

**CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS OMISIONES LEGISLATIVAS
ABSOLUTAS**

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD POR PROTECCIÓN DEFICIENTE

SANTIAGO AICARDO VERGARA CARDONA

UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN
FACULTAD DE DERECHO
MEDELLÍN
2015

**CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS OMISIONES LEGISLATIVAS
ABSOLUTAS**

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD POR PROTECCIÓN DEFICIENTE

SANTIAGO AICARDO VERGARA CARDONA

Trabajo de grado como requisito para optar al título de
Abogado

Asesor:

JOHN MARIO FERRER MURILLO

UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN
FACULTAD DE DERECHO
MEDELLÍN

2015

CONTENIDO

	Pág.
GLOSARIO	6
INTRODUCCIÓN	8
1. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	10
1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	10
1.1.1 Sistematización del problema	10
1.2 DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA	10
1.2.1 Conceptual y temático	10
1.2.2 Espacial	10
1.2.3 Temporal	10
1.3 JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA	11
1.4 OBJETIVOS	14
1.4.1 General	14
1.4.2 Específicos	15
1.5 HIPÓTESIS	15
2. DISEÑO METODOLÓGICO	17
2.1 MÉTODO DE ENFOQUE	17
2.2 TIPO DE INVESTIGACIÓN	17
2.3 NIVEL DE INVESTIGACIÓN	17
2.4 FUENTES	17
3. CRONOGRAMA DE ACTIVIDAD	19
4. DISEÑO TEÓRICO	21
4.1 REFERENTE JURÍDICO	21
4.2 REFERENTE CONCEPTUAL	22
4.2.1 Definición y clases de omisión legislativa.	22
4.2.2 El control constitucional de las omisiones legislativas en Colombia.	24

4.2.3 Mecanismos procesales de control de la actividad legislativa en otros países: Omisión legislativa en el derecho comparado.	36
4.2.4 EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD	45
4.2.4.1 Precisión conceptual	45
4.2.4.1.1 Principio de Proporcionalidad.	46
4.2.4.1.2 Principios.	47
4.2.4.1.3 Estructura de los Derechos Fundamentales	47
4.2.4.1.3.1 El Derecho Fundamental en Sentido Lato.	47
4.2.4.1.3.2 Las disposiciones de Derecho Fundamental.	47
4.2.4.1.3.3 Las Normas de Derecho Fundamental.	48
4.2.4.1.3.4 Las posiciones de Derecho Fundamental o los derechos fundamentales en Sentido Estricto.	48
4.2.4.2 Función del Principio de Proporcionalidad.	48
4.2.4.3 Presupuestos de aplicación del principio de proporcionalidad	49
4.2.4.3.1 La adscripción prima facie de una norma o de una posición a una disposición de derecho fundamental.	49
4.2.4.3.2 La Intervención Legislativa en un Derecho Fundamental.	50
4.2.4.4 Estructura del Principio de Proporcionalidad	51
4.2.4.4.1 Subprincipio de Idoneidad	51
4.2.4.4.2 Subprincipio de Necesidad	53
2.1.4.4.3 Subprincipio de Proporcionalidad en Sentido Estricto	54
4.2.4.5 Clasificación del Principio de Proporcionalidad.	54
4.2.4.5.1 Proporcionalidad por exceso.	55
4.2.4.5.2 Desproporción por protección deficiente.	56
4.2.4.5.2.1 Estructura de la prohibición de protección deficiente.	56
5. ANÁLISIS DE RESULTADO	60
5.1 VINCULACIÓN DEL LEGISLADOR AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD	60
5.1.1 La transición de un Estado Legislativo a un Estado Constitucional Democrático	60
5.1.2 La competencia legislativa para configurar la Constitución y la indeterminación del sistema constitucional.	62

5.1.3 El Principio de Proporcionalidad y la garantía del contenido esencial de los Derechos Fundamentales.	66
5.2 ¿EXISTE EL DERECHO A QUE SE CREEN LAS LEYES?, ¿TODA LEY CONTIENE IMPLÍCITAMENTE UN DERECHO?	69
5.3 CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS OMISIONES LEGISLATIVAS ABSOLUTAS: ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD POR PROTECCIÓN DEFICIENTE	75
5.3.1 Definición, objeto y alcance de la acción de inconstitucionalidad por protección deficiente.	76
5.3.2 Competencia de la Corte Constitucional para conocer de la acción de inconstitucionalidad por protección deficiente.	84
5.3.3 Metodología de aplicación de la acción de inconstitucionalidad por protección deficiente.	90
6. CONCLUSIONES	92
BIBLIOGRAFÍA	96
WEBGRAFÍA	98

GLOSARIO

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD POR PROTECCIÓN DEFICIENTE:

Acción pública que tiene todo ciudadano colombiano para solicitar a la Corte Constitucional el control constitucional de las omisiones legislativas absolutas, teniendo como parámetro evaluador que una omisión en tal sentido puede generar una vulneración y una protección deficiente de un derecho fundamental de protección, debido a que la inexistencia de una ley que los desarrolle o concrete normativamente dificulta o imposibilita su exigibilidad y cumplimiento de manera directa.

DESPROPORCIÓN POR PROTECCIÓN DEFICIENTE: El principio de proporcionalidad en su versión de prohibición de protección deficiente es un criterio estructural para la determinación de los derechos fundamentales, con cuya aplicación puede determinarse si un acto estatal -por antonomasia una omisión- vulnera un derecho fundamental de protección.

DERECHOS FUNDAMENTALES DE PROTECCIÓN: Los derechos fundamentales de protección son aquellos que requieren de los diferentes órganos y poderes públicos el desarrollo de diversos deberes de actuación destinados a garantizar el disfrute efectivo de las libertades constitucionales, a proveer los medios indispensables para el ejercicio de las mismas, para la satisfacción de las necesidades públicas (derechos económicos, sociales y culturales) y disponer de los procedimientos y la organización institucional indispensable para que el Estado pueda tutelar todos los derechos constitucionales.

OMISIÓN LEGISLATIVA: Existe una omisión legislativa cuando el legislador no cumple un deber de acción expresamente señalado por el constituyente.

OMISIÓN LEGISLATIVA ABSOLUTA: Se presenta cuando el legislador no produce ningún precepto encaminado a ejecutar el deber concreto que le ha

impuesto la Constitución y por lo tanto falta la disposición de desarrollo legislativo de un determinado precepto constitucional.

OMISIÓN LEGISLATIVA RELATIVA: Se presenta cuando el legislador si bien ha expedido la ley, en ella solamente ha regulado algunas relaciones dejando por fuera otros supuestos análogos, con clara violación del principio de igualdad.

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD: Criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales que se encuentra conformado por tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Cada uno de estos subprincipios expresa una exigencia que toda intervención en los derechos fundamentales debe cumplir. Tales exigencias pueden ser enunciadas de las siguientes maneras:

a. Según el subprincipio de idoneidad, toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo.

b. De acuerdo con el subprincipio de necesidad, toda intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho intervenido, entre aquéllas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto.

c. Conforme al principio de proporcionalidad en sentido estricto, las ventajas que se obtienen mediante la intervención en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad en general.

INTRODUCCIÓN

Mediante la sentencia C- 543 de 1.996 (sentencia hito) la Corte Constitucional Colombiana ha establecido como doctrina jurisprudencial la improcedencia de la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta, aduciendo que la acción pública de inconstitucionalidad si bien permite realizar un control de la labor legislativa, no autoriza la fiscalización de lo que el legislador genéricamente ha omitido. En términos de la Corte lo que se pretende mediante la acción de inconstitucionalidad, es evaluar si el legislador al actuar, ha vulnerado o no los distintos cánones que conforman la Constitución: “Por esta razón, hay que excluir de esta forma de control el que se dirige a evaluar las omisiones legislativas absolutas: si no hay actuación, no hay acto qué comparar con las normas superiores; si no hay actuación, no hay acto que pueda ser sujeto de control”¹.

Aunque en la actualidad se siguen presentando demandas de inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta, la Corte Constitucional Colombiana continua declarándose inhibida para proferir una decisión de fondo, aduciendo su incompetencia para conocer del tema en la inexistencia de una ley, lo curioso es que ha venido utilizando la denominada “exhortación constitucional”, mediante la cual le da un término perentorio al legislador para que desarrolle mediante una ley el precepto constitucional trasgredido con la abstención legislativa absoluta.

Si bien es cierto la Constitución tiene una fuerza vinculante que permite exigir su cumplimiento de manera directa, debido a la gran indeterminación normativa del sistema constitucional, en especial de las disposiciones constitucionales que contienen derechos fundamentales, casi todos los enunciados constitucionales necesitan ser concretados y desarrollados normativamente mediante medidas legislativas de desarrollo, de protección y de restricción, es decir en la gran mayoría de los casos se requiere de una ley que de mayor especificidad a las disposiciones constitucionales garantizando de esta manera su exigibilidad y

¹ Sentencia C- 543 de 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

cumplimiento. Por lo cual en cada ley, el legislador armoniza y pondera las exigencias que se derivan de los distintos derechos fundamentales, las relaciona con los intereses y con los objetivos comunitarios primordiales y las transforma en enunciados normativos de mayor especificidad que las disposiciones constitucionales

Por tal razón, el objetivo de la presente investigación es argumentar una acción pública que permita el control constitucional de las omisiones legislativas absolutas. Para lograr dicha finalidad se investigara el desarrollo jurisprudencial que ha tenido la omisión legislativa absoluta en Colombia, se establecerán las razones jurídicas mediante las cuales la Corte Constitucional Colombiana se ha declarado incompetente para conocer de las acciones de inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta, se indagara el desarrollo jurídico que ha tenido la omisión legislativa absoluta en el derecho comparado y por último se determinaran los fundamentos jurídicos que posibiliten la existencia de la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta en el ordenamiento jurídico colombiano.

1. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

¿Debe existir en Colombia una acción que permita el control de constitucionalidad de las omisiones legislativas absolutas?

1.1.1 Sistematización del problema

- ¿Cuál ha sido el desarrollo jurisprudencial que ha tenido la omisión legislativa absoluta en Colombia?
- ¿Cuáles son las razones jurídicas para que la Corte Constitucional Colombiana se declare incompetente para conocer de las acciones de inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta?
- ¿Cuál ha sido el desarrollo jurídico de la omisión legislativa absoluta en el derecho comparado?
- ¿Cuáles son los fundamentos jurídicos que posibilitan la existencia de la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta en el ordenamiento jurídico colombiano?

1.2 DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA

1.2.1 Conceptual y temático. Acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta.

1.2.2 Espacial. Medellín, Antioquia.

1.2.3 Temporal. Ocho meses.

1.3 JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA

Con el reconocimiento del Estado Constitucional Democrático la Constitución deja de ser un simple pacto político y se convierte en la fuente principal del derecho, superándose así el paradigma del imperio de la ley y estableciéndose el respeto por el principio de la Supremacía Constitucional: La Constitución se convierte en el criterio de validez de todo el ordenamiento jurídico, en otras palabras la Constitución se “jurídifica y se judicializa”.

La Constitución se “jurídifica” transformándose en una norma jurídica suprema, vinculante y de aplicación directa que configura el orden jurídico básico de una sociedad. Por lo cual su función selectiva y de límite se amplía en cuanto que no sólo va a establecer límites formales a la función legislativa (competencia y procedimiento para la creación de las leyes), sino que también va a consagrar un límite material: la garantía y respeto de los derechos fundamentales y principios constitucionales. De esta manera se aumentan las funciones del Estado, debido a que los individuos se convierten en titulares de ciertas necesidades básicas a cargo del mismo Estado, quedando todos los poderes públicos obligados a garantizar un mínimo de bienes social, permitiéndose la “estatalización de la sociedad y la socialización del Estado”.

La Constitución se “judicializa” en el sentido que va a contar con una garantía constitucional adicional: su defensa jurisdiccional por parte del Tribunal Constitucional, el cual la protegerá de las voluntades políticas del legislador y garantizará su integridad y supremacía sobre las demás normas jurídicas del ordenamiento jurídico.

Toda esta serie de transformaciones constitucionales e institucionales no son ajenas a Colombia, por lo cual con la expedición de la Constitución de 1.991 se instaura un Estado Social de Derecho, fundado en el respeto de la Dignidad Humana y la Supremacía Constitucional, aumentándose considerablemente el

contenido obligacional del Estado, quedando todos los poderes públicos obligados a garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, en especial el legislador, del cual se espera una actuación pronta y oportuna que permita desarrollar los preceptos constitucionales mediante las leyes.

Por tal razón, no es entendible como la Corte Constitucional Colombiana como guardián de la integridad y Supremacía Constitucional, en su doctrina jurisprudencial se ha declarado incompetente para conocer de las demandas de inconstitucionalidad que versen sobre omisiones legislativas absolutas, aduciendo que la inexistencia de una ley no le permite conocer y tomar una decisión de fondo sobre el tema: “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”.

En este orden de ideas, los ciudadanos colombianos no contamos con ningún medio jurídico que nos permita solicitar a la Corte Constitucional un eventual control constitucional a las omisiones legislativas absolutas, circunstancia inentendible, máxime cuando dicho control si procede y se realiza a las demandas de inconstitucionalidad que versan sobre omisión legislativas relativas cuando se establece que dichas abstenciones legislativas son una clara vulneración al principio de igualdad. De esta manera nos encontramos privados de un instrumento jurídico que nos permitiría solicitar a la Corte Constitucional corregir mediante una exhortación constitucional la negligencia o despreocupación del legislador de cumplir con su deber constitucional de desarrollar los preceptos constitucionales mediante las leyes.

Partiendo de la base de que una omisión legislativa absoluta puede generar una vulneración de derechos fundamentales de protección por ser una intervención fáctica en un derecho fundamental que impide o dificulta el ejercicio del derecho garantizado por una norma o posición adscrita prima facie a una disposición de

derecho fundamental, se puede establecer que toda ley contiene implícitamente un derecho, debido a que toda ley representa el desarrollo normativo de un precepto constitucional, bien sea la concretización jurídica de un valor constitucional, de un principio constitucional o de un derecho fundamental. Dicho desarrollo normativo es necesario y es una característica lógica de la indeterminación del sistema constitucional, la cual se convierte a su vez en una condición indispensable para el adecuado desarrollo del proceso y debate democrático, el cual permite adaptar el derecho al cambio de los tiempos.

Siendo más precisos, la ley se estructura como un haz de posiciones y normas vinculadas interpretativamente a una disposición o precepto constitucional, en otras palabras, las leyes son enunciados legislativos a los cuales de manera interpretativa se les adscribe una multiplicidad o conjunto de significados prescriptivos que determinan una conducta de acción u omisión (norma) que faculta a un sujeto activo a exigir de un sujeto pasivo la realización de un contenido obligacional (derecho), garantizándose de esta manera el derecho de exigir su cumplimiento inclusive por medio del aparato coercitivo del Estado.

Por lo anterior, es claro que las leyes contienen implícitamente un derecho, debido a que dicho derecho (norma o posición) es un contenido normativo que resulta de la interpretación de un enunciado legislativo que lógicamente y jurídicamente está acorde con los preceptos constitucionales, en especial con aquellos que contienen valores constitucionales, principios constitucionales y derechos fundamentales.

Si aceptamos que las leyes contienen implícitamente un derecho, la omisión legislativa absoluta representa una clara vulneración al derecho de exigir el desarrollo y concretización normativa de los preceptos constitucionales, en especial de aquellas disposiciones que contienen derechos fundamentales que por su naturaleza jurídica presentan mayor indeterminación normativa y requieren para garantizar su exigibilidad y cumplimiento de un desarrollo normativo mediante una ley, por lo cual la Corte Constitucional Colombiana debería cambiar su

doctrina jurisprudencial aceptando la procedencia de la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta, debido a que dichas abstenciones legislativas representan una flagrante trasgresión del principio democrático y de Supremacía Constitucional, principios constitucionales que fundamentan y direccionan el actuar de todos los poderes y órganos del Estado.

Por tal razón, es menester realizar la presente investigación, a fin de establecer los fundamentos jurídicos que posibiliten argumentar una acción pública que permita el control constitucional de las omisiones legislativas absolutas, para que por medio de este instrumento jurídico, la Corte Constitucional Colombiana pueda exhortar al legislador a cumplir con el deber constitucional transgredido en el término perentorio que considere prudente y necesario, garantizando de esta manera la Supremacía Constitucional y el contenido esencial de los derechos fundamentales.

Para lograr la finalidad de la presente investigación se investigara el desarrollo jurisprudencial que ha tenido la omisión legislativa absoluta en Colombia, se establecerán las razones jurídicas mediante las cuales la Corte Constitucional Colombiana se ha declarado incompetente para conocer de las acciones de inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta, se indagara el desarrollo jurídico que ha tenido la omisión legislativa absoluta en el derecho comparado y por último se determinaran los fundamentos jurídicos que posibiliten la existencia de la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta en el ordenamiento jurídico colombiano.

1.4 OBJETIVOS

1.4.1 General

Argumentar una acción pública que permita el control de constitucionalidad de las omisiones legislativas absolutas en Colombia.

1.4.2 Específicos

- Investigar el desarrollo jurisprudencial que ha tenido la omisión legislativa absoluta en Colombia.
- Establecer las razones jurídicas mediante las cuales la Corte Constitucional Colombiana se ha declarado incompetente para conocer de las acciones de inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta.
- Indagar el desarrollo jurídico de la omisión legislativa absoluta en el derecho comparado.
- Determinar los fundamentos jurídicos que posibiliten la existencia de la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta en el ordenamiento jurídico colombiano.

