeto controlar la actividad de la administración pública, siempre que su actuar sea

²¹ También puede analizarse el tema de las denominadas jurisdicciones especiales, tales como la indígena, la de paz o la penal militar.

²² Siempre que se hable del objeto, nos referimos al paradigma que identifica la respuesta a la siguiente pregunta: ¿para qué se crea la jurisdicción?

²³ Por ello se considera que no es apropiado hablar de jurisdicción voluntaria, ya que si no estamos en presencia de un conflicto, no existe jurisdicción. La jurisdicción del Estado no puede estar destinada a conceder licencias judiciales en ausencia de conflicto, toda vez que ello lo pueden desempeñar los despachos notariales, Cámaras de Comercio, conciliadores o amigables componedores.

²⁴ Aunque en este caso el conflicto es entre el imputado, procesado, acusado o reo (dependiendo de la terminología adoptada) y el Estado por intermedio de la Fiscalía General de la Nación, quien representa a la sociedad, en modelos acusatorios.

²⁵ El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo (Modificado por la ley 446 de 1998, art. 30 y por la ley 1107 de 2006, art. 1º) indica: “**Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.** La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de la distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.

Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de gobierno.

La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley. Las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las salas jurisdiccionales disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los consejos seccionales de la judicatura, no tendrán control jurisdiccional.

El 83 indica: **(Subrogado. D.E. 2304/89, art. 13).** “**Extensión del control.** La jurisdicción de lo contencioso administrativo juzga los actos administrativos, los hechos, las omisiones, las operaciones administrativas y los contratos administrativos...”

consecuencia de actos, hechos, omisiones administrativas, operaciones administrativas o vías de hecho²⁶.

Por su parte, la jurisdicción constitucional tiene por objeto hacer efectivo el principio de supremacía constitucional²⁷, toda vez que a los tribunales constitucionales se les confía la guarda e integridad de la Constitución y la defensa de los derechos humanos.

El control abstracto se caracteriza por proferir decisiones con efectos *erga omnes*, es decir, con efectos generales, ya que se refiere al control de constitucionalidad del ordenamiento jurídico, en el cual se pretende mantener el *linaje* constitucional en el ordenamiento jurídico, tal como ocurre en el control automático de constitucionalidad y en el control de constitucionalidad por vía de acción.

No obstante, en el control concreto de constitucionalidad se profieren decisiones con efectos *inter partes*, es decir, solamente en el caso en cuestión, como sucede con la excepción de inconstitucionalidad o en los procesos creados para la protección de los derechos consagrados como principios directamente en la Constitución, tales como la acción de tutela (amparo), *habeas corpus*, popular, de grupo, o de cumplimiento (siempre que sea el remedio procesal para el incumplimiento de la Constitución por omisión).

Concluyendo, el objeto de la jurisdicción constitucional es defender la Constitución Política, en la eficacia de sus principios y valores en el ordenamiento jurídico y en la eficacia de los derechos humanos consagrados constitucionalmente.

Por ello debemos concluir que la jurisdicción constitucional debe inmiscuirse en una función que tradicionalmente le corresponde a la Rama Legislativa del poder público, ya que su objeto es controlar, que esta rama cumpla con la función que la Constitución le asigna, en el sentido de verificar que las leyes que expide se ajusten a la Constitución, o que expida las que la Constitución le ordena y, esto es inmiscuirse en la política, como quiera que la expedición de una ley, es el resultado de uno de los procesos políticos y si una ley no se expide, es porque el proceso político no se ha dado.

Sin embargo, en Colombia ni la Constitución ni la ley otorga competencia al Tribunal Constitucional (ni a ninguna otra autoridad), para conocer la

²⁶ Cuando son autónomas como en Francia. En Colombia la vía de hecho administrativa corresponde a un hecho (irregularidad grosera) ocurrido en la ejecución de un acto administrativo, es decir, en nuestro país la vía de hecho se ubica en la operación administrativa. Puede consultarse a: RODRÍGUEZ, Libardo. *Derecho administrativo general y colombiano*. Bogotá: Temis.

²⁷ Cfr. Gozaíni, Osvaldo Alfredo. *Introducción al derecho procesal constitucional*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2006, pág. 107.

inconstitucionalidad por omisión, dejando en entredicho la universalidad del principio de supremacía constitucional. No obstante lo anterior, la Corte Constitucional ha dicho que 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”*²⁸.

De conformidad con lo expuesto el objetivo general de la tesis, es determinar el alcance, origen, eficacia y manera de ejercer el control jurisdiccional de las omisiones legislativas, para lo cual iremos cumpliendo paulatinamente con unos objetivos específicos, para lo cual acudiremos a los métodos básicos de investigación, tales como el histórico, el comparativo o de derecho comparado, el analítico deductivo y el inductivo para algunos aspectos.

IV. TIPOLOGÍA DE LAS OMISIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD

Se trata de establecer los tipos de abstenciones que vulneran la Constitución las cuales deberán soportar consecuencias jurídicas. Veamos:

1. Omisiones Absolutas

En estas omisiones puede incurrir el legislador, cuando el constituyente le ordena expresamente desarrollar un precepto constitucional y no lo hace en un término razonable.

2. Relativas

Se presenta cuando el legislador si desarrolla un precepto constitucional, o en general expide una ley, pero dejando un déficit constitucional, es decir, cuando deja un vacío que vulnera el derecho fundamental a la igualdad o al debido proceso. En estos eventos, para controlar la futura inconstitucionalidad, se profieren sentencias que declaran una constitucionalidad condicionada o se exhorta al legislador a llenar el vacío legislativo expidiendo una nueva ley que regule la materia.

²⁸ Sentencia de la Corte Constitucional C-188 de 1996. M.P. Dr. Fabio Morón Díaz.

3. Estados de cosas inconstitucionales

Esta violación a la Constitución por omisión, se presenta cuando el encargado de desarrollar una política pública no lo hace, creando con tal negligencia un permanente “*estado de cosas inconstitucional*”. Debe precisarse, que en estos eventos el obligado es el ejecutivo y no el legislativo.

