

T2_CRV-IX-10-16

CRV-IV-III-11

SERVICIOS DE INVESTIGACIÓN Y ANÁLISIS

DIRECCIÓN

CONGRESO REDIPAL VIRTUAL IX

*Red de Investigadores Parlamentarios en Línea
Marzo-septiembre 2016*

Ponencia presentada por

Julio Armando Rodríguez Ortega

“LA OMISION LEGISLATIVA EN DERECHOS HUMANOS”

Abril 2016

El contenido de la colaboración es responsabilidad exclusiva de su autor, quien ha autorizado su incorporación en este medio, con el fin exclusivo de difundir el conocimiento sobre temas de interés parlamentario.

Av. Congreso de la Unión N°. 66, Colonia El Parque; Código Postal 15969,
México, DF. Teléfonos: 018001226272; (+52 ó 01) 55 50360000, Ext. 67032, 67034
e-mail: redipal@congreso.gob.mx

LA OMISION LEGISLATIVA EN DERECHOS HUMANOS

Julio Armando Rodríguez Ortega¹

RESUMEN

Esta ponencia, demuestra que la omisión legislativa en la mayor parte de los Estados latinoamericanos es la más importante fuente de vulneración de los derechos humanos, pues gracias a este silencio legislativo, las generosas cartas de derechos, consagradas en las constituciones se han convertido en una especie de principio constitucional programático y más bien retórico que carece de eficacia. La vigencia y eficacia de estos derechos depende principalmente de una actividad positiva del Estado para su plena realización, y ello explica por qué son las omisiones la forma normal e impune por la cual son vulnerados los mismos. La efectividad y la eficacia de las garantías previstas en los ordenamientos jurídicos que requieren conductas positivas del Estado o de los particulares, y que en la mayor parte de los casos son prestaciones o derechos de naturaleza socio económica se verían significativamente menguados, vulnerados y declarados casi inexistentes careciendo en la práctica de valor normativo alguno, debido a omisiones legislativas. Se caracteriza conceptualmente en esta ponencia la denominada omisión legislativa y la aplica en lo referente a los derechos humanos. Se hacen precisiones conceptuales, de carácter jurídico en la doctrina nacional e Internacional y se identifican los casos particulares de omisión legislativa, haciendo notar sus consecuencias particularmente en el caso de los derechos humanos.

¹ Doctor en Derecho. Universidad Nacional de Colombia.

INTRODUCCION

La Inconstitucionalidad por Omisión se produce cuando un órgano del Estado no ejecuta un deber constitucional, ya sea éste expreso o tácito. Tal concepción se fundamenta en el principio de la supremacía constitucional, significando que el legislativo no puede eludir sus obligaciones dilatando indefinidamente una obligación impuesta por la carta política.

La Constitución no es un documento subordinado a la voluntad política de los gobernantes de turno: su fuerza normativa obliga y vincula, y en consecuencia la totalidad del ordenamiento jurídico, es decir, las normas infra constitucionales y los hechos, actos u omisiones, tanto de autoridades como de particulares, se encuentran compelidos bajo la supremacía constitucional.²

La alusión a la existencia de un mandato concreto de legislar, tiene importancia en relación con algunas de las manifestaciones de la inconstitucionalidad por omisión, si se tiene en cuenta la distinción entre las exigencias constitucionales concretas de legislar y el deber general de legislar contenido en las Constituciones. En cualquier caso, importa observar que la imposibilidad de calificar una norma constitucional como generadora de un mandato concreto de legislar no implica que deba quedar fuera de consideración al apreciar la existencia de una inconstitucionalidad por omisión, ya no por falta de desarrollo del mandato, sino por la regulación incompleta o deficiente de alguna materia, en contravención de la Constitución.

La referencia a un mandato constitucional de legislar implica que el legislador carece de libertad en cuanto a la determinación de la necesidad del desarrollo legislativo, pues el mandato entraña una orden o exigencia relativa a la aprobación de una norma. El deber constitucional no consiste en hacer algo en un determinado plazo, sino en hacerlo desde el momento en que la Constitución está vigente; aunque la fijación de ese momento quede a la voluntad de la decisión del legislador.