1.5 HIPÓTESIS

La acción de inconstitucionalidad por protección deficiente es una acción pública que tiene todo ciudadano colombiano para solicitar a la Corte Constitucional el control constitucional de las omisiones legislativas absolutas, teniendo como parámetro evaluador que una omisión en tal sentido puede generar una vulneración y una protección deficiente de un derecho fundamental de protección, debido a que la inexistencia de una ley que los desarrolle o concrete normativamente dificulta o imposibilita su exigibilidad y cumplimiento de manera directa.

La acción de inconstitucionalidad por protección deficiente tiene como objeto determinar la simple inconstitucionalidad de la omisión legislativa absoluta, por lo cual sólo permitirá a la Corte Constitucional exhortar al legislador a cumplir con el deber constitucional transgredido en el término perentorio que considere prudente

y necesario. De esta manera la Corte Constitucional podrá corregir la negligencia o despreocupación del legislador de cumplir con su deber constitucional de desarrollar los preceptos constitucionales mediante las leyes, garantizando de esta manera la Supremacía Constitucional y el contenido esencial de los derechos fundamentales.

2. DISEÑO METODOLÓGICO

2.1 MÉTODO DE ENFOQUE

Deductivo- inductivo

2.2 TIPO DE INVESTIGACIÓN

Jurídica

2.3 NIVEL DE INVESTIGACIÓN

Descriptivo- argumentativo

2.4 FUENTES

- Artículos 1, 2, 3, 4, 6, 40 # 6, 89, 94, 133, 150, 241 y 242 de la Constitución Política de Colombia.
- Sentencia C- 543 de 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz.
- Sentencia C- 427 de 2000. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.
- Sentencia C- 780 de 2003. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Sentencia C- 1154 de 2005. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- Sentencia C- 192 de 2006. M.P. Jaime Córdoba Triviño.
- Sentencia C- 131 de 2006. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.
- Sentencia C- 728 de 2009. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
- Sentencia C- 533 de 2012. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.
- Sentencia C- 489 de 2012. M.P. Adriana María Guiller Arango.
- Sentencia C- 330 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.
- Sentencia C- 359 de 2013. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

- BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de constitucionalidad y los derechos fundamentales. Madrid. Centro de estudios políticos y constitucionales. 2003.
- GONZALES BEILFUSS, Markus. Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa. Madrid. Centro de estudios políticos y constitucionales. 2000. p. 31- 66.
- CARMONA CONTRERAS, Ana M. La configuración constitucional del Decreto- Ley. Madrid. Centro de estudios políticos y constitucionales. 1997. p. 37- 76.
- DE OTTO, Ignacio. Derecho constitucional y sistema de fuentes. Barcelona, Ariel, 2 ed. 2001.
- GUASTINI, Ricardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. Editorial Trotta, p. 49- 73.
- MOLINA BETANCUR, Carlos Mario y otros. Derecho constitucional general. Colombia. Universidad de Medellín. 2013. p. 318; 359- 388; 516- 518.
- VILLOTA BENAVIDES, María Susana. Revista facultad de derecho y ciencias políticas. Vol. 42, No. 117 (2012). Medellín. “El control de constitucionalidad a las omisiones legislativas en el contexto del Estado social de derecho”.

3. CRONOGRAMA DE ACTIVIDAD

ACTIVIDAD	TIEMPO/ MES	1	2	3	4	5	6	7	8
Inicio anteproyecto		X							
Reunión con el asesor		X							
Rastreo bibliográfico		X	X						
Planteamiento del problema		X							
Justificación del problema		X							
Formulación de objetivos		X							
Formulación de metodología		X	X						
Elaboración de anteproyecto		X	X						
Entrega de anteproyecto		X	X						
Iniciación del proyecto		X	X	X					
Rastreo y análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional		X	X	X					
Elaboración de marco teórico		X	X	X					
Entrega de avance del proyecto		X	X	X					
Reunión con el asesor		X	X	X					
Entrega del proyecto		X	X	X	X				
Inicia informe final					X	X			
Reunión con el asesor					X	X			
Formulación de título, objetivos y planteamiento del problema					X	X			
Formulación de marco teórico					X	X			
Entrega de resultados					X	X			

ACTIVIDAD	TIEMPO/ MES	1	2	3	4	5	6	7	8
Discusión de resultados					X	X			
Entrega de conclusiones							X		
Realización de recomendaciones							X		
Elaboración de informe final							X	X	
Entrega de informe final									X
Evaluación y defensa pública									X

4. DISEÑO TEÓRICO

4.1 REFERENTE JURÍDICO

Se establece como referente jurídico los siguientes artículos de la Constitución Política y algunas sentencias de la Corte Constitucional Colombiana que conforman una línea jurisprudencial, los cuales serán desarrollados en los acápite siguientes permitiendo un mejor entendimiento del objetivo de la presente investigación.

- Artículos 1, 2, 3, 4, 6, 40 # 6, 89, 94, 133, 150, 241 y 242 de la Constitución Política de Colombia.
- Sentencia C- 543 de 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz.
- Sentencia C- 427 de 2000. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.
- Sentencia C- 780 de 2003. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Sentencia C- 1154 de 2005. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- Sentencia C- 192 de 2006. M.P. Jaime Córdoba Triviño.
- Sentencia C- 131 de 2006. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.
- Sentencia C- 728 de 2009. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
- Sentencia C- 533 de 2012. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.
- Sentencia C- 489 de 2012. M.P. Adriana María Guiller Arango.
- Sentencia C- 330 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.
- Sentencia C- 359 de 2013. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

4.2 REFERENTE CONCEPTUAL

4.2.1 Definición y clases de omisión legislativa.

“Existe una omisión legislativa cuando el legislador no cumple un deber de acción expresamente señalado por el constituyente”². En este sentido, se puede establecer que se demuestra una negligencia o despreocupación por parte del legislador de cumplir con su deber constitucional de desarrollar los preceptos constitucionales mediante las leyes.

De acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina se entiende por omisión legislativa todo tipo de abstención del legislador de disponer lo prescrito por la Constitución. Dichas omisiones, entonces, se identifican con la "no acción" o falta de actividad del legislador en el cumplimiento de la obligación de 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”³.

El legislador puede violar los deberes que le impone la Constitución de las siguientes maneras:

- Cuando no produce ningún precepto encaminado a ejecutar el deber concreto que le ha impuesto la Constitución;

² Sentencia C- 543 de 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

³ Sentencia C-543 de 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

- Cuando en cumplimiento del deber impuesto por la Constitución, favorece a ciertos grupos, perjudicando a otros;
- Cuando en desarrollo de ese mismo deber, el legislador en forma expresa o tácita, excluye a un grupo de ciudadanos de los beneficios que otorga al resto.

A esta clasificación propuesta cabe agregar otra instancia: cuando el legislador al regular o construir una institución omite una condición o un ingrediente que, de acuerdo con la Constitución, sería exigencia esencial para armonizar con ella. v.gr.: si al regular un procedimiento, se pretermite el derecho de defensa.

En el primer caso, de acuerdo con la clasificación creada por Wessel, quien fue el primero en aceptar que el "no hacer" del legislador puede vulnerar derechos individuales, se presenta una omisión legislativa absoluta por cuanto falta la disposición de desarrollo legislativo de un determinado precepto constitucional; mientras que en los restantes, existe una omisión legislativa relativa porque si bien el legislador ha expedido la ley en ella solamente ha regulado algunas relaciones dejando por fuera otros supuestos análogos, con clara violación del principio de igualdad.

“Así, mientras en el primer evento, hablaríamos de la omisión absoluta de un deber que la Constitución ha establecido de manera concreta, que implica necesariamente la ausencia de normatividad legal, en los demás, nos estaríamos refiriendo a la violación del deber derivado del principio de igualdad o del derecho de defensa, como elemento esencial del debido proceso, por cuanto la ley existe pero no cubre todos los supuestos que debería abarcar. Hay aquí una actuación imperfecta o incompleta del legislador. En cambio en la primera, no hay actuación en absoluto”⁴.

⁴ Sentencia C-543 de 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

4.2.2 El control constitucional de las omisiones legislativas en Colombia.

La Corte Constitucional Colombiana adoptó la distinción entre omisión legislativa absoluta y omisión legislativa relativa propuesta por el Tribunal Constitucional alemán. En ese orden de ideas, estamos en presencia de una OMISIÓN LEGISLATIVA ABSOLUTA cuando el legislador “no produce ningún precepto encaminado a ejecutar el deber concreto que le ha impuesto la Constitución y por lo tanto falta la disposición de desarrollo legislativo de un determinado precepto constitucional”⁵. Por su parte, la OMISIÓN LEGISLATIVA RELATIVA se presenta cuando el legislador “si bien ha expedido la ley, en ella solamente ha regulado algunas relaciones dejando por fuera otros supuestos análogos, con clara violación del principio de igualdad, como sucede cuando en cumplimiento del deber impuesto por la Constitución, favorece a ciertos grupos, perjudicando a otros; cuando en desarrollo de ese mismo deber, el legislador en forma expresa o tácita, excluye a un grupo de ciudadanos de los beneficios que otorga al resto; cuando el legislador al regular o construir una institución omite una condición o un ingrediente que, de acuerdo con la Constitución, sería exigencia esencial para armonizar con ella”⁶.

Mediante la sentencia C- 543 de 1996 (sentencia hito) la Corte Constitucional Colombiana ha establecido como doctrina jurisprudencial la improcedencia de la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta, debido a que “la acción pública de inconstitucionalidad si bien permite realizar un control más o menos extenso de la labor legislativa, no autoriza la fiscalización de lo que el legislador genéricamente ha omitido, conforme a las directrices constitucionales. 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

⁵ *Ibíd.*

⁶ *Ibíd.*

acto que compare con las normas superiores; si no hay actuación, no hay acto que pueda ser sujeto de control”⁷.

De esta manera en Colombia sólo se ha reconocido la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa relativa, la cual a medida que transcurre el tiempo se ha ido consolidando cada vez más. En tal sentido, es pertinente citar la sentencia C- 427 de 2000, en la cual la Corte Constitucional estableció las exigencias para que se presente dicha abstención legislativa:

- a. Que la norma excluya de sus consecuencias aquellos casos que, por ser asimilables, deberían subsumirse dentro de su presupuesto fácticos;
- b. Que dicha exclusión no obedezca a una razón objetiva y suficiente;
- c. Que al carecer de una razón objetiva y suficiente, la omisión produzca una desigualdad injustificada entre los casos que están y los que no están sujetos a las consecuencias previstas por la norma y;
- d. Que la omisión implique el incumplimiento de un deber constitucional del legislador.

A continuación se expondrán los principales argumentos jurídicos mediante los cuales la Corte Constitucional en la sentencia C- 543 de 1996 (sentencia hito), ha declarado la improcedencia de la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta en Colombia:

“En nuestro país el tema de la omisión legislativa absoluta no ha sido objeto de especial atención por parte de los doctrinantes. Por su parte, la Corte Constitucional ha sido uniforme al admitir su competencia para conocer de las demandas de inconstitucionalidad por omisión legislativa

⁷ *Ibíd.*

relativa, concretamente para proteger el derecho a la igualdad o el derecho de defensa.

Igualmente, cuando ha encontrado vacíos legislativos ha hecho exhortaciones al Congreso de la República para que expida la ley que desarrolle un determinado canon constitucional. Recomendación que obviamente no constituye una imposición sino una admonición para que se cumpla la directiva constitucional.

En lo que respecta a demandas de inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta, como es el caso de la presente, no existen antecedentes. En consecuencia, el primer punto que deberá examinarse es si la Corte tiene competencia para conocer de demandas de tal índole:

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

Al analizar cada una de las funciones consagradas en el artículo 241 de la Constitución, advierte la Corte que ninguna de ellas la autoriza para fiscalizar o controlar la actividad legislativa por fuera de los términos señalados en la norma precitada. En efecto, la acción pública de inconstitucionalidad si bien permite realizar un control más o menos

extenso de la labor legislativa, no autoriza la fiscalización de lo que el legislador genéricamente ha omitido, conforme a las directrices constitucionales.

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.

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

Así las cosas, no es posible acceder a la petición del demandante, pues la Corte carece de competencia para conocer de demandas de inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta, tal como quedó explicado”⁸.

Como quedo claramente demostrado la sentencia C- 543 de 1996 es una sentencia hito a la cual la Corte Constitucional Colombiana siempre ha recurrido cuando se presentan demandas de inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta, por lo cual siempre hace una remisión expresa a dicha providencia y en la gran mayoría de las veces no realiza consideraciones adicionales a las establecidas en ella, como se puede evidenciar de la lectura de las siguientes sentencias:

⁸ Sentencia C-543 de 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

- Sentencia C- 780 de 2003. MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Sentencia C- 1154 de 2005. MP. Manuel José Cepeda Espinosa.
- Sentencia C- 192 de 2006. M.P. Jaime Córdoba Triviño.
- Sentencia C- 131 de 2006. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.
- Sentencia C- 728 de 2009. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
- Sentencia C- 533 de 2012. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.
- Sentencia C- 489 de 2012. M.P. Adriana María Guiller Arango.
- Sentencia C- 330 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.
- Sentencia C- 359 de 2013. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

No obstante, a continuación se citan los principales fundamentos jurídicos que adicionan y complementan la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Constitucional en la sentencia C- 543 de 1996:

- “En tratándose de omisiones de inconstitucionalidad, la doctrina constitucional ha distinguido dos categorías cuya identificación es fundamental para determinar la competencia de esta Corporación para realizar el escrutinio de constitucionalidad de una norma legal. Así, se ha diferenciado entre la omisión legislativa absoluta y la omisión legislativa relativa. En el primer evento, no hay actuación por parte del legislador, lo que implica necesariamente la ausencia de normatividad legal, mientras que en el segundo caso, se alude a la violación de un deber constitucional que se materializa en una actuación imperfecta o incompleta del Congreso. **Para efectos del juicio de constitucionalidad, sólo la segunda modalidad de omisión legislativa (relativa), puede someterse a consideración de la Corte Constitucional, dado que sería jurídicamente imposible efectuar un control de constitucionalidad abstracto cuando no existe norma sobre la cual éste pueda recaer, es**

decir, la total inactividad del legislador implica una ausencia de la norma objeto de control”⁹.

- “La doctrina y la jurisprudencia constitucional han distinguido dos categorías en las omisiones de inconstitucionalidad o silencios del legislador, como son: **la omisión legislativa absoluta sobre la que la Corte carece de competencia derivado de la total inactividad del legislador y por tanto no hay norma sobre la cual puedas recaer el juicio de constitucionalidad;** y la omisión legislativa relativa, en la que se alude a la violación de un deber constitucional que se materializa en una actuación imperfecta del Congreso, y se presenta cuando se ha cumplido con el deber de regular una determinada materia, pero ésta ha sido incompleta al haber incluido sólo algunas situaciones y dejado por fuera otras que se encuentran bajo supuestos o características similares, procediendo de esta manera el control de constitucionalidad por vulneración del derecho a la igualdad o del debido proceso, entre otros”.¹⁰
- “Como se ha venido estableciendo ante la ausencia total de legislación la Corte debe emitir en este caso un fallo inhibitorio porque como quedó dicho desde la Sentencia C- 073 de 1996, la acción pública de inconstitucionalidad no puede entablarse contra una norma jurídica “por lo que en ella no se expresa”, sino que tiene lugar únicamente, “respecto del contenido normativo de la disposición acusada”. **Es decir que si el legislador genéricamente ha omitido un deber de regulación constitucional, no ha habido una actuación de parte de éste, no hay acto qué comparar y por ende la Corte carece de competencia para realizar dicho control”.**¹¹
- “**No obstante que se constata que el legislador ha omitido un deber constitucional, el carácter absoluto de la omisión impide que la Corte, en sede de control abstracto de normas, adopte una medida orientada a**

⁹ Sentencia C- 192 de 2006. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

¹⁰ Sentencia C- 359 de 2013. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

¹¹ Sentencia C- 489 de 20012. M.P. Adriana María Guiller Arango.

subsanaarla, en tanto no actúe el legislador. Se trata de escenarios en los cuales, para el desarrollo legislativo de un mandato constitucional, el legislador cuenta con un amplio margen de configuración, circunstancia que impide que la Corte imponga como obligado a la luz de la Constitución, un determinado conjunto de disposiciones de entre las múltiples alternativas políticas disponibles para el legislador.