Parafraseando al profesor Jorge Iván Cuervo, debemos decir que una política pública es el flujo de decisiones en torno de un problema público que vulnera la Constitución, por lo que se incorpora a la agenda del gobierno u otras instituciones del Estado para enfrentarse de conformidad con las competencias constitucionales y legales²⁹.

Ahora, se ha dicho que las políticas públicas pueden desarrollarse por el ejecutivo (del orden nacional o local) u otras entidades públicas, tal como el Consejo Superior de la Judicatura, quien en materia de justicia, debe diseñar y ejecutar políticas públicas en justicia³⁰.

Por otra parte, las políticas públicas responden a la siguiente tipología: (i) políticas públicas de Estado; (ii) Políticas públicas de gobierno; (iii) políticas públicas institucionales; y, (iv) políticas públicas territoriales³¹.

Ahora, si se omite diseñar y ejecutar una política pública, tal negligencia corresponde a una violación de la Constitución por omisión, la cual configura un “*estado de cosas inconstitucional*”, que debe tener un control jurisdiccional tanto a nivel nacional como local, toda vez que si se mantiene la abstención, la misma puede ser la causa de la vulneración de derechos fundamentales o patrimoniales, si finalmente se consuman violaciones irreversibles.

Por lo expuesto, debe considerarse a la acción de cumplimiento como la garantía o instrumento que defienda la Constitución de su vulneración por omisión así: (i) si la política pública no la cumple una autoridad nacional, el competente para tramitar tal acción deberá ser la Corte Constitucional; (ii) si el violador es una autoridad del orden departamental, el competente debe ser el Tribunal Constitucional de Distrito Judicial; y,

²⁹ Cfr. Cuervo, Jorge Iván. “Las políticas públicas: entre los modelos teóricos y la práctica gubernamental (una revisión a los presupuestos teóricos de las políticas públicas en función de su aplicación a la gestión pública colombiana)”. En: Jolly, Jean-Francois y Cuervo R., Jorge Iván (Editores). *Ensayos sobre políticas públicas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 79.

³⁰ Cfr. Cuervo, Jorge Iván. “Las políticas públicas: entre los modelos teóricos y la práctica gubernamental”. Ob. Cit., p. 82.

³¹ Cfr. CUERVO, Jorge Iván. *Ibidem*, p. 87.

(iii) pero si la vulneración la causa una autoridad municipal, el competente para tramitar la acción, será el juez Constitucional de Circuito Judicial.

V. UBICACIÓN DEL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN DENTRO DE LAS RAMAS DEL DERECHO

La justicia constitucional tiene por objeto hacer efectiva la Constitución, cuando ello no ocurra de manera automática. En este orden de ideas, la justicia constitucional tiene por objeto (i) garantizar el linaje constitucional en el ordenamiento jurídico y (ii) garantizar la eficacia de los derechos humanos.

Dentro del primer sector debe ubicarse: (i) la acción de inconstitucionalidad; (ii) el control automático de constitucionalidad; (iii) la acción de cumplimiento constitucional; y, (iii) el control incidental de constitucionalidad.

En el segundo sector se debe considerar: (i) la acción de tutela; (ii) la acción de *habeas corpus*; (iii) la acción de *habeas data*; (iv) la acción popular; y (v) la acción de grupo.

Por lo brevemente expuesto, el instrumento procesal que controle la inconstitucionalidad por omisión, debe ser la acción de cumplimiento constitucional, la cual sin duda pertenece al ámbito de la justicia constitucional y/o del derecho procesal constitucional.

VI. CONSAGRACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA INSTITUCIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

El inciso 10º del art. 436 de la Constitución ecuatoriana de 2008³², contempló la *inconstitucionalidad por omisión*, al asignar a la Corte Constitucional competencia para:

“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

³² Fue aprobada por referéndum, el 28 de septiembre de 2008.

transcurrido el plazo la omisión persiste, la Corte, de manera provisional, expedirá la norma o ejecutará el acto omitido, de acuerdo con la ley”.

De la norma transcrita podemos concluir lo siguiente:

(i) Otorga competencia a la Corte Constitucional para declarar la inconstitucionalidad por omisión.

(ii) El sujeto pasivo no se limita al poder legislativo, ya que se amplía a las instituciones del Estado o autoridades públicas.

(iii) Contempla los diferentes tipos de inconstitucionalidad por omisión, toda vez que se refiere a la manera total o parcial o ejecución del acto omitido.

(iv) Establece el elemento temporal, toda vez que prevé la posibilidad de establecer plazo directamente en la Constitución para legislar o prevé el plazo que se considere razonable por la Corte Constitucional para exhortar al cumplimiento constitucional.

(v) Posibilita a la Corte la expedición provisional de la ley o acto omitido, de conformidad con la ley, es decir, que la sentencia que legisle, deberá tener el mismo procedimiento de la ley.

(vi) La Corte Constitucional no arrebató definitivamente la competencia del legislador u otra autoridad pública, toda vez que puede cumplir con su encargo constitucional en cualquier momento.

Afirma el profesor argentino Néstor Pedro Sagüés, que llama la atención la posibilidad constitucional para que frente a una omisión de inconstitucionalidad en la creación de normas generales, la Corte pueda proferir provisionalmente la regla jurídica echada de menos, como un legislador suplente y precario, siendo notoria la fuerza normativa de la Constitución³³.

³³ Sagüés, Néstor Pedro. “El juez constitucional como legislador positivo”. En: Velandia Canosa, Eduardo Andrés (Coordinador). *Estudios de derecho procesal constitucional*. Bogotá: VC Editores Ltda. y Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional, 2011, p. 229.

VII. TRATAMIENTO DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN EN LAS SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

A pesar de no haberse consagrado positivamente la institución, la Corte Constitucional sí se ha pronunciado al respecto. Veamos.