² BIDART CAMPOS, German J. El derecho de la Constitución y su fuerza normativa. Buenos Aires, 1995, p. 468

1. ASPECTOS CONCEPTUALES SOBRE LA OMISION LEGISLATIVA

El concepto de omisión legislativa implica por sí solo la inobservancia de la Constitución, mientras que se acude a los términos inactividad o silencio cuando la pasividad del legislador no es censurable constitucionalmente, dado que la Constitución a menudo faculta al legislador pero no lo obliga a legislar en una materia determinada, a pesar de la existencia de silencios del legislador.

La expresión omisión legislativa es muy usada como sinónimo de inconstitucionalidad por omisión.³

La omisión legislativa se refiere a una inactividad del legislador en el desempeño de la función que, a pesar de las transformaciones operadas en el Estado constitucional, sigue marcando su distinción de las otras ramas del poder público: la de dictar leyes.⁴

La omisión legislativa inconstitucional, o inconstitucionalidad por omisión, se produce cuando el legislador no realiza en un tiempo razonable o en el que haya sido fijado constitucionalmente, el mandato de legislar. Igualmente cuando, en el cumplimiento de la función legislativa, se dicta una regulación no acorde con la Carta Magna. En términos generales la omisión legislativa se presenta no sólo cuando se desconocen mandatos concretos de legislar, sino también cuando se regula una materia de manera incompleta o deficiente desde el punto de vista constitucional.

La problemática de las omisiones legislativas es fundamentalmente una variante de la problemática más general de las relaciones entre el legislador y los Tribunales, de la que se ha ocupado atendiendo particularmente a la demarcación de los límites de la jurisdicción constitucional, centrándose en el estudio de la operatividad de las

³ BAZÁN, Víctor *Inconstitucionalidad por omisión*, Temis, Bogotá, 1997; Carbonell, Miguel *En busca de normas ausentes*, UNAM, México D. F., 2003;

⁴ VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio, *La inconstitucionalidad por omisión*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.

técnicas jurisdiccionales disponibles para la mejor garantía de la efectividad de la Constitución sin merma de la libertad del legislador democrático.

La inconstitucionalidad por omisión legislativa tiene su origen en el hecho de que no todas las normas constitucionales pueden aplicarse directamente, sino que muchas de ellas tienen eficacia diferida, al requerir posterior detalle para su debida aplicación. En tal sentido Gustavo Zagrebelski, hace las siguientes precisiones:

1. Existen Normas constitucionales de eficacia directa: cuando la estructura de la norma constitucional es suficiente, para servir de regla en casos concretos, debe ser utilizada directamente por todos los sujetos del ordenamiento jurídico, trátase de los jueces, de la administración pública o de particulares.

2. Existen Normas constitucionales de eficacia indirecta: cuando la estructura de las normas constitucionales no es lo suficiente para servir como regla de casos concretos. Su operatividad requiere una posterior intervención normativa como es el caso de normas de organización que necesitan una disciplina normativa posterior a la establecida en la Constitución o las normas constitucionales que contienen la formulación de principios jurídicos, que necesitan de una posterior actividad de concreción que relacione el principio con los casos específicos, o las Normas constitucionales programáticas más bien referidas a esencialmente a aspectos político-sociales.⁵

Otros autores mencionan *omisiones legislativas absolutas* cuando hay ausencia total de la norma que debería regular una determinada situación jurídica fijada constitucionalmente. En otro sentido *omisiones legislativas relativas*, en las que el legislador, al propulsar la norma para "obedecer" el mandato "constitucional", favorece a ciertos grupos y olvida a otros. Habrá omisión relativa cuando en el cumplimiento del mandato constitucional en el tratado internacional sobre derechos

⁵ ZAGREBELSKI, Gustavo. La Constitución y sus normas. Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos, México, Porrúa, 2.005; Paginas 54-58

humanos con jerarquía constitucional, el órgano legislativo encargado de efectivizarlo no lo hace.⁶