No obstante lo anterior, es importante señalar que cuando la omisión del legislador incide sobre el desarrollo de derechos directamente consagrados en la Constitución, la jurisprudencia ha puntualizado que, **aún en el evento de omisiones absolutas, tales derechos pueden, y deben, aplicarse, de manera directa e inmediata, con base en la Constitución, sin que el silencio del legislador pueda tenerse como un obstáculo para el efecto**".¹²

En la actualidad se siguen presentando demandas de inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta, no obstante, la Corte Constitucional Colombiana continua declarándose inhibida para proferir una decisión de fondo, aduciendo su incompetencia para conocer del tema debido a la inexistencia de una ley, lo curioso es que ha venido utilizando la denominada "exhortación constitucional", mediante la cual le da un término perentorio al legislador para que desarrolle el precepto constitucional trasgredido mediante una ley. A continuación se citan algunos fragmentos de sentencias que evidencia la situación anteriormente descrita:

- "Esta Corte ha rechazado la figura de la inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta, ya que en este caso se carece de competencia por no existir parámetro de control de constitucionalidad. **Sin embargo, se constata que en caso de omisión legislativa absoluta la Corte ha venido utilizando la herramienta del exhorto para llenar así los vacíos de legislación por la**

¹² Sentencia C- 728 de 2009. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

vulneración de deberes constitucionales de legislación o la protección de grupos discriminados”.¹³

- **“Aunque la inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta se encuentra proscrita porque no hay acto que comparar con la norma superior, esto no ha impedido que la Corte, en diversas oportunidades, haya acudido a los exhortos al legislador, para que en un plazo razonable, expida la legislación que se echa de menos a la luz de los mandatos constitucionales.** Expresó la Corte en aquella oportunidad que las llamadas al Congreso mediante el exhorto las ha utilizado en la Sentencia C- 691 de 2008 en la cual se hace un llamado al legislador para que expida una regulación de la huelga en los servicios públicos que sea acorde con la Constitución; en la Sentencia C- 230A de 2008 para que actualice la legislación electoral y en la Sentencia C- 750 de 2008 para que se expida el Estatuto del Trabajo en los términos del artículo 53 de la Constitución. Precisamente, con base en estos precedentes jurisprudenciales en la Sentencia C- 728 de 2009 se exhortó al Congreso para que hiciera una legislación sobre la objeción de conciencia frente al servicio militar y en la Sentencia C- 577 de 2011–se exhortó al Congreso para que en el término perentorio de dos años realizará una legislación que impidiera el déficit de protección de las parejas del mismo sexo”.¹⁴
- “El exhorto es un requerimiento al legislador, con o sin señalamiento de plazo, para que produzca las normas cuya expedición aparece como obligada a la luz de la Constitución y su significado en derecho constitucional debe ser visto como una expresión de la colaboración para la realización de los fines del Estado, en particular para la garantía de la efectividad de los derechos de las personas. No resulta extraño que la Corte Constitucional pueda exhortar al Congreso para que adecue el orden legal a la Constitución en materia de

¹³ Sentencia C- 489 de 2012. M.P. Adriana María Guiller Arango.

¹⁴ *Ibíd.*

derechos constitucionales. Es así como se ha acudido al exhorto en las sentencias de inexecutable diferida, en las cuales se le fija al legislador un plazo, dependiendo de la naturaleza del asunto, para que profiriera una nueva regulación legal, acorde con los postulados constitucionales, hipótesis no necesariamente vinculada con la omisión legislativa, en la cual la Corte ha establecido que se presenta una violación de la Constitución, pero que la declaratoria, con efecto inmediato, de la inexecutable de la disposición de la cual ella se deriva podría comportar un efecto también lesivo de la Constitución, por el vacío normativo que ello generaría. **De la misma manera en los eventos de omisión legislativa absoluta se presenta un tipo distinto de exhorto, cuando la Corte advierte que el legislador ha omitido una regulación que debe expedir de acuerdo con la Constitución, pero concluye que la solución de dicha omisión, en razón de la naturaleza de la misma, se encuentra por fuera del ámbito de la competencia del juez constitucional, razón por la cual sólo cabe un llamado al legislador, para que en ejercicio de su potestad de configuración, proceda a hacer efectivos los mandatos constitucionales”.**¹⁵

Como se evidenció, la Corte Constitucional Colombiana ha establecido desde el año de 1.996 como doctrina jurisprudencial la improcedencia de la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta, aduciendo que carece de competencia para realizar un control constitucional y tomar una decisión de fondo sobre las demandas de inconstitucionalidad que versen sobre dichas abstenciones legislativas, debido a que por la inexistencia de una ley se carece de objeto de estudio. Circunstancia poco entendible, debido a que si bien la Constitución tiene una fuerza vinculante que permite exigir su cumplimiento de manera directa, por la gran indeterminación normativa del sistema constitucional, en especial de las disposiciones constitucionales que contienen derechos fundamentales se requiere en la gran mayoría de los casos de una ley que permita el desarrollo y concretización normativa de los preceptos constitucionales, es decir se requiere de

¹⁵ Sentencia C- 728 de 2009. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

una ley que de mayor especificidad a las disposiciones constitucionales garantizando de esta manera su exigibilidad y cumplimiento.

La Corte Constitucional argumenta su decisión de declararse inhibida para tomar una decisión de fondo sobre las demandas de inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta en la incompetencia que según dicha Corporación se deriva del numeral 4° del artículo 241 de la Constitución:

“A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, **en los estrictos y precisos términos de este artículo**. Con tal fin cumplirá las siguientes funciones:

4ª) **Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes**, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en formación”.

Es claro que la Corte Constitucional tan solo realizó una interpretación exegética o gramatical del numeral 4° del artículo 241 de la Constitución por lo cual tan solo tuvo en consideración lo literal de las palabras establecidas en tal disposición constitucional, circunstancia que genera una insuficiencia interpretativa y argumentativa debido a que se debió realizar y preferir una interpretación sistemática y teleológica que permitiera establecer el fin del enunciado constitucional y lograr una interpretación en contexto o en coherencia con las demás disposiciones constitucionales en especial con aquellas que versan sobre valores constitucionales, principios constitucionales y derechos fundamentales, garantizando de esta manera una **interpretación más conforme a la Constitución**, la cual a mi sentir daría como resultado la procedencia de la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta en los casos en que la ausencia de desarrollo legislativo de un precepto constitucional genere una vulneración de derechos fundamentales debido a que la falta de desarrollo normativo dificulta o imposibilita la exigibilidad y cumplimiento de dichos derechos.

La Corte Constitucional debió realizar y preferir una interpretación sistemática y teleológica porque de la interpretación de los artículos 1°, 2°, 3°, 4°, 6°, 40 numeral 6°, 89, 133, 150 y 241 numeral 4° de la Constitución Política, se puede establecer la procedencia de la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta, debido a que si Colombia es un Estado Social de Derecho, democrático y pluralista, fundado en el respeto de la dignidad humana y la prevalencia del interés general, donde todas las autoridades y poderes públicos deben garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, donde la soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público, donde existe la garantía de la Supremacía Constitucional, donde las autoridades y poderes públicos deben responder por sus acciones, omisiones y extralimitaciones en el ejercicio de sus funciones, donde es obligación constitucional del legislador hacer las leyes, donde el Congreso es un órgano de elección directa, representa al pueblo y es responsable políticamente ante la sociedad y frente a sus electores del cumplimiento de las obligaciones propias de su investidura, donde todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, para lo cual puede interponer una acción en defensa de la Constitución cuando considere que una omisión legislativa absoluta vulnera derechos fundamentales porque genera una protección deficiente de los mismos, por lo cual la Corte Constitucional como guardián de la integridad y Supremacía Constitucional debería realizar un control constitucional a dichas abstenciones legislativas y si es el caso exhortar al legislador, dándole un término perentorio, prudente y necesario para que cumpla con el deber constitucional trasgredido y de esta manera se pueda corregir la negligencia o despreocupación del legislador de desarrollar los preceptos constitucionales mediante las leyes.

Por otra parte, la Corte Constitucional comete un error interpretativo al declarar su incompetencia para conocer y tomar una decisión de fondo sobre las demandas de inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta, debido a que el control

constitucional no se realiza al texto o disposición legal, sino al contenido material o a las normas que interpretativamente se adscriben al enunciado legal, esto es, el control constitucional se realiza a los contenidos normativos (norma o posición de derecho fundamental) que se derivan de los enunciados legales, por lo cual una omisión legislativa absoluta puede tener un contenido normativo que para el caso sería la protección deficiente de un derecho fundamental debido a que la ausencia de una ley que desarrolle o concrete dicho derecho dificulta o imposibilita su exigibilidad y cumplimiento.

Es claro que la Corte Constitucional no debe realizar un control constitucional en abstracto de lo que el legislador genéricamente ha dejado de desarrollar mediante una ley porque esto implicaría la vulneración de la competencia legislativa de configuración constitucional, la cual le permite al legislador escoger el contenido de la ley entre una multiplicidad de alternativas de acción, mediante las cuales concretiza los enunciados constitucionales y regula la vida política, social y económica de un Estado. No obstante, dicha competencia legislativa no puede impedir que en casos específicos se pueda acudir a dicha Corporación para solicitar un control constitucional que permita corregir la negligencia o despreocupación del legislador de desarrollar los preceptos constitucionales mediante las leyes cuando se pueda determinar que la inexistencia de una ley genera una vulneración a un derecho fundamental, debido a que la falta de desarrollo normativo dificulta o imposibilita la exigibilidad y cumplimiento de un derecho fundamental.

Corolario a lo anterior, no toda omisión legislativa absoluta sería objeto de control constitucional por parte de la Corte Constitucional, solo se admitiría dicho control jurisdiccional a las omisiones que vulneren derechos fundamentales de protección, debido a que la ausencia de una ley que los desarrolle y concrete normativamente genera una protección deficiente de dichos derechos. Por lo cual en el capítulo número 5° se argumenta una acción que permita el control constitucional de dichas abstenciones legislativas.

4.2.3 Mecanismos procesales de control de la actividad legislativa en otros países: Omisión legislativa en el derecho comparado.

Como la inactividad del legislador al incumplir su deber de legislar o hacerlo en forma defectuosa, puede producir lesiones a los derechos y garantías individuales establecidos en la Constitución o impedir su ejercicio, se ha abierto la discusión en los países que cuentan con jurisdicción constitucional sobre la eventualidad de que los Tribunales Constitucionales puedan controlar tales omisiones legislativas.

Entre los argumentos que han expuesto los doctrinantes para oponerse al control de las omisiones legislativas absolutas por parte de los Tribunales Constitucionales, se destacan éstos:

- La inconstitucionalidad por omisión no está prevista en la Constitución y, por tanto, no existe acción encaminada a impugnar la inactividad del legislador.
- La Constitución no impone plazos para que el legislador pueda cumplir con su obligación de legislar. En consecuencia, mal podría sostenerse el incumplimiento de una obligación de hacer si no se señala el tiempo dentro del cual debe realizarse ésta; requisito que también es indispensable para determinar si la omisión es justificable o no.
- En las acciones de inconstitucionalidad lo que se controla es el texto mismo de la norma y si se está ante una omisión, existe es un vacío de regulación, es decir, hay ausencia de texto.
- Si con ocasión de la omisión se violan derechos o libertades reconocidas por la Constitución, es ella misma la que contempla otras acciones para protegerlos.

- Si el órgano controlador de la Constitución ordena al legislativo expedir una ley, está atentado contra la autonomía e independencia de éste pues sólo a él compete determinar el momento y la oportunidad de legislar.

De esta manera no se puede plantear la inconstitucionalidad fundada en la omisión absoluta de una actividad del legislador por oponerse a la literalidad de la Constitución, pues la omisión en sí misma no es impugnabile ante la justicia constitucional. Aclarando que en el supuesto caso de que a consecuencia de la omisión se vulneren derechos o libertades individuales reconocidas en la Carta, es ella misma la que consagra otros recursos o acciones que se pueda promover, por ejemplo el amparo.

De otra parte, resulta pertinente anotar que cuando existe vacío legislativo algunos Tribunales Constitucionales, como por ejemplo el español, han recurrido a las llamadas "recomendaciones" al legislador, que consisten básicamente en un mensaje o exhorto al órgano legislativo para que expida la ley que desarrolle el precepto constitucional respectivo. Esta recomendación debe incluirse en la misma sentencia que resuelva sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma legal acusada. También existen las sentencias "aditivas" en las que se señalan las hipótesis que debía contemplar la norma demandada.

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

legislar para que el legislador cumpla su labor de desarrollo normativo de la Constitución.

“En Alemania, por ejemplo, el Tribunal Constitucional a través de la figura de la “Queja Constitucional” o “Verfassungsveschwerde” ha interpretado el artículo 1.1. de la Ley Fundamental de Bonn que establece que “los derechos fundamentales que se enuncian a continuación vinculan al Poder Legislativo, al poder ejecutivo y a los tribunales” a título de derecho directamente aplicable, para “corregir previsiones legislativas defectuosas o aquellas que quedan desfasadas por circunstancias sobrevenidas, en cuanto resulte necesario para la protección efectiva de los derechos fundamentales”. Por su parte la jurisprudencia constitucional italiana mediante la distinción entre “disposición” y “norma” ha dado lugar a la figura de las sentencias manipulativas y su subclasificación en sentencias interpretativas, aditivas, de recomendación y sustitutivas que le permiten a la Corte Constitucional integrar mediante sentencia la legislación omitida, sobre todo en los casos de violación del principio de igualdad. Finalmente, el Tribunal Constitucional español ha considerado que la omisión existe cuando la Constitución impone al legislador la necesidad de expedir normas y el legislador no lo hace, y en el ámbito de los derechos fundamentales ha reconocido que la ausencia de una regulación sobre su ejercicio no es obstáculo para reconocer su eficacia directa”.¹⁶

La identificación de la 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

¹⁶ Sentencia C- 489 de 20012. M.P. Adriana María Guiller Arango.

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. 76”¹⁷.

Es claro que no existe un consenso en el derecho comparado frente a la procedencia o no de la inconstitucionalidad por omisión legislativa, razón por la cual se hace necesario establecer a modo de antecedente histórico y jurídico, cual ha sido la regulación y desarrollo jurídico que ha tenido dicha institución en países como la ex República Socialista de Yugoslavia, Portugal, Brasil, Venezuela, España y Alemania, sin perder de vista que el objetivo de la presente investigación es argumentar una acción que permita el control constitucional de las omisiones legislativas absolutas en Colombia.

4.2.3.1 La acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa en la ex República Socialista de Yugoslavia.

La Constitución de 1.974 de la ex República Socialista de Yugoslavia representa el primer antecedente histórico de la inconstitucionalidad por omisión legislativa, debido a que en su artículo 377 establecía:

“Si el Tribunal de Garantías Constitucionales de Yugoslavia constatare que un órgano competente no hubiere dictado las normas necesarias para la ejecución de las disposiciones de esta Constitución, de las leyes federales y de otras prescripciones y actos generales federales, estando obligado a

¹⁷ VILLOTA BENAVIDES, María Susana. Revista facultad de derecho y ciencias políticas. Vol. 42, No. 117 (2012). Medellín. “El control de constitucionalidad a las omisiones legislativas en el contexto del Estado social de derecho”. Pág. 469.

dictarlas, dará conocimiento de ello a la Asamblea de la República Socialista Federativa de Yugoslavia.”

En definitiva la labor del Tribunal de Garantías Constitucionales se circunscribía a constatar que un órgano o poder público no hubiere dictado las normas necesarias para poner en ejecución las disposiciones de la Constitución, no obstante estar obligado a ello, para posteriormente dar conocimiento de tal situación a la Asamblea, es decir, al órgano legislativo. Lo cual demuestra que la competencia de dicho Tribunal de Garantías se limitaba a una labor de mera recomendación sin que existiera coacción jurídica alguna para el legislador.

4.2.3.2 La acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa en Portugal.

Con la Constitución de 1.976 y en especial con las reformas constitucionales de 1.982 y 1.989, Portugal fue uno de los primeros países en reconocer la inconstitucionalidad de las omisiones legislativas.

El control constitucional ejercido en dicho país a las omisiones legislativas presenta dos etapas a saber: La primera etapa parte de la entrada en vigencia de la Constitución de 1.976 donde el control constitucional lo ejercía el Consejo de la Revolución asesorado por la Comisión Constitucional. La segunda etapa data desde las reformas constitucionales de 1.982 donde el control constitucional es competencia del Tribunal Constitucional.

El artículo 279 de la Constitución de Portugal establecía:

“Cuando la Constitución resulte incumplida por omisión de las medidas legislativas necesarias para hacer aplicables las normas constitucionales, el Consejo de la Revolución podrá recomendar a los órganos legislativos competentes que las dicten en un plazo razonable.”

Vemos como en esta primera etapa, era una facultad del Consejo de la Revolución emitir o no la recomendación; recomendación que era simplemente declarativa, exenta de coercitividad, inclusive no ostentaba iniciativa legislativa alguna.

Mediante el artículo 282 de la Constitución portuguesa, producto de las reformas constitucionales de 1.982, se le da al Tribunal Constitucional la competencia para realizar el control constitucional a las omisiones legislativas:

“1. A requerimiento del presidente de la república, del proveedor de justicia o, con fundamento en la violación de derechos de las regiones autónomas, de los presidentes de las asambleas legislativas regionales; el tribunal constitucional aprecia y verifica el incumplimiento de la Constitución por omisión de las medidas legislativas necesarias para hacer aplicables las normas constitucionales, 2. Cuando el tribunal verifique la existencia de la inconstitucionalidad por omisión, dará conocimiento de ello al órgano legislativo competente”.

De acuerdo con la redacción empleada en el aludido artículo, la frase “dará conocimiento” pareciera que no indica una facultad como antes la tenía el Consejo de la Revolución sino que el Tribunal Constitucional tiene la obligación de poner en conocimiento la inconstitucionalidad de la omisión al órgano legislativo, no obstante dicha exhortación no implica vinculación u obligatoriedad alguna para el legislador.

4.2.3.3 Brasil: La omisión legislativa y el mandato de injuncao.

La Constitución de Brasil en su artículo 103 prevé la figura de la inconstitucionalidad por omisión al establecer:

“(…) declarada la inconstitucionalidad por omisión de una medida necesaria para tornar efectiva la norma constitucional, se dará conocimiento al Poder competente para la adopción de las medidas necesarias y, tratándose de un órgano administrativo, para que lo haga en treinta días”.