1. ¿Se ha definido en la jurisprudencia constitucional colombiana la inconstitucionalidad por omisión?

A pesar de no contemplarse la inconstitucionalidad por omisión en la Constitución ni en la ley, puede identificarse una línea jurisprudencial que la define y precisa sus alcances. En efecto, la sentencia T-081 de 1993, la cual debe considerarse como sentencia de principio³⁴, se afirmó que “*los fines esenciales del Estado 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. De no hacerlo, se incurriría en una **inconstitucionalidad por omisión** cuya gravedad puede medirse considerando los derechos individuales y sociales que en este caso sólo adquirirían "aplicabilidad inmediata" a partir de la adopción de la norma legal*”³⁵. Aquí se observa, que se difiere la efectividad de los derechos a la expedición de la ley.

No obstante la ausencia de definición o atribución de la competencia de su control, la Corte Constitucional ha argumentado, que las disposiciones constitucionales “*no deben correr el riesgo de quedarse escritas, porque ello llevaría indefectiblemente a la pérdida de su valor normativo, y a la renuncia de la pretensión de reformar la estructura social para alcanzar los valores y fines inspiradores del ordenamiento constitucional (CP Preámbulo)*”³⁶.

“*Los fines esenciales del Estado (CP art. 2) 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. De no hacerlo, se incurriría en una **inconstitucionalidad por omisión** cuya gravedad puede medirse considerando los derechos individuales y sociales que en este caso sólo adquirirían "aplicabilidad inmediata" a partir de la adopción de la norma legal*”³⁷.

³⁴ Cfr. López Medina, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces*. 2ª Ed. Bogotá: Universidad de los Andes y Legis, 2008, p. 184 y ss.

³⁵ Sentencia T-081 de 1993. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

³⁶ T-081 de 1993. Sen. Cit. Fundamento jurídico No. 5.

³⁷ T-081 de 1993. Sen. Cit. Fundamento jurídico No. 5.

Por ello siguiendo la metodología recomendada por la doctrina, identificaremos en el control abstracto de constitucionalidad como una de las sentencias hito (nicho citacional)³⁸, a la C-543 de 1996, por definir la omisión legislativa, a la luz de la doctrina y de la jurisprudencia, entendida como "*todo tipo de abstención del legislador de disponer lo prescrito por la Constitución*"³⁹.

No obstante lo anterior, la Corte identificó las omisiones legislativas inconstitucionales "*con la "no acción" o falta de actividad del legislador en el cumplimiento de la obligación de legislar 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*".

*"En resumen, se afirma que existe una omisión legislativa, cuando el legislador no cumple un deber de acción expresamente señalado por el Constituyente"*⁴⁰.

2. ¿Ha definido la jurisprudencia presupuestos para la configuración de la inconstitucionalidad por omisión?

En principio se estableció que la inconstitucionalidad por omisión está ligada a la existencia de una obligación de hacer que "*el constituyente consagró a cargo del legislador, el cual sin que medie motivo razonable se abstiene de cumplirla, incurriendo con su actividad negativa a una violación a la Carta*"⁴¹.

De lo expuesto se concluye, que la Corte Constitucional si ha establecido presupuestos para configurar la inconstitucionalidad por omisión. Ellos son:

(i) ***Obligación de hacer a cargo del legislador.*** Debe existir en la Constitución una norma expresa que contemple el deber de legislar, en pro de concretar el proyecto constitucional.

(ii) ***Abstención del legislador*** sin motivo razonable.

³⁸ Cfr. López Medina, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces*. Ob. Cit., p. 184 y ss.

³⁹ Sentencia C-543 de 1996. M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

⁴⁰ Sen. Cit. C-543 de 1996.

⁴¹ Cfr. Sentencias C-247 de 1995, C-536 de 1995, C-098 de 1996, C-188 de 1996 y C-745 de 1998.

(iii) **Tiempo prudencial.** Debe transcurrir un plazo razonable que garantice la efectividad de las decisiones del Constituyente⁴².

Por lo expuesto aclara la Corte que *“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”*⁴³.

En consecuencia, en la sentencia C-1266 la Corte Constitucional señaló, siguiendo al profesor Marcos Gómez Puentes, que no se trata *“simplemente de un no hacer sino que consiste en un no hacer algo normativamente predeterminado, se requiere por lo tanto la existencia de un deber jurídico de legislar respecto del cual la conducta pasiva del legislador resulta constitucionalmente incompatible para que ésta pudiera ser calificada de omisión o inactividad legislativa, en otro supuesto se trataría de una conducta jurídicamente irrelevante, meramente política, que no infringe los límites normativos que circunscriben el ejercicio del poder legislativo”*⁴⁴.

Por ello se ha sostenido por la Corte, que *“en la omisión legislativa, el silencio del legislador tiene efectos de exclusión a los cuales es posible hacer frente por la vía del control de constitucionalidad”* (...), *“únicamente cuando el silencio del legislador se traduce en una norma implícita que, por ejemplo, prohíbe algo permitido u ordenado por la Carta cabe hablar de la inconstitucionalidad de la omisión”* (...), *“siempre que esa inconstitucionalidad se compruebe, la Corte está llamada a hacer valer el superior imperio de la Constitución, siendo éste el propósito de su función de control sobre las omisiones”*⁴⁵.

3. ¿Se ha elaborado por la Corte Constitucional una tipología de las omisiones legislativas?

Lo primero que debemos resaltar, es que *“la omisión legislativa pura o total, no es objeto del debate en el proceso de inexecutableidad, 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*

⁴² Sen. Cit. T-081 de 1993.

⁴³ Sen. Cit. C-543 de 1996.

⁴⁴ Cfr. Gómez Puentes, Marcos. *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control.* Madrid: Mc Graw-Hill, 1997, p. 19.

⁴⁵ Cfr. Sentencias C-891 de 2006 y C-208 de 2007.

ser enjuiciado en razón de la carencia de objeto en uno de uno de los extremos de comparación”⁴⁶.

Precisado lo anterior, la Corte Constitucional en sus sentencias acogiendo la tipología clásica de las clases de omisiones legislativas, ha descrito cómo puede el legislador vulnerar los deberes impuestos por el constituyente. Tales omisiones pueden ser:

- a. Cuando no produce ningún precepto encaminado a ejecutar el deber concreto que le ha impuesto la Constitución;
- b. Cuando en cumplimiento del deber impuesto por la Constitución, favorece a ciertos grupos, perjudicando a otros;
- c. 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.
- d. 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.

Como puede notarse, la Corte clasificó las violaciones en omisiones absolutas y omisiones relativas. La primera de las descritas es absoluta, mientras que las restantes, siguiendo la doctrina sentada por Wessel, son relativas.

Frente a la tipología expuesta, la Corte Constitucional afirmó: *“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”*.

4. ¿Cuál es la omisión legislativa absoluta?

Esta modalidad de omisión legislativa, corresponde a la falta de regulación total de un tema que debe ser desarrollado o regulado por la ley.

⁴⁶ Sentencia C-146 de 1998. M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

En efecto, ha precisado la jurisprudencia que *“La omisión absoluta hace referencia al incumplimiento por parte del legislador de la obligación constitucional de expedir una regulación específica, es decir constituye una total inactividad por parte del Congreso y, por ende, supone la ausencia total de un texto o precepto legal”*⁴⁷.

Ahora, reiteradamente se ha declarado incompetente para conocer de este tipo de omisiones, argumentando lo siguiente⁴⁸:

*“(i) no es metodológicamente posible el examen de constitucionalidad en estos casos por la carencia de norma susceptible de control”*⁴⁹,

(ii) es indispensable que la demanda de inconstitucionalidad recaiga sobre un texto real y no simplemente deducido por el actor o implícito,

*(iii) la declaración de inexecutable 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”*⁵⁰.

5. ¿Cuál es la omisión legislativa relativa?

Por omisión legislativa relativa, precisó la Corte que corresponde a la ausencia de regulación de un asunto, que engendra un resultado inconstitucional frente al principio de la igualdad o del debido proceso. En efecto, la jurisprudencia ha indicado que se presenta cuando *“el legislador actúa, pero lo hace imperfectamente, como en los casos de violación al principio de igualdad o debido proceso”*⁵¹.

En esta misma línea se ha expresado que *“supone la actividad del legislador pero de forma incompleta o defectuosa “dado que al regular una situación determinada, éste no tiene en cuenta, omite, o deja de lado, supuestos de hecho que, al momento de aplicarse el precepto correspondiente, genera tratamientos inequitativos o el desconocimiento de derechos de los destinatarios de la norma respectiva (v. gr. derecho a la igualdad, derecho al debido proceso o del derecho de defensa, derechos adquiridos, etc.)”*⁵².

⁴⁷ C-1266 de 2005. M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁴⁸ Sentencia C-1266 de 2005.

⁴⁹ Sentencia C-543 de 1996.

⁵⁰ Cfr. Sentencias C-504 de 1995 y C-146 de 1998.

⁵¹ Cfr. sentencias C-675 de 1999, C-185 de 2002, C-284 de 2002, C-809 de 2002, C-836 de 2002 y C-528 de 2003.

⁵² C-1266 de 2005.

Reiterando esta línea jurisprudencial la Corte ha sostenido que esta omisión “tiene lugar cuando el legislador regula una materia, pero no lo hace de manera integral”⁵³.

5.1 Presupuestos

Sobre los requisitos exigidos se identifica: “que el legislador haya incumplido un deber expresamente impuesto por el Constituyente”, ya que “sin deber no puede haber omisión”⁵⁴. Corresponde a “una regulación que deja por fuera otros supuestos análogos”⁵⁵, que han debido incluirse, a fin de que la ley armonice con la Constitución; “o que dicha condición jurídica, aun habiendo sido incluida, resulta insuficiente o incompleta frente a situaciones que también han debido integrarse a sus presupuestos fácticos”⁵⁶.

La Corte ha sostenido que “el juez constitucional pueda declarar la inxequibilidad por omisión se requiere que la omisión implique el incumplimiento de un deber constitucional del legislador”⁵⁷, o cuando “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”⁵⁸.

La Corte ha determinado los siguientes presupuestos de identificación de la omisión legislativa relativa, los cuales le permiten establecer si se está en frente de una omisión constitucionalmente reprochable o en frente de una simple omisión legislativa. Ellos son:

- i) “la existencia de una disposición frente a la cual se predique la omisión;
- ii) que la disposición excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, tenían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado con el fin de dar un trato idéntico o similar a situaciones expresamente contempladas en él, o, que el precepto excluya un ingrediente, condición normativa o consecuencia jurídica que resulte esencial e indispensable para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta Fundamental;

⁵³ Sentencia C-619 de 2011, fundamento jurídico No. 5.

⁵⁴ Cfr. Sentencia C-543 de 1996, fundamento jurídico No. 1.

⁵⁵ Ibidem.

⁵⁶ Sentencia C-619 de 2011, fundamento jurídico No. 5.

⁵⁷ Sentencia C-427 de 2000.

⁵⁸ Sentencia C-543 de 1996.

iii) *que la exclusión de los casos, ingrediente, condición normativa o consecuencia jurídica carezca de un principio de razón suficiente;*

iv) *que la falta de justificación genere para los casos excluidos de la regulación legal una desigualdad 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”⁵⁹.*

5.2 ¿Debe vincularse la inconstitucionalidad por omisión relativa con algún derecho fundamental?

La Corte Constitucional ha respondido positivamente a tal pregunta, como quiera que vincule la violación a la Constitución por omisión legislativa relativa, con la vulneración de algún derecho, lo cual indica que no se configura por la simple inactividad legislativa.