En Brasil la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa cuenta con una amplia legitimación por activa, por lo cual los más importantes órganos y poderes del Estado y las más reconocidas instituciones políticas y gremiales del país pueden interponerla: 1) El Presidente de la República, 2) El Procurador General de la República, 3) El Senado, 4) El Consejo Federal de Abogados de Brasil, 5) Cámara de Diputados, 6) Los Partidos Políticos con representación en el Congreso y, 7) Asamblea de Representantes, 8) La Confederación de Sindicatos o Entidades de clase nacional. 9) El Gobernador Estatal.

En Brasil existe también el denominado “mandato de injuncao”, acción totalmente diferente a la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa. El mandato de injuncao la puede solicitar cualquier ciudadano que considere que la falta de reglamentación o desarrollo normativo de un precepto constitucional le impide ejercer un derecho fundamental, exigiéndose tan solo la verificación de un agravio personal y directo de un derecho fundamental.

Las aludidas acciones se diferencian en su naturaleza jurídica y en los efectos que produce la sentencia: En la acción de inconstitucionalidad por omisión el Tribunal Constitucional no se subroga en el accionar del órgano legislativo, sólo declara la existencia de la inconstitucionalidad y exhorta el cumplimiento del deber constitucional trasgredido permitiendo que los efectos de la sentencia sean erga omnes. Por su parte, la sentencia del mandato de injuncao es condenatoria, permitiendo solucionar el caso en concreto y tan solo tiene efectos interpartes.

4.2.3.4 La acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa en Venezuela.

En la actual Constitución de 1.999 de la República Bolivariana de Venezuela en su título séptimo, correspondiente a la protección de la Constitución, el artículo 336 concede atribuciones a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia para declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del poder legislativo municipal, estatal o nacional, cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de la Constitución, o las haya dictado de forma incompleta, facultando a dicho Tribunal para establecer el plazo para la emisión de la norma, o bien, en caso de ser necesario, dictar los lineamientos de su corrección. Lo cual permite concluir que en Venezuela por expreso mandato constitucional existe tanto el control constitucional a las omisiones legislativas absolutas como el control a las omisiones legislativas relativas.

Como la Constitución Venezolana omite establecer la legitimación por activa, la doctrina mayoritaria de dicho país ha aceptado que cualquier persona natural o jurídica plenamente capaz puede presentar la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa ante Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como si se tratara de una acción de inconstitucionalidad de una ley.

4.2.3.5 Control constitucional de las omisiones legislativas en España.

En España como en otros países no existe una acción que permita el control constitucional de las omisiones legislativas, es a través de la jurisprudencia de su Tribunal Constitucional que se ha aceptado la procedencia de la inconstitucionalidad por omisión legislativa relativa cuando se constata que el legislador sí bien ha creado la ley exigida por la Constitución no abarcó todos los presupuestos exigidos por ella, dejando por fuera otros supuestos análogos con clara violación al derecho de igualdad. No obstante, dicho Tribunal Constitucional

es enfático es establecer que cuando una abstención legislativa vulnere un derecho fundamental la ausencia de regulación o desarrollo legal no puede presentar un obstáculo para reconocer la eficacia directa del derecho trasgredido.

El Tribunal Constitucional Español puede realizar el control de las omisiones legislativas relativas mediante el recurso de inconstitucionalidad o la cuestión de inconstitucionalidad, por lo cual la sentencia que profiera tendrá efectos de cosa juzgada, vinculará a todos los poderes y órganos públicos y los efectos se generaran desde la publicación del fallo.

4.2.3.6 La omisión legislativa en Alemania.

Alemania es uno de los países en los cuales, si bien no tiene prevista de forma expresa la figura de la omisión legislativa, el Tribunal Constitucional ha ideado diversas técnicas que le han permitido controlar dicho vacío en la legislación constitucional.

El Tribunal Constitucional Alemán ha aceptado el recurso de queja de constitucionalidad, el cual tiene por objeto el estudio de todo acto de poder público que lesione derechos fundamentales siempre y cuando se trate de omisiones legislativas relativas, no admitiendo el recurso contra las omisiones absolutas. También ha admitido el recurso de queja cuando el legislador ha omitido las reformas necesarias para la actualización de las normas.

La dogmática jurisprudencial del Tribunal Constitucional Alemán mediante el recurso de queja de constitucionalidad ha relacionado la omisión legislativa con la vulneración de los derechos fundamentales y por tanto a establecido la obligación al órgano legislativo de desarrollar los derechos fundamentales como una exigencia adicional de su respeto y protección efectiva, de la cual se deduce la obligación de corregir previsiones legislativas defectuosas o aquellas que quedan

desfasadas por circunstancias sobrevenidas, en cuanto resulté necesario para la protección efectiva de los derechos fundamentales.

En definitiva el Tribunal Constitucional Alemán puede adoptar una decisión en la cual establezca la simple incompatibilidad de una ley con la Constitución, declarándola inexecutable o anulándola del ordenamiento jurídico o puede dictar una sentencia en la cual se determine que la ley está acorde con la Constitución pero puede convertirse en el futuro en inconstitucional, por lo cual el legislador debe tomar todas las medidas necesarias para evitar que esto suceda.

4.2.4 EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Como el objetivo de la presente investigación es argumentar una acción que permita el control constitucional de las omisiones legislativas absolutas, un presupuesto o fundamento jurídico que permitiría dicho control constitucional es la aceptación de la vinculación del legislador al principio de proporcionalidad, por lo cual es menester realizar una definición de dicho principio, teniendo presente que la versión de desproporción por protección deficiente corresponde a la metodología de aplicación de la acción propuesta en el capítulo N° 5 para lograr dicho objetivo de investigación.

4.2.4.1 Precisión conceptual

A fin de garantizar un mejor entendimiento del tema, se realiza la siguiente precisión conceptual, brindando una breve pero concisa definición de los siguientes conceptos básicos: principio de proporcionalidad, principios y derechos fundamentales.

4.2.4.1.1 Principio de Proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad es un criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales que se encuentra conformado por tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Cada uno de estos subprincipios expresa una exigencia que toda intervención en los derechos fundamentales debe cumplir. Tales exigencias pueden ser enunciadas de las siguientes maneras:

- a. Según el subprincipio de idoneidad, toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo.
- b. De acuerdo con el subprincipio de necesidad, toda intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho intervenido, entre aquéllas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto.
- c. Conforme al principio de proporcionalidad en sentido estricto, las ventajas que se obtienen mediante la intervención en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad en general.

El principio de proporcionalidad sólo se aplica cuando el contenido de los derechos fundamentales aparezca indeterminado en el texto de la Constitución. Resulta superfluo el recurso a este principio cuando el contenido de los derechos puede reconocerse con la simple lectura de las disposiciones constitucionales. Cabe advertir que el principio de proporcionalidad no excluye la aplicación de otros criterios interpretativos, ni elimina los juicios normativos ni valorativos.

4.2.4.1.2 Principios.

Los principios son una especie del género norma y se definen como mandatos de optimización que ordenan que su objeto sea realizado en la mayor medida posible, habida cuenta de las posibilidades fácticas y jurídicas. Dichas posibilidades sólo pueden determinarse mediante el principio de proporcionalidad. Por lo tanto, si se quiere establecer en qué medida es realizable un principio, o de otro modo, cuáles son las consecuencias jurídicas que se derivan de una norma iusfundamental de principio en un caso concreto, debe aplicarse el principio de proporcionalidad.

4.2.4.1.3 Estructura de los Derechos Fundamentales

4.2.4.1.3.1 El Derecho Fundamental en Sentido Lato.

En esta investigación partiremos del concepto de derecho fundamental como un todo, que designaremos como derecho fundamental en sentido lato, formulado por Robert Alexy. De acuerdo a este concepto, todo derecho fundamental se estructura como un haz de posiciones y normas, vinculadas interpretativamente a una disposición de derecho fundamental.

4.2.4.1.3.2 Las disposiciones de Derecho Fundamental.

Las disposiciones de derecho fundamental son los enunciados de la Constitución que tipifican los derechos fundamentales. A causa de su redacción lapidaria, casi todas las disposiciones de derecho fundamental presentan un elevado grado de indeterminación normativa. Como consecuencia de esta circunstancia, a cada una de estas disposiciones puede serle adscrita interpretativamente una multiplicidad de normas de derecho fundamental.

4.2.4.1.3.3 Las Normas de Derecho Fundamental.

Las normas de derecho fundamental se definen como un conjunto de significados prescriptivos de las disposiciones de derecho fundamental. Este conjunto de significados se expresa mediante proposiciones prescriptivas que establecen que algo está iusfundamentalmente ordenado, prohibido o permitido, o que atribuyen a un sujeto una competencia de derecho fundamental.

Según R. Guastini, mientras la disposición jurídica es un enunciado legislativo (o de manera más general, un enunciado perteneciente a una fuente de derecho), la norma es el contenido semántico de un enunciado legislativo, es el resultado de su interpretación.

4.2.4.1.3.4 Las posiciones de Derecho Fundamental o los derechos fundamentales en Sentido Estricto.

Las posiciones de derecho fundamental o derechos fundamentales en sentido estricto son relaciones jurídicas entre los individuos o entre los individuos y el Estado, que presentan una estructura tríadica, compuesta por un sujeto activo, un sujeto pasivo y un objeto. El objeto de las disposiciones de derecho fundamental es siempre una conducta de acción u omisión, prescrita por una norma, que el sujeto pasivo debe desarrollar a favor del sujeto activo y sobre cuya ejecución el sujeto activo tiene un derecho, susceptible de ser ejercido sobre el sujeto pasivo.

4.2.4.2 Función del Principio de Proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad cumple la función de estructurar el procedimiento interpretativo para la determinación del contenido de los derechos fundamentales que resulta vinculante para el legislador y para la fundamentación de dicho contenido en las decisiones de control de constitucionalidad de las leyes. De este modo, este principio opera como un criterio metodológico, mediante el cual se

pretende establecer qué deberes jurídicos imponen al legislador las disposiciones de los derechos fundamentales.

4.2.4.3 Presupuestos de aplicación del principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad tiene dos presupuestos de aplicación a saber: La adscripción prima facie de una norma o de una posición a una disposición de derecho fundamental y la intervención legislativa en un derecho fundamental.

4.2.4.3.1 La adscripción prima facie de una norma o de una posición a una disposición de derecho fundamental.

“La adscripción prima facie tiene un carácter interpretativo. Se trata de establecer, mediante criterios y argumentos propios de la interpretación jurídica, si la norma o posición afectada por la ley puede incluirse dentro del ámbito normativo de una disposición de derecho fundamental. El objeto de esta adscripción es una norma iusfundamental y su correlativa posición, las cuales adquieren en principio sólo una validez prima facie”.¹⁸

La adscripción prima facie de toda norma o posición a una disposición de derecho fundamental tiene dos límites a saber: El primero son los límites semánticos de las disposiciones de derecho fundamental, que consiste en que toda adscripción prima facie debe estar ajustada a los términos expresados en las disposiciones de derecho fundamental, por lo tanto si dicha interpretación trasgrede dichos límites deberá ser considerada incorrecta. El segundo son las restricciones directamente constitucionales impuestas a los derechos fundamentales, según las cuales a ninguna disposición de derecho fundamental puede adscribirse prima facie una norma o posición que caiga bajo el supuesto de hecho de una cláusula restrictiva que la Constitución haya introducido expresamente. De este modo, por ejemplo

¹⁸ BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Madrid. Centro de estudios políticos y constitucionales. 2003. p. 615.

cuando la Constitución establece que se garantiza el derecho de reunión siempre y cuando sea “pacífica y sin armas”, establece una restricción a dicho derecho por lo tanto ninguna adscripción prima facie a dicha disposición de derecho fundamental puede establecer una norma o posición de derecho fundamental que permita una reunión violenta ya sea física o moralmente.

4.2.4.3.2 La Intervención Legislativa en un Derecho Fundamental.

Uno de los principales elementos del principio democrático consiste en la existencia de una reserva de ley para las intervenciones en los derechos fundamentales. No obstante, algunas actuaciones de la administración, de los jueces e incluso de los mismos particulares también logran intervenir en dichos derechos. Sin embargo, esta situación no es motivo para dejar de reconocer que es el legislador la autoridad prioritaria que tiene la competencia de intervenir los derechos fundamentales mediante una ley y más específicamente mediante una ley estatutaria.

“Toda ley que afecte de manera negativa a una norma o a una posición que pueda adscribirse prima facie al ámbito de protección de una disposición de derecho fundamental debe ser considerada como una intervención en ese derecho”.¹⁹

Por lo tanto, la afectación negativa constituye el elemento central del concepto de intervención legislativa en un derecho fundamental. El concepto de afectación negativa comprende todo tipo de desventaja que una norma legal pueda introducir a un derecho, tales como suprimir, eliminar, impedir o dificultar el ejercicio de las posiciones iusfundamentales prima facie.

Existen dos formas de intervención legislativa en un derecho fundamental. “La primera es una intervención imperativa que se presenta cuando una norma legal suprime o elimina una norma o posición de derecho fundamental prima facie (por

¹⁹ Ibíd. p. 657

ejemplo la prohibición de ejercer determinada religión). La segunda es una intervención fáctica que se presenta cuando la norma legal impide o dificulta el ejercicio del derecho garantizado por una norma o posición prima facie o desmejora el status de una propiedad o situación también garantizada por una norma o posición de esta índole (por ejemplo una ley que afecta al ejercicio de la libertad religiosa al establecer un impuesto para la pertenencia a determinadas congregaciones o iglesias). Cabe agregar que desde la perspectiva temporal, las intervenciones fácticas en los derechos fundamentales pueden ser actuales o futuras, es decir, inmediatas o potenciales. Las intervenciones fácticas potenciales son aquéllas que pueden producirse en el futuro, reciben el nombre de amenazas a los derechos fundamentales”.²⁰

4.2.4.4 Estructura del Principio de Proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad está compuesto por tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Estos imponen a las leyes un conjunto de exigencias cuyo cumplimiento es presupuesto de su constitucionalidad, por lo cual su aplicación debe ser de manera sucesiva y escalonada.

4.2.4.4.1 Subprincipio de Idoneidad.

El subprincipio de idoneidad establece que toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo. De acuerdo a esta definición se establecen dos exigencias a toda intervención en los derechos fundamentales: la legitimidad del fin que fundamenta la intervención legislativa en el derecho fundamental y la idoneidad de la intervención legislativa con relación al fin inmediato.

²⁰ Ibíd. p. 666- 667

a. La legitimidad del fin que fundamenta la intervención legislativa en el derecho fundamental.

El análisis de la idoneidad de las intervenciones legislativas en los derechos fundamentales consiste en verificar si el fin que el legislador pretende favorecer, puede ser considerado legítimo desde el punto de vista constitucional. Para lo cual primero se hace el análisis de la finalidad de la intervención legislativa y si esta representa un fin legítimo desde la perspectiva de la Constitución y segundo se enjuicia si esa medida adoptada por el legislador resulta ser la más idónea para contribuir a la realización de dicho fin. En otras palabras, es un análisis de la relación entre el medio y el fin legislativo.

“Este análisis acerca de la legitimidad del fin legislativo ha sido designado como el <juicio de razonabilidad> de la intervención legislativa en los derechos fundamentales. La expresión <razonabilidad>, se utiliza en este contexto como sinónimo de no arbitrariedad. El objeto de este juicio de razonabilidad consiste en constatar, que la norma legal *sub examine* no constituye una decisión arbitraria, porque está fundamentada en alguna razón legítima”.²¹

b. La idoneidad de la intervención legislativa con relación al fin inmediato.

L.Clérico ha señalado que el fin legislativo se define como un estado de cosas que deben alcanzarse y que tienen que ver con el cumplimiento de un derecho fundamental o de un bien colectivo o con evitar que estos objetos sean restringidos de una manera gravosa.

“El fin inmediato del legislador es un estado de cosas fáctico o jurídico, que debe alcanzarse, en razón de estar ordenado por un principio constitucional (fin mediato). Alcanzar dicho estado de cosas forma parte de la realización del derecho fundamental, el bien colectivo o el bien jurídico que el principio

²¹Ibíd. p. 689

constitucional protege. Cuando el principio de proporcionalidad se aplica en su versión de interdicción del exceso, ese estado de cosas consiste en el mayor grado de cumplimiento posible del principio respectivo. En cambio, cuando se trata de la desproporción por protección deficiente, el estado de cosas consiste en obtener que el principio relevante sea restringido en la menor medida posible”.²²

4.2.4.4.2 Subprincipio de Necesidad.

De acuerdo con el subprincipio de necesidad, toda intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho fundamental intervenido, entre todas aquéllas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto.

El subprincipio de necesidad implica la comparación entre la medida adoptada por el legislador y otros medios alternativos, por lo tanto presupone la existencia de por lo menos un medio alternativo. En esta comparación se examina si alguna de los medios alternativos cumple con dos exigencias: en primer lugar, si reviste el mismo grado de idoneidad que la medida legislativa para cumplir el objetivo propuesto y en segundo lugar, si afecta negativamente el derecho fundamental en un grado menor. De presentarse un medio alternativo que cumpla estas dos exigencias la medida será innecesaria y deberá declararse inconstitucional.

El examen del medio más benigno puede realizarse en abstracto o en concreto según cuál sea el medio de control de constitucionalidad empleado: El examen del medio más benigno debe llevarse a cabo en abstracto, cuando se trata de controlar la constitucionalidad de la ley. Esto significa, que el medio más benigno será aquél que en promedio, o sea, en una generalidad de los casos posibles, en la mayoría de los casos o en un caso normal, afecte con menor intensidad al derecho fundamental. Sin embargo, el carácter de medio más benigno de la intervención legislativa debe valorarse en concreto, con estricta observancia de las

²² Ibíd. p. 714.

circunstancia del caso, cuando se controla la constitucionalidad de la aplicación de la ley mediante el recurso de amparo o acción de tutela para el caso colombiano.

Por último el examen de necesidad debe efectuarse desde la perspectiva ex ante del legislador. Esto quiere decir, que la medida legislativa sólo puede considerarse innecesaria, si dados los conocimientos existentes en la época en que fue adoptada, el legislador habría podido avizorar la existencia de un medio igualmente idóneo y más benigno con el derecho fundamental afectado. De esta manera se reconoce el principio de configuración legislativa y se respeta el valor democrático de las apreciaciones empíricas y normativas del legislador.

2.1.4.4.3 Subprincipio de Proporcionalidad en Sentido Estricto.

Conforme al principio de proporcionalidad en sentido estricto, la importancia de la intervención en el derecho fundamental debe estar justificada por la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa. De esta manera las ventajas que se obtienen mediante la intervención legislativa en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que está implica para los titulares y para la sociedad en general. Se trata de una comparación entre la importancia de la intervención en el derecho fundamental y la importancia de la realización del fin legislativo, con el objetivo de fundamentar una relación de precedencia entre el derecho y este fin.

4.2.4.5 Clasificación del Principio de Proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad tiene dos versiones a saber: La proporcionalidad por exceso, y la desproporcionalidad por protección deficiente.

4.2.4.5.1 Proporcionalidad por exceso.

Esta modalidad del principio de proporcionalidad representa una prohibición de exceso que tiene validez exclusivamente desde la perspectiva de la determinación de los derechos fundamentales de defensa.

Los derechos fundamentales de defensa parten de una concepción liberal que concibe los derechos fundamentales como derechos de libertad del individuo frente al Estado. “Acorde con su origen iusnaturalista, la teoría liberal de los derechos fundamentales reconoce a los individuos una esfera de libertad negativa previa al Estado, por lo cual a cada individuo pertenece de manera inherente un ámbito de libertad, en razón de su dignidad como miembro del género humano y que el poder público encuentra vedadas sus posibilidades de acción a lo largo de este espacio. Los derechos fundamentales cumplen, en este sentido, la función de defensa de la libertad negativa del individuo frente a las intromisiones del Estado. Estos derechos aseguran a la persona una competencia exclusiva para elegir dentro de su órbita más íntima, para escoger, sin intervenciones de lo público, cuáles son los cursos de acción a emprender: qué pensar, qué decir, en qué creer y la integridad de sus bienes intangibles más preciados (de su cuerpo, de su imagen, de su honor) y de sus posesiones y pertenencias”²³.

La estructura del principio de proporcionalidad de prohibición de exceso está compuesta por dos presupuestos de aplicación: la adscripción prima facie de una norma o posición a una disposición de derecho fundamental y la intervención legislativa en un derecho fundamental; y por tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Los cuales fueron expuestos previamente en los acápites anteriores.

²³ Ibíd. p. 254.

4.2.4.5.2 Desproporción por protección deficiente.

Esta versión del principio de proporcionalidad representa una prohibición de protección deficiente y puede definirse como un criterio estructural para la determinación de los derechos fundamentales, con cuya aplicación puede determinarse si un acto estatal -por antonomasia una omisión- vulnera un derecho fundamental de protección.

“Los derechos de protección en sentido amplio llevan consigo la pretensión prima facie de que se desarrollen diversos deberes de actuación por parte de los poderes públicos, destinados a garantizar el disfrute efectivo de las libertades (derechos de protección en sentido estricto), a proveer los medios indispensables para el ejercicio de las mismas y para la satisfacción de las necesidades (derechos sociales) y a disponer los procedimientos y la organización institucional indispensable para que el Estado pueda tutelar adecuadamente todos los derechos fundamentales (derechos a organización y procedimiento). El carácter prima facie de estas posiciones implica que las intervenciones de los poderes públicos de las que sean objeto, sólo sean constitucionalmente admisibles, si observan las exigencias del principio de proporcionalidad”²⁴.

4.2.4.5.2.1 Estructura de la prohibición de protección deficiente.

La prohibición de protección deficiente tiene la misma estructura general que la prohibición por exceso. Esta versión del principio de proporcionalidad se compone de dos presupuestos de aplicación: la adscripción prima facie a un derecho fundamental de la posición afectada y la catalogación del acto examinado como una intervención en el derecho; y tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. No obstante debe tenerse en cuenta las siguientes variaciones:

²⁴ *Ibíd.* p. 799- 800.

a. Sobre la adscripción prima facie en la estructura de la prohibición de protección deficiente

La adscripción prima facie que se lleva a cabo dentro del esquema de la prohibición de protección deficiente, sigue las mismas reglas que la de la prohibición por exceso. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la posición que se adscribe, es un derecho fundamental de protección, que impone al legislador un deber de actuación, consistente en realizar el objeto de la posición iusfundamental en la mayor medida posible.

b. Sobre la intervención legislativa en la estructura de la prohibición de protección deficiente

La intervención legislativa que se lleva a cabo dentro del esquema de la prohibición de protección deficiente, sigue las mismas reglas que la de la prohibición por exceso. Sin embargo, deben ser tenidas en cuenta las siguientes variaciones:

- El acto que se examina: El objeto de control de constitucionalidad en la prohibición de protección deficiente es una abstención legislativa o una norma legal que no protege el derecho fundamental o que lo protege deficientemente por no favorecer su realización en la mayor medida posible.
- Sobre el concepto de afectación negativa: Para que se produzca una afectación negativa de un derecho fundamental de protección, resulta necesario, que entre la norma legal o la abstención legislativa que se examina y el derecho relevante no medie un nexo de causalidad o de idoneidad positiva óptima que persiga la realización del derecho en la mayor medida posible. Es pertinente que la norma legal o la abstención legislativa no sea idónea para proteger la norma o la posición iusfundamental afectada en la mayor medida posible.

- Sobre el concepto de causalidad positiva óptima aplicado al concepto de intervención en el derecho fundamental de protección: La norma legal (N) o la abstención (A) no guardan una relación de causalidad positiva óptima con el derecho fundamental (DF), y por tanto debe considerarse como una intervención en este derecho, si no conduce a un estado de cosas en que la realización del derecho fundamental (DF) sea garantizado en la mayor medida posible.

c. Sobre el subprincipio de idoneidad de la prohibición de protección deficiente

El subprincipio de idoneidad de la prohibición de protección deficiente, sigue las mismas reglas que el de la de la prohibición por exceso. Sin embargo, deben ser tenidas en cuenta las siguientes variaciones:

- Definición: Una abstención legislativa o una norma legal que no proteja un derecho fundamental de manera óptima, vulnera las exigencias del principio de idoneidad, cuando no favorece la realización de un fin legislativo que sea constitucionalmente legítimo.
- La idoneidad de la abstención o de la norma legal como relación de favorecimiento del fin legislativo: Una abstención legislativa o una norma legal que proteja deficientemente un derecho fundamental, será idónea, si favorece la realización de su fin. En otros términos, es preciso que la carencia de protección óptima del derecho fundamental genere una mayor realización del fin constitucionalmente legítimo del legislador.

d. Sobre el subprincipio de necesidad de la prohibición de protección deficiente

El subprincipio de necesidad de la prohibición de protección deficiente, sigue las mismas reglas que el de la de la prohibición por exceso. Sin embargo, debe ser tenida en cuenta la siguiente variación acerca de la definición del subprincipio:

Definición: Una abstención legislativa o una norma legal que no proteja un derecho fundamental de manera óptima, vulnera las exigencias del principio de necesidad, cuando existe otra abstención u otra medida legal alternativa que favorezca la realización del fin del Parlamento por lo menos con las misma intensidad y a la vez favorezca más la realización del derecho fundamental de protección.

e. Sobre el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto de la prohibición de protección deficiente

El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto de la prohibición de protección deficiente, sigue las mismas reglas que el de la de la prohibición por exceso. Sin embargo, debe ser tenida en cuenta la siguiente variación acerca de la definición del subprincipio:

Definición: Una abstención legislativa o una norma legal que no proteja un derecho fundamental de manera óptima, vulnera las exigencias del principio de proporcionalidad en sentido estricto, cuando el grado de favorecimiento del fin legislativo es inferior al grado en que se realiza el derecho fundamental de protección.

5. ANÁLISIS DE RESULTADO

5.1 VINCULACIÓN DEL LEGISLADOR AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Debe entenderse la vinculación del legislador al principio de proporcionalidad como un límite material a su función de crear las leyes, debido a que la competencia legislativa para configurar la Constitución no es absoluta, se encuentra limitada por las disposiciones constitucionales y de manera especial por aquellas que contienen derechos fundamentales y principios constitucionales, que en el marco de un Estado Constitucional Democrático representan el límite material a la función legislativa. Por lo tanto, la vinculación del legislador al principio de proporcionalidad no es tan rígida como la que se predica del Tribunal Constitucional, debido a que se debe respetar el debate político propio del proceso de creación de las leyes, mediante el cual el legislador escoge entre una multiplicidad de alternativas de acción el contenido de las leyes.

5.1.1 La transición de un Estado Legislativo a un Estado Constitucional Democrático

En el Estado Legislativo existía una sacralización de la ley, reduciendo el derecho a la ley como su única fuente formal. Se entendió que la ley era la “expresión de la voluntad general”, dando origen al mito del legislador sabio que no se equivoca y no tiene límites en el ejercicio de sus funciones. En definitiva, el Estado y los particulares sólo debían adaptar sus actuaciones al “principio de legalidad”, sintetizado en las siguientes premisas:

- “Los particulares pueden hacer todo lo que no esté prohibido por la ley”.
- “Los servidores públicos sólo pueden hacer lo que esté autorizado por la ley”.

La Constitución no era más que un simple pacto político que cumplía una función selectiva y de límite al establecer la competencia y el procedimiento para la creación de las normas jurídicas y las funciones mínimas que debía cumplir el Estado; un Estado al cual le estaba prohibido intervenir en las esferas individuales del hombre, originando una inevitable separación entre el Estado y la sociedad: Se concebía al hombre como un ser autónomo y a la sociedad como la responsable de su bienestar.

Con el reconocimiento del Estado Constitucional Democrático la Constitución deja de ser un simple pacto político y se convierte en la fuente principal del derecho, superándose así el paradigma del imperio de la ley y estableciéndose el respeto por el principio de la Supremacía Constitucional: La Constitución se convierte en el criterio de validez de todo el ordenamiento jurídico, en otras palabras la Constitución “se juridifica y se judicializa”.

La Constitución se “juridifica” transformándose en una norma jurídica suprema, vinculante y de aplicación directa que configura el orden jurídico básico de una sociedad. Por lo cual su función selectiva y de límite se amplía en cuanto que no sólo va a establecer límites formales a la función legislativa (competencia y procedimiento para la creación de las leyes), sino que también va a consagrar un límite material: la garantía y respeto de los derechos fundamentales y principios constitucionales. De esta manera se aumentan las funciones del Estado, debido a que los individuos se convierten en titulares de ciertas necesidades básicas a cargo del mismo Estado, quedando todos los poderes públicos obligados a garantizar un mínimo de bienes social, permitiendo la “estatalización de la sociedad y la socialización del Estado”.

La Constitución se “judicializa” en el sentido que va a contar con una garantía constitucional adicional: su defensa jurisdiccional por parte del Tribunal Constitucional, el cual la protegerá de las voluntades políticas del legislador y

garantizará su integridad y supremacía sobre las demás normas jurídicas del ordenamiento jurídico.

Toda esta serie de transformaciones constitucionales e institucionales no son ajenas a Colombia, por lo cual con la expedición de la Constitución de 1.991 se instaura un Estado Social de Derecho, fundado en el respeto de la Dignidad Humana y la Supremacía Constitucional, aumentándose considerablemente el contenido obligacional del Estado, quedando todos los poderes públicos obligados a garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, en especial el órgano legislativo, del cual se espera un cumplimiento pronto y oportuno de sus funciones, garantizando de esta manera el desarrollo normativo de los preceptos constitucionales mediante las leyes y la adaptación del derecho al cambio de los tiempos.

Aunque en el nuevo modelo constitucional el protagonista principal es la Constitución, el legislador continúa teniendo un papel preponderante, debido a que le corresponde a este órgano desarrollar las disposiciones constitucionales mediante las leyes, en especial aquellas que versan contienen derechos fundamentales, por lo cual es pertinente proponer una vinculación del legislador al principio de proporcionalidad, partiendo de la premisa de que dicho principio es el criterio interpretativo y metodológico que ofrece mayores garantías de racionalidad en el proceso de determinación normativa de las disposiciones constitucionales.

5.1.2 La competencia legislativa para configurar la Constitución y la indeterminación del sistema constitucional.

En la doctrina constitucional es un tópico la afirmación de que el legislador tiene atribuida la competencia de configuración o de conformar las disposiciones de la Constitución. Esta competencia se identifica con la facultad que dispone el legislador para escoger el contenido de las leyes entre un amplio número de alternativas de acción, mediante las cuales concretiza los enunciados

constitucionales y regula la vida política, social y económica en el ejercicio de la función legislativa. “La atribución de esta competencia al legislador, se debe también en alguna medida a la indeterminación de las disposiciones de los derechos fundamentales y de la Constitución en general. Debido a su indeterminación, casi todos estos enunciados necesitan ser concretados por medidas legislativas de desarrollo, de protección y de restricción”²⁵.

La existencia de un sistema constitucional que determine completamente el contenido de los derechos fundamentales no parece factible ni conveniente. No parece factible porque todas las constituciones se elaboran y se promulgan siempre en circunstancias de limitación de tiempo y de información. Ningún poder constituyente dispone en la práctica ni del tiempo ni de los datos necesarios para prever y regular todos los conflictos que hipotéticamente pueden presentarse en el campo de los derechos fundamentales. Además, este sistema imaginario tampoco sería deseable porque una sociedad provista de un catálogo de derechos tan específico y dotado de absoluta certeza vería notablemente reducido el espacio para la deliberación política y el campo de actuación del poder legislativo se reduciría al mínimo.

En este sentido, la indeterminación normativa de los derechos fundamentales debe ser considerada entonces como una propiedad lógica inherente al lenguaje de las disposiciones constitucionales, que además constituye una condición indeclinable para el funcionamiento del proceso democrático y para la adaptación del derecho al cambio de los tiempos.

Por la inexistencia de una Constitución que determine por completo el contenido normativo de los derechos fundamentales el legislador se encuentra enfrentado a ostensibles problemas de carácter interpretativo y metodológico. El problema interpretativo consiste en que la indeterminación de ciertos derechos

²⁵ GONZALES BEILFUSS, Markus. Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa. Madrid. Centro de estudios políticos y constitucionales. 2000. p. 31.

fundamentales ocasiona incertidumbres y disputas interpretativas en todos los ámbitos de la sociedad y del Estado. El problema metodológico se relaciona con el deber de fundamentación correcta que consiste en precisar, mediante qué argumentos y criterios interpretativos se justifican las decisiones que intervienen en la órbita de tales derechos.

A causa de este hecho, el legislador determina y actualiza los contenidos vinculantes de los derechos fundamentales mediante las leyes. “En cada ley, el legislador armoniza y pondera las exigencias que se derivan de los distintos derechos fundamentales, las relaciona con los intereses y con los objetivos comunitarios primordiales y las transforma en enunciados normativos de mayor especificidad que las disposiciones constitucionales”²⁶. Aquí, sin embargo, en esta etapa de intervención legislativa, no se suele aplicar por lo menos conscientemente el principio de proporcionalidad.

No obstante, el debate político necesario para la creación de una ley demuestra que las exigencias de los subprincipios de proporcionalidad están implícitamente en la temática de discusión legislativa: Un buen órgano legislativo no debería aprobar una ley que restrinja un derecho fundamental sin lograr un objetivo constitucionalmente legítimo (principio de idoneidad), tampoco debería estar dispuesto a apoyar una medida legislativa que no fuere menos benigna con el derecho de libertad en comparación con otras medidas alternativas disponibles (principio de necesidad); y tampoco debería presentar un proyecto de ley que no representará un beneficio social en contraprestación del sacrificio o restricción de un derecho fundamental determinado (principio de proporcionalidad en sentido estricto).

²⁶ GONZALES BEILFUSS, Markus. Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa. Madrid. Centro de estudios políticos y constitucionales. 2000. p. 56.

De igual manera, se puede establecer que el legislador se encuentra vinculado al principio de proporcionalidad porque en el debate político propio del proceso de creación de las leyes, el legislador debe interpretar el texto constitucional para darle un sentido y alcance a las leyes que pretende crear y en especial para adecuarlas a la exigencia material de garantía y respeto de los principios constitucionales y derechos fundamentales que en el marco de un Estado Constitucional Democrático son el límite material de la función legislativa. De esta manera no solo se le da una argumentación fáctica al proceso de creación de la ley (necesidad política y socioeconómica de la ley) sino también una argumentación jurídica proveniente de la interpretación y adscripción de una norma o posición a una o varias disposiciones constitucionales, garantizando así una decisión racional dentro del marco de la justicia y el bien común.