En una línea jurisprudencial se ha identificado la violación del derecho a la **igualdad** cuando tal omisión entraña alguna discriminación. Sobre el punto, se ha indicado 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”⁶⁰.*

Esta línea ha sido reiterada cuando se afirmó *“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”⁶¹.*

En otra línea jurisprudencial la Corte Constitucional identificó la omisión legislativa relativa con la vulneración del derecho fundamental al **debido proceso**, si el legislador omite la regulación de un aspecto esencial para el ejercicio del derecho de defensa. La Corte dijo: *“... en una buena parte de los casos la omisión se torna patente*

⁵⁹ Cfr. Sentencias C-543 de 1996. M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz; C-427 de 2000. M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa; C-1549 de 2000. M.P. Dra. Martha Victoria SÁCHICA Méndez; C-1177 de 2001. M.P. Dr. Álvaro Tafur Galvis; C-185 de 2002. M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil; C-311 de 2003. M.P. Dr. Eduardo Montealegre Lynett; C-780 de 2003. M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra; C-1125 de 2004 M.P. Jaime Córdoba Triviño y C-421 de 2006. M.P. Dr. Álvaro Tafur Galvis.

⁶⁰ Sentencia C-555 de 1994. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁶¹ Sentencia C-146 de 1998. M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

en relación con el derecho a la igualdad, no siempre ello es así, pues la omisión relativa también podría configurarse respecto “del derecho de defensa, como elemento esencial del debido proceso, por cuanto la ley existe pero no cubre todos los supuestos que debería abarcar” y su actuación sería ‘imperfecta o incompleta’.

Otra línea jurisprudencia admite que la omisión legislativa relativa, también se configura cuando la regulación de un aspecto concreto impone al legislador la obligación de establecer una regla específica y éste no lo hace. Si la omisión legislativa es el incumplimiento genérico de un deber del legislador que deriva en una consecuencia inconstitucional inadmisibles, “no están limitadas a aquellos casos relacionados con los derechos a la igualdad y al debido proceso, pues cuando la Corte mencionó estos derechos lo hizo con la intención de ‘ilustrar dos situaciones en las cuales ellas se presentan con relativa frecuencia’, más no con el propósito de ‘restringir el ámbito de aplicación de la figura de las omisiones legislativas relativas’⁶². Así se ha estimado que también se presenta una omisión legislativa relativa 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”⁶³.

Esta tendencia no exige probar la vulneración del derecho fundamental a la igualdad, por lo cual se “abre paso la posibilidad de que tal omisión se detecte en la ausencia de regulación de un supuesto que forzosamente debía estar incluido en el ámbito de las disposiciones acusadas, y no únicamente en los eventos de exclusión de ciertos sujetos de un determinado contenido regulatorio que necesariamente debiera serles aplicado. Esto es, puede haber omisión relativa aun cuando no quepa predicar una exigencia constitucional de identidad de regímenes jurídicos. Basta con acreditar que, en relación con la materia objeto de regulación, era imperativo a la luz de la Constitución regular también el supuesto que se considera omitido. En una hipótesis tal, también sería posible señalar que el producto de la actividad legislativa resulta incompleto, por no incorporar una previsión cuya inclusión resultaba imperativa a la luz de la Constitución, y que por consiguiente existe una inconstitucionalidad que proviene de dicha omisión”⁶⁴.

⁶² Cfr. Sentencia C-408 de 1998 y C-891 de 2006.

⁶³ Cfr. Sentencia C-543 de 1996. M. P. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

⁶⁴ Sentencia C-208 de 2007 M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.

6. Objeto de la acción de inconstitucionalidad y la inconstitucionalidad por omisión

No existe duda sobre la existencia de la acción de inexecutable frente a las leyes que quebrantan la Constitución Política, por así contemplarlo el art. 241 de la citada norma, máxime, cuando tal acción corresponde al aporte de nuestro derecho al patrimonio jurídico universal⁶⁵.

No obstante, la inconstitucionalidad por omisión no ha corrido con la misma suerte, como quiera que nuestro constituyente no asignó a la Corte Constitucional su control. Teniendo en cuenta que hablamos de dos tipos de omisión, analizaremos sus líneas jurisprudenciales separadamente.

6.1 Acción sobre la omisión legislativa absoluta

Ha reiterado la Corte Constitucional que no puede demandarse la inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta, toda vez 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 legislativa⁶⁶.

En efecto, la Corte precisó 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 que 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”*⁶⁷.

⁶⁵ En efecto, es de autoría colombiana la creación de la acción de inexecutable, tal como lo evidencia el artículo 41 del Acto Legislativo No. 3 de 1910.

⁶⁶ Cfr. Providencias: 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 y C-284 de 2002.

⁶⁷ C-543 de 1996.

7. Conclusión: la Acción de Cumplimiento constitucional como garantía de la eficacia de la Constitución cuando se vulnera por omisión

La acción de cumplimiento constitucional es el derecho fundamental, que tiene todo sujeto de derecho, para acudir ante la jurisdicción del Estado, en procura de una sentencia definitiva encaminada a obtener el cumplimiento de la Constitución⁶⁸, la ley o el acto administrativo, en un plazo razonable, que acoja o niegue dichas pretensiones, previo el adelantamiento de un debido proceso.

Por lo expuesto, debemos entender que el derecho de acción no se satisface simplemente con la admisión de la demanda, sino con la obtención de una sentencia de fondo dentro de un término razonable, acogiendo o negando las pretensiones, es decir, es el derecho a la sentencia.

Por su parte la jurisprudencia ha dicho que la acción de cumplimiento “es el derecho que se le confiere a toda persona (...) para poner en movimiento la actividad jurisdiccional del Estado, mediante la formulación de una pretensión dirigida a obtener el cumplimiento de una ley o de un acto administrativo que ha impuesto ciertos deberes u obligaciones a una autoridad, la cual se muestra renuente a cumplirlos”⁶⁹.