La vinculación del legislador al principio de proporcionalidad tan solo puede garantizar el mínimo de idoneidad del fin legislativo contenido en la ley, debido a que en aras del respeto y garantía de la competencia legislativa de configuración de la Constitucional, dicho principio tan solo debe aplicarse para realizar un juicio de razonabilidad consistente en constatar que la ley no constituya una decisión arbitraria que vulnere el contenido esencial de los derechos fundamentales o el contenido y fuerza vinculante de la Constitución en general, sin que esto implique una restricción al campo de maniobrabilidad política del legislador, sino tan solo una exigencia de mayor argumentación jurídica y fáctica en el proceso de creación de las leyes.

Corolario a lo anterior, es claro que el legislador se encuentra vinculado al principio de proporcionalidad debido a que por la indeterminación normativa del sistema constitucional, en especial de las disposiciones constitucionales que contienen derechos fundamentales y principios constitucionales, se hace necesario que el legislador desarrolle o concrete normativamente las disposiciones constitucionales mediante las leyes, estableciendo de esta manera las acciones o procedimientos jurídicos necesarios que permitan la exigibilidad y

cumplimiento de los derechos fundamentales, garantizando el contenido esencial de dichos derechos y el respeto por la finalidad y el contenido vinculante de todas las disposiciones constitucionales.

5.1.3 El Principio de Proporcionalidad y la garantía del contenido esencial de los Derechos Fundamentales.

El contenido esencial ha sido tal vez el criterio más recurrido por la dogmática para intentar definir la vinculación del legislador a los derechos fundamentales. Por lo tanto, es menester determinar las relaciones entre el principio de proporcionalidad y el contenido esencial de los derechos fundamentales a partir de los planteamientos de la teoría relativa del contenido esencial.

En primer lugar, la teoría relativa sostiene una relación de identidad entre el principio de proporcionalidad y el contenido esencial. En tal sentido lo que es desproporcional y sólo lo que es desproporcional vulnera el contenido esencial de los derechos fundamentales. Esta tesis asegura que mediante la aplicación del principio de proporcionalidad se determina el contenido esencial del derecho fundamental y se niega que existan otras maneras de determinarlo. Dicho en otras palabras: “toda medida desproporcionada vulnera el contenido esencial, y ninguna medida legislativa vulnera dicho contenido, a menos que sea desproporcional”²⁷.

En segundo lugar, la teoría relativa predica no una identidad, sino tan sólo una relación de implicación entre el principio de proporcionalidad y el contenido esencial. Esta tesis de la implicación puede formularse con la expresión “lo que es desproporcional, vulnera el contenido esencial, pero no sólo lo que es desproporcionado es lo que vulnera el contenido esencial”²⁸. Esto quiere decir que siempre que se aplica el principio de proporcionalidad se define una parte del contenido esencial del derecho fundamental, pero dicho contenido no consiste

²⁷ BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de constitucionalidad y los derechos fundamentales. Madrid. Centro de estudios políticos y constitucionales. 2003. p.560.

²⁸ *Ibíd.* 561.

únicamente en aquello que se define mediante la aplicación del principio de proporcionalidad.

En la presente investigación asumimos la relación de implicación entre el principio de proporcionalidad y el contenido esencial de los derechos fundamentales, por lo cual, se crea la exigencia de que toda intervención legislativa en un derecho fundamental debe respetar el contenido esencial del derecho intervenido, so pena, de considerarse como una medida desproporcional y por consiguiente inconstitucional.

El legislador se encuentra vinculado al principio de proporcionalidad por la obligación que tiene de respetar en el proceso de creación de las leyes el contenido esencial de los derechos fundamentales, y es de aceptación generalizada que dicho principio cumple la función de estructurar el procedimiento interpretativo para la determinación del contenido normativo de los derechos fundamentales. De este modo, este principio opera como un criterio metodológico, mediante el cual se pretende establecer qué deberes jurídicos imponen al legislador las disposiciones de los derechos fundamentales y los enunciados constitucionales en general.

La exigencia de que toda intervención legislativa en un derecho fundamental debe respetar el contenido esencial del derecho intervenido, so pena, de considerarse como una medida desproporcional y por consiguiente inconstitucional se hace visible en el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto cuando se realiza el examen de la intensidad de la intervención en el derecho fundamental:

“La intensidad de la intervención en el derecho fundamental será mayor, cuanto mayor sea el cumplimiento de las exigencias de los criterios del contenido esencial. Estos criterios se refieren a que la posición prima facie afectada sea necesaria para que el derecho fundamental sea reconocible como tal, de modo que si se suprime, el derecho perdería

su naturaleza y a que la posición prima facie afectada sea necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida a un derecho fundamental, resulten real, concreta y efectivamente protegidos²⁹”.

Es importante señalar que el principio de proporcionalidad sólo se aplica cuando el contenido de los derechos fundamentales aparezca indeterminado en el texto de la Constitución. Resulta superfluo el recurso a este principio cuando el contenido de los derechos puede reconocerse con la simple lectura de las disposiciones constitucionales. Cabe advertir que el principio de proporcionalidad no excluye la aplicación de otros criterios interpretativos, ni elimina los juicios normativos ni valorativos.

Corolario a lo anterior, el legislador se encuentra vinculado al principio de proporcionalidad por las siguientes tres razones. En primer lugar porque la competencia legislativa para configurar la Constitución no es absoluta, se encuentra limitada por las disposiciones constitucionales y de manera especial por aquellas que contienen derechos fundamentales y principios constitucionales, que en el marco de un Estado Constitucional Democrático representan el límite material de la función legislativa. En segundo lugar porque el legislador tiene el deber constitucional de respetar en el proceso de creación de las leyes el contenido esencial de los derechos fundamentales, so pena, de que dicha medida sea considerada como una intervención legislativa desproporcionada y por consiguiente inconstitucional. Y en tercer lugar porque por mandato constitucional le corresponde al órgano legislativo determinar mediante las leyes el contenido normativo de los derechos fundamentales, y es de aceptación generalizada que el principio de proporcionalidad es el criterio interpretativo y metodológico que ofrece mayores garantías de racionalidad en dicho proceso de determinación normativa. Una vez propuesta la vinculación del legislador al principio de proporcionalidad se hace necesario e imprescindible responder las siguientes dos preguntas: ¿EXISTE

²⁹ Ibíd. p. 770.

EL DERECHO A QUE SE CREEN LAS LEYES?, ¿TODA LEY CONTIENE IMPLÍCITAMENTE UN DERECHO?

5.2 ¿EXISTE EL DERECHO A QUE SE CREEN LAS LEYES?, ¿TODA LEY CONTIENE IMPLÍCITAMENTE UN DERECHO?

De acuerdo con el artículo 150 de la Constitución Política de Colombia corresponde al Congreso hacer las leyes y por medio de ellas cumplir veinticinco funciones expresamente determinadas, más las que se deriven o puedan adscribirse interpretativamente a estas. Por lo anterior, es claro que el legislador se encuentra obligado constitucionalmente a crear las leyes y para cumplir dicho deber la misma Constitución le atribuyó la competencia legislativa de configuración constitucional, la cual le permite escoger el contenido de las leyes entre un amplio número de alternativas de acción y de esta manera concretizar y dotar de contenido normativo los diferentes enunciados constitucionales que posibilitan regular efectivamente la vida política, social y económica del Estado. No obstante, la competencia legislativa para configurar la Constitución no es absoluta, se encuentra limitada por las disposiciones constitucionales y de manera especial por aquellas que contienen derechos fundamentales y principios constitucionales, que en el marco de un Estado Constitucional Democrático representan el límite material de la función legislativa.

De la obligación constitucional que tiene el legislador de crear las leyes, se deriva y configura el derecho a que existan y se creen oportunamente las mismas, debido a que la inexistencia de enunciados legislativos impediría el desarrollo normativo de las disposiciones constitucionales y en especial la adaptación del derecho al cambio de los tiempos. Por lo cual, las leyes cumplen una función de complementación y desarrollo normativo de un sistema constitucional que presenta un alto grado de indeterminación normativa debido a que todas las Constituciones se promulgan siempre en circunstancias delimitadas por el tiempo, información y necesidades sociales, económicas y políticas de la época y porque

el constituyente se encuentra imposibilitado para prever y regular todos los conflictos y situaciones jurídicas que hipotéticamente se pueden presentar después de la expedición de una Constitución.

Si bien es cierto la Constitución tiene una fuerza vinculante que permite exigir su cumplimiento de manera directa, debido a la gran indeterminación normativa del sistema constitucional, en especial de las disposiciones constitucionales que contienen derechos fundamentales, casi todos los enunciados constitucionales necesitan ser concretados y desarrollados normativamente mediante medidas legislativas de desarrollo, de protección y de restricción, es decir en la gran mayoría de los casos se requiere de una ley que de mayor especificidad a las disposiciones constitucionales garantizando de esta manera su exigibilidad y cumplimiento. Por lo cual en cada ley, el legislador armoniza y pondera las exigencias que se derivan de los distintos derechos fundamentales, las relaciona con los intereses y con los objetivos comunitarios primordiales y las transforma en enunciados normativos de mayor especificidad que las disposiciones constitucionales.

De acuerdo con Rousseau la ley “es la expresión de la voluntad general”, por lo cual si el legislador omite por negligencia o despreocupación desarrollar normativamente los preceptos constitucionales mediante las leyes no estaría cumpliendo con su deber y función de representación política y los ciudadanos nos encontraríamos expuestos a un ordenamiento jurídico arcaico, aletargado y obsoleto que no garantizaría la solución pronta y oportuna de los diferentes conflictos jurídicos que se puedan presentar dentro de un amplio margen de relaciones jurídicas.

De acuerdo con el contrato social propuesto por Rousseau, la democracia tiene un papel preponderante en un Estado debido a que los miembros de una sociedad reconocen y obedecen la ley porque nace de ellos mismos, es el resultado de la unión de todas las soberanías y poderes individuales en un solo poder general y

supremo llamado Estado. Por lo cual el incumplimiento de la obligación constitucional de crear las leyes colocaría en tela de juicio la idea rousseauiana de que todos los ciudadanos debemos entregar nuestra soberanía y poder individual a una voluntad general superior para que esta nos dirija y gobierne a fin de satisfacer de manera pacífica nuestras necesidades básicas y naturales sin que esto implique la dominación de unos sobre otros y se garantice la representación participativa de todos los miembros de la sociedad.

Nuestra Constitución Política en el artículo 3° incorporó y adoptó la idea rousseauiana de la Soberanía Popular, por lo cual la soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo ejerce dicha soberanía en forma directa o por medio de sus representantes que para el caso es el órgano legislativo. Por su parte el artículo 133 constitucional establece que el legislador por ser un órgano de elección popular y directa representa al pueblo y debe actuar consultando la justicia y el bien común, de lo que se deriva que el legislador es responsable políticamente ante la sociedad y frente a sus electores del cumplimiento de las obligaciones propias de su investidura.

La omisión legislativa absoluta es un claro incumplimiento de las obligaciones constitucionales de crear las leyes y de representar políticamente a un pueblo, a esa voluntad general que le delego dicha función de representación mediante el voto. Por lo cual el legislador no solo debe responder políticamente en las urnas de votación, sino también debe responder institucionalmente frente a toda la sociedad, por lo cual la procedencia de la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta sería un instrumento jurídico que permitiría corregir la negligencia o despreocupación del legislador de desarrollar las disposiciones constitucionales mediante las leyes. Lógicamente no toda abstención legislativa absoluta sería objeto de control jurisdiccional por parte de la Corte Constitucional, solo se admitiría el control constitucional de las omisiones que vulneren derechos fundamentales de protección, debido a que representan una protección deficiente

de dichos derechos porque la ausencia de una ley que los desarrolle y concrete normativamente dificulta o imposibilita su exigibilidad y cumplimiento directo.

Los derechos fundamentales de protección son aquellos que requieren de los diferentes órganos y poderes públicos el desarrollo de diversos deberes de actuación destinados a garantizar el disfrute efectivo de las libertades constitucionales, a proveer los medios indispensables para el ejercicio de las mismas permitiendo la satisfacción de las necesidades públicas (derechos económicos, sociales y culturales) y disponer de los procedimientos y la organización institucional indispensable para que el Estado pueda tutelar todos los derechos constitucionales. En otras palabras, los derechos fundamentales de protección son las denominadas “libertades positivas” que requieren del Estado una actuación efectiva que les permita garantizar su exigibilidad y cumplimiento. Para el caso en concreto serían aquellos derechos constitucionales que por su alto grado de indeterminación normativa requieren de una ley que los desarrolle normativamente, permitiendo su exigibilidad y aplicación de manera directa.

Si el legislador incumple su obligación constitucional de desarrollar las disposiciones constitucionales mediante las leyes, dicha omisión legislativa absoluta puede representar un efecto normativo que se traduce en una vulneración de derechos fundamentales de protección, debido a que se presenta una intervención fáctica en un derecho fundamental que impide o dificulta el ejercicio del derecho garantizado por una norma o posición adscrita prima facie a una disposición de derecho fundamental. Por consiguiente, la omisión legislativa absoluta priva de desarrollo y contenido normativo a derechos constitucionales que debido a su alto grado de indeterminación normativa requieren dicha concretización para poder exigir su cumplimiento directo, circunstancia que impide adscribir interpretativamente a una disposición de derecho fundamental una multiplicidad o conjunto de significados prescriptivos que permitan exigir de determinados sujetos incluyendo del mismo Estado la garantía y cumplimiento de

ciertas actuaciones que pudrían estar prohibidas, permitidas u ordenadas por la ley omitida o no creada oportunamente.

Por lo anterior, se puede establecer que toda ley contiene implícitamente un derecho, debido a que toda ley representa el desarrollo normativo de una disposición constitucional, bien sea la concretización jurídica de un valor constitucional, de un principio constitucional, de un derecho fundamental o la regulación de una institución, de una acción o de un procedimiento. Dicho desarrollo normativo es necesario y es una característica lógica de la indeterminación del sistema constitucional, la cual se convierte a su vez en una condición indispensable para el adecuado desarrollo del proceso y debate democrático, el cual permite adaptar el derecho al cambio de los tiempos.

La ley se estructura como un haz de posiciones y normas vinculadas interpretativamente a una disposición o precepto constitucional, en otras palabras, las leyes son enunciados legislativos a los cuales de manera interpretativa se les adscribe una multiplicidad o conjunto de significados prescriptivos que determinan una conducta de acción u omisión (norma) que faculta a un sujeto activo a exigir de un sujeto pasivo la realización de un contenido obligacional (derecho), garantizándose de esta manera el derecho de exigir su cumplimiento inclusive por medio del aparato coercitivo del Estado.

Por lo anterior, es claro que las leyes contienen implícitamente un derecho, debido a que dicho derecho (norma o posición) es un contenido normativo que resulta de la interpretación de un enunciado legislativo que lógica y jurídicamente debe estar acorde con los preceptos constitucionales, en especial con aquellos que contienen valores constitucionales, principios constitucionales y derechos fundamentales.

De acuerdo con Montesquieu la ausencia o inexistencia de leyes nos vulneran la libertad, debido a que “en un Estado, es decir, en una sociedad en la que hay leyes, la libertad sólo puede consistir en poder hacer lo que se debe querer y en

no estar obligados a hacer lo que no se debe querer”³⁰. En otras palabras, la libertad es el derecho de hacer todo lo que las leyes permiten y si el legislador por negligencia o despreocupación omite desarrollar las disposiciones constitucionales mediante las leyes nos estaría privando de hacer y ejercer los derechos que implícitamente contienen las leyes, en especial cuando dichos preceptos legales son el desarrollo normativo de disposiciones constitucionales que contienen principios constitucionales y derechos fundamentales.

Si aceptamos que las leyes contienen implícitamente un derecho, la omisión legislativa absoluta representa una clara vulneración al derecho de exigir el desarrollo y concretización normativa de las disposiciones constitucionales, en especial de aquellas disposiciones que contienen derechos fundamentales que por su naturaleza jurídica presentan mayor indeterminación normativa y requieren en la mayoría de los casos para poder garantizar su exigibilidad y cumplimiento de un desarrollo normativo mediante una ley, por lo cual la Corte Constitucional Colombiana debería cambiar su doctrina jurisprudencial aceptando la procedencia de la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta, debido a que dichas abstenciones legislativas pueden generar la protección deficiente de derechos fundamentales de protección y representan una flagrante trasgresión del principio democrático y de Supremacía Constitucional, principios constitucionales que fundamentan y direccionan el actuar de todos los poderes y órganos del Estado.

A continuación se propone la “ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD POR PROTECCIÓN DEFICIENTE” como la acción que permitiría a la Corte Constitucional Colombiana realizar un control constitucional y tomar una decisión de fondo sobre las demandas de inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta.

³⁰ MOLINA BETANRUR, Carlos Mario y otros. Derecho Constitucional General. Universidad de Medellín. Medellín. 2008. Pág. 494.

5.3 CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS OMISIONES LEGISLATIVAS ABSOLUTAS: ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD POR PROTECCIÓN DEFICIENTE

“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”³¹.

En el presente capítulo se establece porqué la Corte Constitucional Colombiana como guardián de la integridad y Supremacía Constitucional debería cambiar su doctrina jurisprudencial aceptando la procedencia de la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta, debido a que de la realización de una interpretación teleológica y sistemática de la Constitución se puede determinar la competencia de dicha Corporación para realizar un control constitucional y tomar una decisión de fondo sobre dichas demandas de inconstitucionalidad cuando se verifique que las aludidas abstenciones legislativas generan una vulneración de derechos fundamentales de protección porque la inexistencia de una ley que los desarrolle o concrete normativamente dificulta o imposibilita su exigibilidad o cumplimiento de manera directa, generando una protección deficiente de dichos derechos.

Cabe recordar que el propio Kelsen aceptó la posibilidad de vulnerar la Constitución por medio de una omisión:

³¹ VILLOTA BENAVIDES, María Susana. Revista facultad de derecho y ciencias políticas. Vol. 42, No. 117 (2012). “El control de constitucionalidad a las omisiones legislativas en el contexto del Estado social de derecho”. Pág. 468- 469.

“La violación de la Constitución significa la verificación de un hecho que contradice a la Constitución, sea por acción, sea por omisión; esto último se da sólo cuando se trata del incumplimiento de una obligación y no de una falta de reconocimiento de un derecho concedido por un órgano de la Constitución”³².

Por lo anterior, partiendo de los postulados filosóficos y políticos del Estado Constitucional Democrático que para el caso colombiano es un Estado Social de Derecho, de la vinculación del legislador al principio de proporcionalidad y de la aceptación de que existe el derecho a que se creen las leyes y que toda ley contiene implícitamente un derecho, se propone como método o instrumento jurídico para realizar un control constitucional a las omisiones legislativas absolutas: LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD POR PROTECCIÓN DEFICIENTE.

5.3.1 Definición, objeto y alcance de la acción de inconstitucionalidad por protección deficiente.

La acción de inconstitucionalidad por protección deficiente es una acción pública que tiene todo ciudadano³³ colombiano para solicitar a la Corte Constitucional el control constitucional de las omisiones legislativas absolutas teniendo como parámetro evaluador que una omisión en tal sentido puede generar una vulneración y una protección deficiente de un derecho fundamental de protección cuando la inexistencia de una ley que lo desarrolle o concrete normativamente dificulta o imposibilita su exigibilidad y cumplimiento de manera directa. Piense por ejemplo en las dificultades interpretativas y metodológicas que se derivan de la exigibilidad y de la solicitud de aplicación directa de los derechos fundamentales

³² KELSEN, Hans. Teoría pura del derecho. Madrid. Tecnos. 1995. P. 3.

³³ **Art. 40 de la Constitución Política.** Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede:

6) Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley.

de segunda generación (derechos sociales, económicos y culturales) o de los derechos fundamentales con alto grado de indeterminación normativa como lo son el derecho a la eutanasia y los derechos de las parejas del mismo sexo y de la familia monoparental.

Los derechos fundamentales de protección son aquellos que requieren de los diferentes órganos y poderes públicos el desarrollo de diversos deberes de actuación destinados a garantizar el disfrute efectivo de las libertades constitucionales, a proveer los medios indispensables para el ejercicio de las mismas, para la satisfacción de las necesidades públicas (derechos económicos, sociales y culturales) y disponer de los procedimientos y la organización institucional indispensable para que el Estado pueda tutelar todos los derechos constitucionales. En otras palabras, los derechos fundamentales de protección son las denominadas “libertades positivas” que requieren del Estado una actuación efectiva que les permita garantizar su exigibilidad y cumplimiento. Para el caso en concreto serían aquellos derechos fundamentales que por su alto grado de indeterminación normativa requieren de una ley que los desarrolle normativamente, permitiendo su exigibilidad y aplicación de manera directa. En otras palabras, el derecho fundamental de protección impone al legislador un deber de actuación, consistente en realizar el objeto de la norma o posición iusfundamental en la mayor medida posible.

Una omisión legislativa absoluta es una intervención legislativa fáctica en un derecho fundamental de protección que puede generar una afectación negativa en dicho derecho cuando no permita en la mayor medida posible la realización o el ejercicio del derecho garantizado por una norma o posición adscrita prima facie a una disposición de derecho fundamental, por lo cual la inexistencia de una ley que desarrolle normativamente una disposición de derecho fundamental dificulta adscribir interpretativamente una multiplicidad de significados prescriptivos que posibiliten exigir de ciertos sujetos incluyendo del mismo Estado la realización de un determinado contenido obligacional que debería estar ordenado, permitido o

prohibido por la ley omitida o no creada oportunamente. En este orden de ideas, una omisión legislativa absoluta que genere las referidas desventajas a un derecho fundamental de protección es una medida legislativa desproporcional que vulnera el contenido esencial de dicho derecho y por consiguiente debería ser declarada inconstitucional por parte de la Corte Constitucional, ordenándosele al legislador que mediante la creación de una ley desarrolle normativamente el derecho fundamental vulnerado con la omisión legislativa absoluta, garantizando la protección efectiva de dicho derecho.

Para que una omisión legislativa absoluta sea catalogada como una intervención legislativa fáctica que genere la vulneración y la protección deficiente de un derecho fundamental de protección se deben presentar los siguientes presupuestos:

1. Que la abstención legislativa no proteja el derecho fundamental o que lo proteja deficientemente por no favorecer su realización en la mayor medida posible.

La inexistencia de una ley que desarrolle o concrete normativamente un derecho fundamental de protección dificulta o imposibilita hacer exigible la norma o posición adscrita interpretativamente a una disposición de derecho fundamental generando la vulneración del contenido esencial de dicho derecho.

2. Se presente una afectación negativa de un derecho fundamental de protección, en el entendido que la abstención legislativa no es idónea para proteger la norma o la posición iusfundamental afectada en la mayor medida posible.

La inexistencia de una ley que desarrolle y concrete normativamente una disposición de derecho fundamental dificulta o imposibilita la exigibilidad y cumplimiento de manera directa de dicho derecho, por lo cual si se acudiera a

un medio alternativo como lo sería crear una ley para desarrollar normativamente el derecho vulnerado con dicha abstención legislativa, se podrían establecer todos los medios y procedimientos para solicitar el cumplimiento del contenido obligacional que se deriva de la interpretación prescriptiva de dicha disposición constitucional. Por lo anterior, es claro que la expedición de una ley es una medida legislativa de protección de un derecho fundamental mucho más efectiva que la que hipotéticamente pueda derivarse de una omisión legislativa absoluta, la cual como se dijo anteriormente puede generar la vulneración y protección deficiente de un derecho fundamental de protección.

3. Que la abstención legislativa no guarde una relación de causalidad o de idoneidad positiva óptima con el derecho fundamental, y por lo tanto no conduzca a un estado de cosas en que la realización del derecho fundamental sea garantizado en la mayor medida posible.

En la mayoría de los casos las omisiones legislativas absolutas pueden generar un efecto normativo consistente en la protección deficiente de un derecho fundamental de protección, debido a que la ausencia de desarrollo normativo mediante una ley genera grandes problemas e incertidumbres interpretativas en la sociedad y en el mismo Estado, como por ejemplo cuando se pregunta si existe realmente la norma o posición adscrita prima facie a una disposición constitucional o si el contenido obligacional que se deriva de la interpretación prescriptiva de una disposición de derecho fundamental está permitido o prohibido en el ordenamiento jurídico o si existiendo y estando permitido el ejercicio del derecho fundamental no se cuentan con las acciones o procedimientos que permitan su cumplimiento efectivo. Por lo cual la ausencia de una ley que desarrolle normativamente la norma o posición adscrita a una disposición constitucional no favorece en nada la exigibilidad o el ejercicio de un derecho fundamental de protección.

Por lo anterior, una omisión legislativa absoluta puede generar la vulneración y protección deficiente de un derecho fundamental de protección cuando la inexistencia de una ley que desarrolle y concretice dicho derecho dificulta o imposibilita el ejercicio del derecho que toda ley contiene implícitamente, por lo cual no se podrá exigir o se dificultara el cumplimiento de la norma o posición adscrita prima facie e interpretativamente a una disposición de derecho fundamental. En otras palabras, en la presente investigación se relaciona la omisión legislativa absoluta con la vulneración de los derechos fundamentales, por lo tanto el órgano legislativo tiene la obligación constitucional de desarrollar los derechos fundamentales como una exigencia adicional de su respeto y protección efectiva.

La acción de inconstitucionalidad por protección deficiente tiene como objeto determinar la simple inconstitucionalidad de la omisión legislativa absoluta, es decir le corresponde a la Corte Constitucional determinar si una abstención legislativa en tal sentido vulnera y genera una protección deficiente de un derecho fundamental de protección, por lo cual de comprobarse la afectación legislativa negativa de dicho derecho fundamental, la Corte Constitucional exhortará al legislador para que un término perentorio, prudente y adecuado cumpla con el deber constitucional transgredido, y de ser necesario dictará los lineamientos constitucionales que considere deben ser tenidos en cuenta en el proceso y debate político de creación de la ley omitida o no expedida oportunamente, sin que dichos lineamientos sean considerados como una predeterminación del contenido de la ley sino tan solo la indicación concreta y precisa de las circunstancias que están generando la protección deficiente del derecho fundamental vulnerado con la omisión legislativa absoluta. De esta manera se garantiza el respeto por la competencia legislativa para configurar la Constitución y se insta o recuerda al órgano legislativo que por expreso mandato de la misma Constitución debe desarrollar normativamente y hacer efectivos las disposiciones constitucionales mediante las leyes.

El exhorto que realiza la Corte Constitucional al órgano legislativo para que mediante una ley desarrolle normativamente el derecho fundamental vulnerado con la omisión legislativa absoluta, tiene un contenido obligatorio vinculante para el legislador, debido a que si en el término perentorio establecido por la Corte Constitucional el legislador no ha expedido la ley que se le insto crear, dicha Corporación haciendo uso de las prerrogativas o facultades que se derivan de su condición de legislador positivo y de guardián de la integridad y la Supremacía Constitucional, expedirá una sentencia aditiva mediante la cual regulará y desarrollará normativamente el derecho fundamental afectado, garantizando de esta manera su protección efectiva, sin que dicha circunstancia constituya la extralimitación de sus funciones, pero si la corrección de la negligencia o despreocupación del legislador de cumplir con su deber constitucional de desarrollar las disposiciones constitucionales mediante las leyes; corrección que está permitida por la misma Constitución al establecer los principios constitucionales de separación de poderes por colaboración armónica, de efectividad de los derechos y de Supremacía Constitucional.

La sentencia aditiva que expide la Corte Constitucional por motivo del incumplimiento del exhorto realizado al legislador, se justifica en el deber constitucional de proteger a la Constitución de las desviadas o negligentes voluntades políticas del legislador y en la necesidad de llenar el hipotético vacío legislativo que puede generar la omisión legislativa absoluta. Se califica de “hipotético” el vacío legislativo porque de acuerdo con la doctrina jurisprudencial de la Corte Constitucional en el ordenamiento jurídico colombiano no existen vacíos normativos, por la existencia de los jueces no pueden existir lagunas en el derecho, esto es, que toda decisión que se presente a la jurisdicción tiene una solución judicial. No obstante, la aplicación de la teoría de la plenitud hermética del derecho no obsta para que en casos determinados se puedan presentar situaciones jurídicas con ausencia de regulación normativa, como sería el caso de las omisiones legislativas absolutas, debido a que la inexistencia de una ley que desarrolle normativamente un derecho fundamental de protección puede vulnerar

su contenido esencial, generando que el efecto normativo de dicha abstención legislativa no sea otro diferente al de un vacío legislativo que puede generar la protección deficiente de un derecho fundamental de protección, por lo cual la Corte Constitucional debe corregir dicha circunstancia exhortando inicialmente al legislador para que desarrolle la disposición constitucional vulnerada mediante una ley, garantizando de esta manera el respeto por la competencia legislativa de configuración constitucional y en caso de que el legislador no cumpla con el exhorto en el término perentorio establecido, la Corte Constitucional deberá expedir una sentencia aditiva regulando y desarrollando normativamente el derecho fundamental vulnerado por la reiterada omisión legislativa absoluta, corrigiendo de esta manera la negligencia o despreocupación del legislador de desarrollar las disposiciones constitucionales mediante las leyes y demostrando que en el ordenamiento jurídico colombiano no existen vacíos normativos porque existen los jueces, en especial el juez constitucional.

Corolario a lo anterior, es claro que la acción de inconstitucionalidad por protección deficiente tan solo se puede interponer cuando se demuestre mínimamente que una omisión legislativa absoluta puede generar una vulneración y una protección deficiente de un derecho fundamental de protección, debido a que la inexistencia de una ley que lo desarrolle o concrete normativamente dificulta o imposibilita su exigibilidad y cumplimiento de manera directa, por lo cual para hacer uso de dicha acción de inconstitucionalidad tan solo se exige la verificación de un agravio personal y directo de un derecho fundamental.

Como se pudo constatar anteriormente, la Corte Constitucional Colombiana desde el año de 1.996 estableció como doctrina jurisprudencial la improcedencia de la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta, debido a que por la inexistencia de una ley no se puede realizar dicho control constitucional, por lo cual dicha Corporación realizando una interpretación restrictiva del artículo 241 de la Constitución Política se ha declarado incompetente, inhibiéndose para tomar una decisión de fondo sobre las demandas de inconstitucionalidad que versen

sobre dichas abstenciones legislativas. No obstante, lo curioso y extraño es que ha recurrido al denominado “exhorto constitucional” para tratar de corregir la negligencia o despreocupación del legislador de cumplir con su deber constitucional de desarrollar las disposiciones constitucionales mediante las leyes.

Al respecto, ha dicho la Corte Constitucional:

- “Aunque la inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta se encuentra proscrita porque no hay acto que comparar con la norma superior, esto no ha impedido que la Corte, en diversas oportunidades, haya acudido a los exhortos al legislador, para que en un plazo razonable, expida la legislación que se echa de menos a la luz de los mandatos constitucionales”.³⁴
- “En los eventos de omisión legislativa absoluta se presenta un tipo distinto de exhorto, cuando la Corte advierte que el legislador ha omitido una regulación que debe expedir de acuerdo con la Constitución, pero concluye que la solución de dicha omisión, en razón de la naturaleza de la misma, se encuentra por fuera del ámbito de la competencia del juez constitucional, razón por la cual sólo cabe un llamado al legislador, para que en ejercicio de su potestad de configuración, proceda a hacer efectivos los mandatos constitucionales”.³⁵

Por lo anterior, se hace necesario e imprescindible establecer los fundamentos constitucionales mediante los cuales se justifica la competencia de la Corte Constitucional para realizar el control constitucional y tomar una decisión de fondo sobre las demandas de inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta. Sin olvidar que dichas abstenciones legislativas también pueden ser controladas constitucionalmente mediante la acción de tutela, no obstante en la presente investigación solo se plantea y desarrolla la acción de inconstitucionalidad por considerarse que genera mayores garantías de protección efectiva para los

³⁴ Sentencia C- 489 de 2012. M.P. Adriana María Guiller Arango.

³⁵ Sentencia C- 728 de 2009. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

derechos fundamental de protección, afirmación que se sustenta en los efectos erga omnes que generan las sentencias de inconstitucionalidad y en la facultad que tiene la Corte Constitucional para modular los efectos de sus sentencias.

5.3.2 Competencia de la Corte Constitucional para conocer de la acción de inconstitucionalidad por protección deficiente.

Como se dijo anteriormente la acción de inconstitucionalidad por protección deficiente es una acción pública que tiene todo ciudadano colombiano para solicitar a la Corte Constitucional el control constitucional de las omisiones legislativas absolutas teniendo como parámetro evaluador que una omisión en tal sentido puede generar una vulneración y una protección deficiente de un derecho fundamental de protección. Corresponde a la Corte Constitucional conocer y realizar dicho control constitucional debido a que por mandato constitucional se le confió la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución.

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 constitucional de legislar puede entenderse como una desobediencia flagrante de los mandatos superiores y como una posible vulneración y protección deficiente de un derecho fundamental (trasgresión del contenido esencial de un derecho fundamental).

Por lo tanto, la Corte Constitucional Colombiana al derivar su incompetencia para realizar un control constitucional y tomar una decisión de fondo sobre las demandas de inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta de la

interpretación restrictiva del numeral 4° del artículo 241³⁶ de la Constitución Política, comete un error interpretativo. debido a que el control constitucional no se realiza al texto o disposición legal, sino al contenido material o a las normas que interpretativamente se adscriben al enunciado legal, esto es, el control constitucional se realiza a los contenidos normativos (norma o posición de derecho fundamental) que se derivan de los enunciados legales, por lo cual una omisión legislativa absoluta puede tener un contenido normativo que para el caso sería la protección deficiente de un derecho fundamental debido a que la ausencia de una ley que desarrolle o concretice dicho derecho dificultad o imposibilita su exigibilidad y cumplimiento.

La doctrina jurisprudencial de la Corte Constitucional es poco entendible, debido a que si bien la Constitución tiene una fuerza vinculante que permite exigir su cumplimiento de manera directa, por la gran indeterminación normativa del sistema constitucional, en especial de las disposiciones constitucionales que contienen derechos fundamentales se requiere en la gran mayoría de los casos de una ley que permita el desarrollo y concretización normativa de los preceptos constitucionales, es decir se requiere de una ley que de mayor especificidad a las disposiciones constitucionales garantizando de esta manera su exigibilidad y cumplimiento. Por lo tanto, de presentarse una omisión legislativa absoluta que vulnere un derecho fundamental, la Corte Constitucional debería realizar el control constitucional a dicha abstención legislativa y si es el caso exhortar al órgano legislativo para que en el término perentorio que considere pertinente dicha Corporación desarrolle normativamente el derecho vulnerado, garantizando el respeto por el contenido esencial de los derechos fundamentales, el principio constitucional de efectividad de los derechos y el principio de la Supremacía Constitucional.