La doctrina especializada afirma que corresponde a una “acción constitucional que faculta a toda persona para exigir, por conducto de la rama judicial, que las autoridades de la República cumplan las obligaciones y deberes, contenidos en normas con fuerza material de ley o en actos administrativos, con el objeto de que verifique una verdadera eficacia y materialidad del sistema normativo dentro del Estado social de derecho”⁷⁰, tesis acogida por el profesor Manuel Fernando Quinche, quien la complementa diciendo que tal definición hace radicar “el sentido de la acción, en los principios de eficacia y de efectividad del artículo 2 de la Constitución”⁷¹.

La argumentación que damos a nuestra definición, desde el punto de vista del derecho procesal constitucional, como debe ser, y no desde el punto de vista sustancial, es la siguiente:

⁶⁸ Según nuestra propuesta.

⁶⁹ Corte Constitucional colombiana: Sentencia C-157 de 1998. M.P. Drs. Antonio Barrera Carbonell y Hernando Herrera Vergara.

⁷⁰ Cfr. Urrego, Franky. *La Acción de Cumplimiento*. Bogotá: ABC Editores y Universidad Agraria, 2001, pág. 17.

⁷¹ Cfr. Quinche Ramírez, Manuel Fernando, *Derecho Constitucional Colombiano. De la Carta de 1991 y sus derechos*. Segunda Edición. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2008, pág. 314.

En primer lugar debemos tener presente que el derecho de acción, entendido como el derecho a la jurisdicción, es humano o fundamental⁷², por lo que es uno solo y no excluye a ninguna de las maneras de manifestarse, como es la acción de cumplimiento.

Es humano, por así haberlo consagrado el numeral 1° del artículo 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica de 1969, al decir que “toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”⁷³.

Empero, en el derecho interno colombiano, el numeral 6° del artículo 40 de la Constitución Política, lo clasifica como derecho fundamental, al establecer que para hacer efectivo el derecho a participar en el ejercicio del poder político, todo ciudadano puede “Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley”, dentro de las que debemos incluir la acción de cumplimiento.

Pueden hacer uso de esta acción, cualquier sujeto titular de derechos y obligaciones, dentro de los que debemos incluir a las personas naturales, las personas jurídicas y los patrimonios autónomos⁷⁴.

El derecho del cual se es titular, simplemente radica en poder acudir ante la jurisdicción del Estado, lo que de contera nos enseña, que una cosa es el derecho procesal (el de acción) y otra cosa es el derecho sustancial (el de la obtención de una sentencia a favor que reconozca el derecho sustancial invocado). En efecto, queremos reiterar, que cuando hablamos del derecho de acción nos referimos única y exclusivamente a la posibilidad de acudir a la administración de justicia, por ello el derecho procesal constitucional es autónomo frente al derecho constitucional, ya que si eventualmente se niega la posibilidad de adelantar el proceso establecido para la acción de cumplimiento, por considerarse que no se tiene el derecho para ello, tal ciudadano podría en aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, acudir ante

⁷² Numeral 6° del artículo 40 de la Constitución Política de Colombia.

⁷³ En el derecho internacional de los derechos humanos, cuando se hace referencia a los derechos inalienables de un ser humano, no se utiliza la expresión derecho fundamental, sino derecho humano.

⁷⁴ Sobre patrimonios autónomos pueden consultarse a: Quintero, Beatriz y Prieto, Eugenio. *Teoría general del derecho procesal*. Cuarta edición. Bogotá: Temis, 2008, pág. 478 y ss. López Blanco, Hernán Fabio. *Procedimiento Civil. Parte general*. Tomo I. Novena edición. Bogotá: Dupré Editores, 2007, pág. 294.

la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (y ésta ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos) en procura de la defensa de las garantías judiciales establecidas en el artículo 8° de dicha convención.

Por ello, se cree que cuando la doctrina indica que esta acción “faculta a toda persona para exigir, por conducto de la rama judicial, que las autoridades de la República cumplan las obligaciones y deberes, contenidos en normas con fuerza material de ley o en actos administrativos, con el objeto de que verifique una verdadera eficacia y materialidad del sistema normativo dentro del Estado social de derecho”⁷⁵, está confundiendo el concepto de acción (procesal), con el de cumplimiento de los presupuestos para obtener una sentencia a favor del demandante (sustanciales), toda vez que tal definición parte del supuesto que el actor siempre cumple con tales exigencias y por lo mismo la sentencia siempre acogería las pretensiones, evento en el cual nos encontraríamos frente a situaciones cumplidas, que no requerirían de proceso.

Sin embargo, esto no es cierto, ya que el objeto de la acción, es darle la posibilidad al ciudadano de acreditar el cumplimiento de los presupuestos sustanciales y sí logra probarlo, obtener una sentencia a favor que desarrolle los “principios de eficacia y de efectividad del artículo 2 de la Constitución”⁷⁶, ya que aún sin tener la razón el demandante, debe otorgarse el derecho procesal de acción de cumplimiento y tramitarse el proceso.

Este derecho de acción de cumplimiento, se materializa con la interposición de una demanda, que cumpla con los requisitos exigidos por la ley 393 de 1997, que naturalmente debe contener una pretensión acorde con el objeto de esta acción.

En Colombia esta acción está encaminada a obtener el cumplimiento de la ley o acto administrativo, lo cual aparte de hacer efectivos los principios de eficacia y de efectividad del artículo 2° de la Constitución, que cumplen todas las acciones, dista mucho de la realización del principio de supremacía constitucional, a menos que aceptemos que esta acción protege la vulneración de la Constitución por omisión.

En efecto, como lo ha sostenido la propia Corte Constitucional, la Constitución es la ley de leyes, por ello cuando se dice que esta acción es para cumplir la ley, dentro de ella debe incluirse la constitución, ya que lo contrario desconocería una interpretación sistemática de la Constitución y correspondería a un absurdo jurídico: consagrar una acción en la Constitución, que desconozca su propio cumplimiento.

⁷⁵ Cfr. Urrego, Franky, *La Acción de Cumplimiento*, ob. Cit., p. 17.

⁷⁶ Cfr. Quinche Ramírez, Manuel Fernando. *Ob. Cit.*, p. 314.