³⁶ Art. 241 de la Constitución Política. **A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución**, en los términos estrictos y precisos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:

4) Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, **tanto por su contenido material** como por vicios de procedimiento en su formación.

Por lo anterior, de un análisis más profundo del numeral 4° del artículo 241 constitucional se puede concluir que la propia Constitución señaló que salvo en los vicios de formación, el control constitucional no recae sobre el texto legal como tal sino sobre su contenido material, esto es sobre las normas contenidas en la ley.

La propia práctica de la Corte confirma lo anterior. Así, si un ciudadano impugna un texto legal pero éste carece de toda fuerza normativa, la Corte debe inadmitir la demanda, a pesar de que se ha acusado un texto legal vigente, pues no existe ningún contenido normativo o proposición jurídica sobre el cual pueda recaer el pronunciamiento de la Corte, por lo cual éste sería inocuo. Por ende, si el Legislador no expide una normatividad sobre un tema, ello no significa que la materia deje de estar regulada sino que su regulación es diferente a la que existiría de haber sido expedida la correspondiente legislación. **La conclusión es entonces obvia: las omisiones legislativas absolutas tienen efectos normativos, pues la ausencia de texto legal produce normas.**

En ese orden de ideas, si el control constitucional recae sobre las normas, y las omisiones legislativas absolutas tienen efectos normativos, se concluye que puede haber en el constitucionalismo colombiano un cierto control sobre las omisiones legislativas absolutas, el cual debe realizarse sobre la norma derivada de la omisión legislativa, la cual puede ser contraria a la Constitución.

Por lo anterior, las omisiones legislativas absolutas si pueden ser objeto de control constitucional debido a que pueden tener un contenido material o efecto normativo consistente en una vulneración o protección deficiente de un derecho fundamental de protección cuando dicha intervención legislativa fáctica impide o dificulta el ejercicio del derecho garantizado por una norma o posición adscrita prima facie a una disposición de derecho fundamental. De esta manera la Corte Constitucional al exhortar el legislador para que expida la ley omitida o no creada oportunamente podrá corregir la negligencia o despreocupación del legislador de cumplir con su deber constitucional de desarrollar los preceptos constitucionales mediante las

leyes, garantizando de esta manera la Supremacía Constitucional y el contenido esencial de los derechos fundamentales.

En otras palabras, una omisión legislativa absoluta además de ir en contra de la disposición constitucional que ordena una actuación legislativa determinada (cuando expresamente existe la obligación en la Constitución), también puede generar la vulneración de una norma y su correlativa posición de derecho fundamental adscrita prima facie a una disposición constitucional, debido a que la inexistencia de una ley que desarrolle normativamente dicho derecho fundamental dificulta o imposibilita su exigibilidad y cumplimiento de manera directa.

Por otra parte, es claro que la Corte Constitucional tan solo realizó una interpretación exegética y restrictiva del numeral 4° del artículo 241 de la Constitución, por lo cual tan solo tuvo en consideración lo literal de las palabras establecidas en tal disposición constitucional, circunstancia que genera una insuficiencia interpretativa y argumentativa debido a que se debió realizar y preferir una interpretación sistemática y teleológica que permitiera establecer el fin del enunciado constitucional y lograr una interpretación en contexto o en coherencia con las demás disposiciones constitucionales en especial con aquellas que contienen valores constitucionales, principios constitucionales y derechos fundamentales, garantizando de esta manera una **interpretación más conforme a la Constitución**, la cual a mi sentir daría como resultado la procedencia de la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta en los casos en que la ausencia de desarrollo legislativo de un precepto constitucional genere una vulneración de derechos fundamentales debido a que la falta de desarrollo normativo dificulta o imposibilita la exigibilidad y cumplimiento de dichos derechos.

La Corte Constitucional debió realizar y preferir una interpretación sistemática y teleológica porque de la interpretación de los artículos 1°, 2°, 3°, 4°, 6°, 40 numeral 6°, 89, 133, 150 y 241 numeral 4° de la Constitución Política, se puede establecer la procedencia de la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa

absoluta, debido a que si Colombia es un Estado Social de Derecho, democrático y pluralista, fundado en el respeto de la dignidad humana y la prevalencia del interés general, donde todas las autoridades y poderes públicos deben garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, donde la soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público, donde existe la garantía de la Supremacía Constitucional, donde las autoridades y poderes públicos deben responder por sus acciones, omisiones y extralimitaciones en el ejercicio de sus funciones, donde es obligación constitucional del legislador hacer las leyes, donde el Congreso es un órgano de elección directa, representa al pueblo y es responsable políticamente ante la sociedad y frente a sus electores del cumplimiento de las obligaciones propias de su investidura, donde todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, para lo cual puede interponer una acción en defensa de la Constitución cuando considere que una omisión legislativa absoluta vulnera derechos fundamentales porque genera una protección deficiente de los mismos, por lo cual la Corte Constitucional como guardián de la integridad y Supremacía Constitucional debería realizar un control constitucional a dichas abstenciones legislativas y si es el caso exhortar al legislador, dándole un término perentorio, prudente y necesario para que cumpla con el deber constitucional trasgredido y de esta manera se pueda corregir la negligencia o despreocupación del legislador de desarrollar los preceptos constitucionales mediante las leyes.

Es claro que la Corte Constitucional no debe realizar un control constitucional en abstracto de lo que el legislador genéricamente ha dejado de desarrollar mediante una ley porque esto implicaría la vulneración de la competencia legislativa de configuración constitucional, la cual le permite al legislador escoger el contenido de la ley entre una multiplicidad de alternativas de acción, mediante las cuales concretiza los enunciados constitucionales y regula la vida política, social y económica de un Estado. No obstante, dicha competencia legislativa no puede impedir que en casos específicos se pueda acudir a dicha Corporación para

solicitar un control constitucional que permita corregir la negligencia o despreocupación del legislador de desarrollar los preceptos constitucionales mediante las leyes cuando se pueda determinar que la inexistencia de una ley genera una vulneración a derechos fundamentales, debido a que la ausencia de una ley genera una protección deficiente de dichos derechos, por lo cual la falta de desarrollo normativo dificulta o imposibilita la exigibilidad y cumplimiento de un derecho fundamental.

En este orden de ideas, la competencia de la Corte Constitucional para conocer y realizar el control constitucional a las omisiones legislativas absolutas, se encuentra claramente justificada en el deber constitucional que tienen todos los poderes y órganos del Estado, en especial el órgano legislativo de respetar y garantizar la protección de los siguientes principios constitucionales:

1. Estado Social de Derecho.
2. Respeto de la Dignidad Humana.
3. La prevalencia del interés general.
4. Efectividad de los derechos y fines del Estado.
5. Respeto por el contenido esencial de los derechos fundamentales.
6. La soberanía popular.
7. Principio democrático.
8. La Supremacía Constitucional,
9. Responsabilidad jurídica de los poderes y órganos públicos.
10. El derecho político que tiene todo ciudadano de interponer acciones públicas en defensa de la Constitución.
11. La protección judicial de los derechos.
12. la obligación constitucional del legislador de crear las leyes y su responsabilidad política ante la sociedad y los electores por el cumplimiento de sus funciones.
13. El bloque de constitucionalidad.

14. La Corte Constitucional como guardián de la integridad y supremacía de la Constitución.

5.3.3 Metodología de aplicación de la acción de inconstitucionalidad por protección deficiente.

El criterio interpretativo y metodológico propuesto para analizar y decidir la presente acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta es el principio de proporcionalidad en su versión de prohibición de protección deficiente.

El principio de proporcionalidad en su versión de prohibición de protección deficiente es un criterio estructural para la determinación del contenido normativo de los derechos fundamentales, con cuya aplicación puede determinarse si un acto estatal –por antonomasia una omisión—vulnera un derecho fundamental de protección.

La prohibición de protección deficiente tiene la misma estructura general que la prohibición por exceso. Esta versión del principio de proporcionalidad se compone de dos presupuestos de aplicación: la adscripción prima facie a un derecho fundamental de la posición afectada y la catalogación del acto examinado como una intervención en el derecho; y tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. No obstante debe tenerse en cuenta las siguientes aclaraciones:

- La posición que se adscribe, es un derecho fundamental de protección, que impone al legislador un deber de actuación, consistente en realizar el objeto de la posición iusfundamental en la mayor medida posible.
- El objeto de control de constitucionalidad en la prohibición de protección deficiente es una abstención legislativa que no protege el derecho

fundamental o que lo protege deficientemente por no favorecer su realización en la mayor medida posible.

- Una abstención legislativa que no proteja un derecho fundamental de manera óptima, vulnera las exigencias del principio de proporcionalidad, cuando no favorece la realización o ejercicio de la norma o posición adscrita interpretativamente a una disposición de derecho fundamental.
- Una abstención legislativa que no proteja un derecho fundamental de manera óptima, vulnera las exigencias del principio de proporcionalidad, cuando existe otra medida legislativa alternativa que favorezca la protección efectiva del derecho fundamental de protección, como lo sería la expedición de la ley omitida o no creada oportunamente.

Corolario a lo anterior, la Corte Constitucional Colombiana debería adoptar la dogmática jurisprudencial del Tribunal Constitucional alemán que mediante el recurso de la “Queja de constitucionalidad” o “Verfassungsverletzung”, ha relacionado la omisión legislativa con la vulneración de los derechos fundamentales y por tanto ha establecido la obligación al órgano legislativo de desarrollar los derechos fundamentales como una exigencia adicional de su respeto y protección efectiva, de la cual se deduce la obligación de corregir provisiones legislativas defectuosas o aquellas que quedan desfasadas por circunstancias sobrevenidas, en cuanto resulte necesario para la protección efectiva de los derechos fundamentales.

6. CONCLUSIONES

- La indeterminación normativa de los derechos fundamentales debe ser considerada como una propiedad lógica inherente al lenguaje de las disposiciones constitucionales, que además constituye una condición indeclinable para el funcionamiento del proceso democrático y para la adaptación del derecho al cambio de los tiempos. A causa de este hecho, el legislador determina y actualiza los contenidos vinculantes de los derechos fundamentales mediante las leyes.
- El principio de proporcionalidad sólo se aplica cuando el contenido normativo de los derechos fundamentales aparezca indeterminado en el texto de la Constitución. Resulta superfluo el recurso a este principio cuando el contenido de los derechos puede reconocerse con la simple lectura de las disposiciones constitucionales. Cabe advertir que el principio de proporcionalidad no excluye la aplicación de otros criterios interpretativos, ni elimina los juicios normativos ni valorativos.
- El legislador se encuentra vinculado al principio de proporcionalidad por las siguientes tres razones. En primer lugar porque la competencia legislativa para configurar la constitución no es absoluta, se encuentra limitada por las disposiciones constitucionales y de manera especial por aquellos que contienen derechos fundamentales y principios constitucionales, que en el marco de un Estado Constitucional Democrático representan el límite material de la función legislativa. En segundo lugar porque el legislador tiene el deber constitucional de respetar en el proceso de creación de las leyes el contenido esencial de los derechos fundamentales, so pena, de que dicha medida sea considerada como una intervención legislativa desproporcionada y por tanto inconstitucional. Y en tercer lugar porque por mandato constitucional le corresponde al órgano legislativo determinar mediante las leyes el contenido normativo de los derechos fundamentales, y es de aceptación generalizada que el principio de

proporcionalidad es el criterio interpretativo y metodológico que ofrece mayores garantías de racionalidad en dicho proceso de determinación normativa.

- La Corte Constitucional Colombiana al derivar su incompetencia para realizar un control constitucional y tomar una decisión de fondo sobre las demandas de inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta de la interpretación restrictiva del numeral 4° del artículo 241 de la Constitución Política, comete un error interpretativo. debido a que el control constitucional no se realiza al texto o disposición legal, sino al contenido material o a las normas que interpretativamente se adscriben al enunciado legal, esto es, el control constitucional se realiza a los contenidos normativos (norma o posición de derecho fundamental) que se derivan de los enunciados legales, por lo cual una omisión legislativa absoluta puede tener un contenido normativo que para el caso sería la protección deficiente de un derecho fundamental debido a que la ausencia de una ley que desarrolle o concrete dicho derecho dificultad o imposibilita su exigibilidad y cumplimiento.

- De un análisis más profundo del numeral 4° del artículo 241 constitucional se puede concluir que la propia Constitución señaló que salvo en los vicios de formación, el control constitucional no recae sobre el texto legal como tal sino sobre su contenido material, esto es sobre las normas contenidas en la ley.

- Las omisiones legislativas absolutas si pueden ser objeto de control constitucional debido a que pueden tener un contenido material o efecto normativo consistente en una vulneración o protección deficiente de un derecho fundamental de protección cuando dicha intervención legislativa fáctica impide o dificulta el ejercicio del derecho garantizado por una norma o posición adscrita prima facie a una disposición de derecho fundamental.

- Partiendo de la base de que una omisión legislativa absoluta puede generar una vulneración de derechos fundamentales de protección por ser una intervención fáctica en un derecho fundamental que impide o dificulta el ejercicio

del derecho garantizado por una norma o posición adscrita prima facie a una disposición de derecho fundamental, se puede establecer que toda ley contiene implícitamente un derecho, debido a que toda ley representa el desarrollo normativo de un precepto constitucional, bien sea la concretización jurídica de un valor constitucional, de un principio constitucional o de un derecho fundamental.

- Si aceptamos que las leyes contienen implícitamente un derecho, la omisión legislativa absoluta representa una clara vulneración al derecho de exigir el desarrollo y concretización normativa de las disposiciones constitucionales, en especial de aquellas disposiciones que contienen derechos fundamentales que por su naturaleza jurídica presentan mayor indeterminación normativa y requieren en la mayoría de los casos para poder garantizar su exigibilidad y cumplimiento de un desarrollo normativo mediante una ley.
- La acción de inconstitucionalidad por protección deficiente es una acción pública que tiene todo ciudadano colombiano para solicitar a la Corte Constitucional el control constitucional de las omisiones legislativas absolutas teniendo como parámetro evaluador que una omisión en tal sentido puede generar una vulneración y una protección deficiente de un derecho fundamental de protección cuando la inexistencia de una ley que lo desarrolle o concrete normativamente dificulta o imposibilita su exigibilidad y cumplimiento de manera directa.
- La acción de inconstitucionalidad por protección deficiente tan solo se puede interponer cuando se demuestre mínimamente que una omisión legislativa absoluta puede generar una vulneración y una protección deficiente de un derecho fundamental de protección, debido a que la inexistencia de una ley que lo desarrolle o concrete normativamente dificulta o imposibilita su exigibilidad y cumplimiento de manera directa, por lo cual para hacer uso de dicha acción de inconstitucionalidad tan solo se exige la verificación de un agravio personal y directo de un derecho fundamental.

- La acción de inconstitucionalidad por protección deficiente faculta a la Corte Constitucional para que realice un exhorto al legislador a fin de que este desarrolle mediante una ley la disposición constitucional vulnerada con la omisión legislativa absoluta, garantizando de esta manera el respeto por la competencia legislativa de configuración constitucional, no obstante en caso de que el legislador no cumpla con el exhorto en el término perentorio establecido, dicha Corporación deberá expedir una sentencia aditiva regulando y desarrollando normativamente el derecho fundamental vulnerado, corrigiendo de esta manera la negligencia o despreocupación del legislador de desarrollar las disposiciones constitucionales mediante las leyes.

BIBLIOGRAFÍA

BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de constitucionalidad y los derechos fundamentales. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales. 2003.

CARMONA CONTRERAS, Ana M. La configuración constitucional del Decreto-Ley. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales. 1997. p. 37- 76.

Constitución Política de Colombia artículos 1, 2, 3, 4, 6, 40 # 6, 89, 94, 133, 150, 241 y 242.

DE OTTO, Ignacio. Derecho constitucional y sistema de fuentes. 2ª ed. Barcelona: Ariel, 2001.

GONZALES BEILFUSS, Markus. Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa. Madrid. Centro de estudios políticos y constitucionales. 2000. p. 31- 66.

GUASTINI, Ricardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. Editorial Trotta, p. 49- 73.

MOLINA BETANCUR, Carlos Mario y otros. Derecho constitucional general. Colombia. Universidad de Medellín. 2013. p. 318; 359- 388; 516- 518.

VILLOTA BENAVIDES, María Susana. Revista facultad de derecho y ciencias políticas. Vol. 42, No. 117 (2012). Medellín. “El control de constitucionalidad a las omisiones legislativas en el contexto del Estado social de derecho”.

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

Sentencia C- 427 de 2000. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Sentencia C- 780 de 2003. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Sentencia C- 1154 de 2005. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Sentencia C- 192 de 2006. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Sentencia C- 131 de 2006. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

Sentencia C- 728 de 2009. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Sentencia C- 533 de 2012. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

Sentencia C- 489 de 2012. M.P. Adriana María Guiller Arango.

Sentencia C- 330 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Sentencia C- 359 de 2013. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

WEBGRAFÍA

http://www.fuac.edu.co/recursos_web/documentos/derecho/revista_criterio/articulo_sgarantista1/11luisdiaz.pdf

http://www.cecocch.cl/docs/pdf/revista_ano7-2-2009/estudios_el_control.pdf

http://www.confeuconstco.org/reports/rep-xiv/report_Spain_sp.pdf

<http://www.ordenjuridico.gob.mx/Publicaciones/Tesis2008/T8.pdf>