No queda ninguna duda que se viene incumpliendo la Constitución por omisión (incumplimiento del deber de legislar: omisión legislativa)⁷⁷. Simplemente para citar dos ejemplos, baste observar los artículos 53 (inciso primero)⁷⁸ y 88 (inciso tercero)⁷⁹ de la Constitución, en los cuales se ordena al legislador expedir sendas leyes, lo cual no se ha cumplido y los ciudadanos no podemos hacer nada, lo cual justifica una vez más la autonomía e importancia del derecho procesal constitucional, toda vez que mientras no se cree el instrumento procesal, no existe la posibilidad de hacer cumplir la Constitución frente a la negligencia, pereza o incumplimiento por omisión absoluta.

Sin embargo, se cree que jurisprudencialmente se viene imponiendo una modalidad de cumplimiento constitucional, que impide la omisión relativa de constitucionalidad, pero sin un debido proceso previo y acudiendo a otro tipo de proceso. Por ello consideramos que la acción de cumplimiento que sirva para hacer efectivas las normas de rango constitucional, hace parte del procesal constitucional, mientras que la que sirva para hacer efectiva únicamente la ley o un acto administrativo, innegablemente será del procesal administrativo.

Se considera que la solución a este problema y a la judicialización de la política, tal como se indicó en la exposición de motivos de la ley 393 de 1997⁸⁰, es reformar el artículo 87 de la Constitución Política, donde ampliamos la competencia a la acción de cumplimiento, en el sentido de permitirle ser el instrumento procesal constitucional aplicable en los eventos de violación a la Constitución por omisión absoluta (donde el sujeto pasivo sea el Congreso de la República) y frente a los estados de cosas inconstitucional por omisión relativa (el sujeto pasivo podrá ser el legislador o el ejecutivo, cuando la omisión se ubique en la facultad reglamentaria) y no quedarnos únicamente en una especie de control de legalidad, lo cual resulta intrascendente, ya que esta es la finalidad de todo el ordenamiento jurídico⁸¹.

En efecto, debe crearse un debido proceso donde la parte pasiva pueda defenderse y acreditar o bien su cumplimiento constitucional o que no es la entidad

⁷⁷ Fernández Segado, Francisco, “El control de las omisiones legislativas por el *Bundesverfassungsgericht*”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n° 10, México: Porrúa e Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2009, pág. 84 y ss.

⁷⁸ “El Congreso expedirá el estatuto del trabajo...”

⁷⁹ “... Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos”.

⁸⁰ *Cfr.* Olano García, Hernán Alejandro. *Acción de Cumplimiento en Colombia y Perú*. En Palomino Manchego, José F. (coordinador). “*El derecho procesal constitucional peruano. Estudios en Homenaje a Domingo García Belaunde*”. Tomo I. Lima: Grijley, 2006, pág. 688.

⁸¹ *Cfr.* Olano García, Hernán Alejandro. “Acción de Cumplimiento en Colombia y Perú”, ob. cit., pág. 688.

obligada, etc., se puedan practicar pruebas y se profiera sentencia, dónde de accederse a las pretensiones, se ordene dentro del término razonable (por ejemplo cumpliendo las etapas legislativas) el cumplimiento constitucional y, si en tal término no se cumple la orden de la sentencia, se profiera una sentencia complementaria cuyo objeto sea expedir la ley o el decreto reglamentario que controle el estado de cosas inconstitucional.

Ahora, sea cual fuere el objeto de la acción de cumplimiento, no puede olvidarse jamás que ello se logra con una tutela judicial efectiva⁸², es decir, deberá proferirse una sentencia definitiva que acoja o niegue las pretensiones, proscribiendo las sentencias inhibitorias.

Esta sentencia deberá proferirse dentro de un periodo razonable de tiempo, pero sin olvidar que previamente debe adelantarse un debido proceso. Por lo expuesto, debemos entender que el derecho de acción no se satisface simplemente con la admisión de la demanda, sino con la obtención de una tutela judicial efectiva (sentencia) dentro de un plazo razonable⁸³. Lo expuesto nos obliga a examinar detenidamente la acción incluida en el artículo 5º parágrafo LXXI de la Constitución brasileña de 1988, bajo el nombre *Mandado de Injuncao*⁸⁴.

7.1 Hipótesis: regulación del control de constitucionalidad por omisión

Reiteramos que hoy no debemos negar que los tribunales constitucionales vienen convirtiéndose en legisladores positivos, lo cual no discutimos, sin embargo, deberá reglamentarse un debido proceso y así evitar también los eventuales atropellos del poder judicial; por ello en el modelo de jurisdicción constitucional concentrada e integral que proponemos⁸⁵, debe tener cabida un control de constitucionalidad por omisión absoluta o relativa, acudiéndose a la acción de cumplimiento constitucional y el debido proceso constitucional que proponemos puede ser:

i) **Demanda**: cualquier persona acudiendo a la acción de cumplimiento constitucional, podrá demandar la inconstitucionalidad por omisión absoluta o relativa,

⁸² Cfr. Cassagne, Juan Carlos. *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*. Buenos Aires: Marcial Pons, 2009. Pág. 94

⁸³ Cfr. Pastor, Daniel R. *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho*. Buenos Aires: Konrad-Adenauer-Stiftung y Editorial Ad-Hoc, 2002.

⁸⁴ Cfr. Roza Acuña, Eduardo. *Las garantías constitucionales en el derecho público de América Latina*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006. pág. 341 y ss.

⁸⁵ Cfr. Velandia Canosa, Eduardo Andrés. *Teoría constitucional del proceso. Derecho procesal constitucional*. Bogotá: Ediciones Doctrina y ley Ltda. y Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional, 2009, pág. 75.

es decir, puede atacar la mora o pereza legislativa o reglamentaria del congreso o parlamento o del ejecutivo cuando se trate de la omisión en la facultad reglamentaria.

ii) **Admisión** la demanda (también podrá inadmitirse o rechazarse).

iii) Luego se debe **notificar** el auto admisorio de la demanda al demandado (Rama legislativa o Rama ejecutiva).

iv) La parte pasiva podrá ejercer el **derecho de contradicción**.

v) Se decretan las **pruebas** legalmente solicitadas o aportadas⁸⁶.

vi) Finalmente debe proferirse una **sentencia** que acoja o niegue las pretensiones, donde por supuesto, se regule las eventuales sanciones contra acciones temerarias. Si se acogen las pretensiones, la Corte Constitucional deberá fijar las bases de una eventual sentencia complementaria y fijará un plazo hasta de tres períodos ordinarios legislativos de sesiones, para que elabore la norma faltante; si transcurrido tal plazo no se acata la sentencia, la Corte deberá proferir una sentencia complementaria, la cual consistirá en la expedición de la ley o el reglamento, de conformidad con las bases indicadas en la sentencia de mérito; esto no obsta para que el legislador o el ejecutivo expidan la ley o el reglamento (decreto o acto administrativo) constitucional.

VIII. CONCLUSIÓN

No debe quedar duda sobre la eficacia total de la Constitución, o dicho de otra manera, la Constitución no puede vulnerarse por acción ni por omisión, máxime cuando se trate de la eficacia de los Derechos Humanos, por ello el control jurisdiccional que corrija tal deficiencia es imperativo en todos los Estados, so pena de la declaratoria de responsabilidad internacional del Estado negligente o renuente⁸⁷.

Lo expuesto incluso significa, que la no implementación de la normatividad interna que permita el control jurisdiccional de la inconstitucionalidad por omisión, es inconveniente de conformidad con el art. 2º de la CADH, por lo que si el legislador no actúa, la Corte Constitucional en ejercicio del control difuso de convencionalidad, podrá crear por vía jurisprudencial tal institución.

⁸⁶ Esto amerita la expedición de un código procesal constitucional.

⁸⁷ Cfr. Rey Cantor, Ernesto. *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*. Ob. Cit., p. LV.

Ahora, en presencia de un conflicto normativo entre la Constitución y la Convención, debe resolverse en favor de esta, por lo que hablaríamos en esta hipótesis del principio de supremacía convencional.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- CASSAGNE, Juan Carlos, El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa, Buenos Aires: Marcial Pons, 2009.
- CUERVO, Jorge Iván, “Las políticas públicas: entre los modelos teóricos y la práctica gubernamental (una revisión a los presupuestos teóricos de las políticas públicas en función de su aplicación a la gestión pública colombiana)”, en: Jolly, Jean-Francois y Cuervo R., Jorge Iván (Editores). *Ensayos sobre políticas públicas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “El control de las omisiones legislativas por el *Bundesverfassungsgericht*”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, nº 10, México: Porrúa e Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2009, pág. 84 y ss.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “La inconstitucionalidad por omisión”. En: Manili, Pablo Luis. *Marbury vs Madison. Reflexiones sobre una sentencia bicentenaria*. México: Editorial Porrúa e IMDPC, 2011.
- GÓMEZ PUENTES, Marcos, La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control. Madrid: Mc Graw-Hill, 1997.
- GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, Introducción al derecho procesal constitucional, Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2006.
- LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, El derecho de los jueces, 2ª Ed. Bogotá: Universidad de los Andes y Legis, 2008.
- OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro, *Acción de Cumplimiento en Colombia y Perú*. En Palomino Manchego, José F. (coordinador). “*El derecho procesal constitucional peruano. Estudios en Homenaje a Domingo García Belaunde*”. Tomo I. Lima: Grijley, 2006.
- PALOMINO MANCHEGO, José F., “Constitución, supremacía constitucional y teoría de las fuentes del derecho”. En Velandia Canosa, Eduardo Andrés (Coordinador). *Estudios de derecho procesal constitucional*. Bogotá: VC Editores Ltda. y ACDPC, 2011.

- PASTOR, Daniel R., *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho*, Buenos Aires: Konrad-Adenauer-Stiftung y Editorial Ad-Hoc, 2002.
- QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando, *Derecho Constitucional Colombiano. De la Carta de 1991 y sus derechos*, Segunda Edición, Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2008.
- QUINTERO, Beatriz y Prieto, Eugenio, *Teoría general del derecho procesal*, Cuarta edición. Bogotá: Temis, 2008, pág. 478 y ss. López Blanco, Hernán Fabio. *Procedimiento Civil. Parte general*. Tomo I. Novena edición. Bogotá: Dupré Editores, 2007, pág. 294.
- REY CANTOR, Ernesto, *Control de convencionalidad de las leyes y Derechos Humanos*. México: Editorial Porrúa e IMDPC, 2008, p. LXI y LXII.
- RODRÍGUEZ, Libardo, *Derecho administrativo general y colombiano*. Bogotá: Temis.
- ROZO ACUÑA, Eduardo, *Las garantías constitucionales en el derecho público de América Latina*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro, “El juez constitucional como legislador positivo”. En: Velandia Canosa, Eduardo Andrés (Coordinador). *Estudios de derecho procesal constitucional*. Bogotá: VC Editores Ltda. y Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional, 2011.
- SARMIENTO ERAZO, Juan Pablo, *Responsabilidad patrimonial del Estado por omisión legislativa*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Grupo Editorial Ibáñez y Depalma (Argentina), 2010. Sobre la fuerza normativa de la Constitución puede consultarse a García de Enterría, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 3ª Ed. Madrid: Civitas, 1991 y a Bidart Campos, Germán. *La Constitución y su fuerza normativa*. México: Ediar e IIJ de la UNAM, 2008.
- VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés, (Coordinador). *Derecho procesal constitucional*. Tomo II. Volumen I. Bogotá: VC Editores y ACDPC, 2011.
- VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés, *Teoría constitucional del proceso. Derecho procesal constitucional*. Bogotá: Ediciones Doctrina y ley Ltda. y Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional, 2009.