Los valores y los principios constitucionales no solamente deben operar cuando una norma o un acto los lesionan, o en sentido positivo— cuando no les dan desenvolvimiento, aspecto este que se equipara a la omisión constitucional. La Constitución se vulnera no solamente cuando se hace lo que ella prohíbe hacer, sino también cuando se deja de hacer lo que ella manda que se haga. No hay zona alguna de reserva que el ejecutivo, el Congreso o la administración puedan invocar para eximirse de hacer lo que la Constitución manda que hagan.⁷

La inconstitucionalidad por omisión se presenta cuando no hay desarrollo por parte del poder Legislativo, durante un tiempo excesivamente largo, de aquellas normas constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo, de forma tal que se impide su eficaz aplicación. Omisión significa no hacer aquello a lo que se estaba constitucionalmente obligado. No basta en sí el deber general de legislar para tipificar la omisión inconstitucional, sino que debe estar vinculado con una exigencia constitucional de acción.

2. LA OMISION LEGISLATIVA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS.

La omisión legislativa en materia de derechos humanos, se ha caracterizado por un claro desfase entre la norma, generosa en el reconocimiento de los derechos, y la realidad sobre tales derechos, particularmente en los denominados derechos económicos, sociales y culturales. La Convención Americana de Derechos Humanos establece un desarrollo progresivo sujeto a la disponibilidad de recursos por parte del Estado, que para su efectiva realización, requiere de una acción positiva. Son múltiples las perspectivas desde las cuales se examina el contenido

⁶ BAZAN, Víctor. Respuestas normativas y jurisdiccionales frente a las omisiones inconstitucionales: una visión de derecho comparado?, en Carbonell, Miguel , p. 105

⁷ BIDART Campos, Germán. Algunas reflexiones sobre las omisiones constitucionales. En: Inconstitucionalidad por omisión. Víctor Bazán, coordinador. Bogotá: Temis, 1997, pp. 2-3

de la omisión legislativa, sin que exista coincidencia siquiera en relación con la terminología empleada para identificar la figura de la omisión legislativa con diferencias de criterio respecto de su significación o alcance, o también por la variada regulación.⁸

Cuando la omisión afecta al desarrollo de las previsiones constitucionales relativas a los Derechos Fundamentales, nos encontramos con una situación que repercute en la eficacia práctica de los mismos. Aunque estos derechos puedan ser aplicados de manera directa, la ausencia de desarrollo mengua su posición y fuerza. Ello reclama imperiosamente completar tal desarrollo y mitigar la omisión del mismo. Tal situación, en la actualidad, cobra singular relieve habida cuenta las destacadas dimensiones prestacionales que se predicán de los derechos, que en gran parte superan la vieja distinción entre derechos de libertad y de prestación, y el intenso carácter multifuncional que deben poseer los *derechos* del presente, dotados de una estructura compleja que lo hace casi siempre ineficaces⁹

Es el principio de IGUALDAD el que se ve afectado a causa de un incorrecto desarrollo legislativo, en donde se olvida a una serie de personas que debían ser contempladas como exigencia de su derecho a ser tratados iguales. Estas omisiones que hacen referencia a la vulneración del principio de igualdad por olvido de ciertos grupos en la legislación se califican doctrinalmente de omisiones relativas, aunque esta denominación a veces se amplía a otros supuestos de deficiente regulación por ausencia normativa. La vulneración del principio de igualdad puede ser evidenciable más fácilmente, que las omisiones absolutas o totales, ya que es posible emplear los mecanismos de control de constitucionalidad por acción.

⁸ BAZÁN, Víctor *Inconstitucionalidad por omisión*, Temis, Bogotá, 1997; Carbonell, Miguel *En busca de normas ausentes*, UNAM, México D. F., 2003;

⁹ VILLAVERDE M. Ignacio. *La inconstitucionalidad por omisión*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.

Las sentencias aditivas se utilizan en el ámbito comparado para resolver estas omisiones relativas.¹⁰ La omisión legislativa en relación con los DERECHOS SOCIALES, tiene que ver con la falta de desarrollo de los mismos, y de dotación presupuestaria que da lugar a su inaplicación. En el Derecho positivo actual no hay mecanismos prácticos eficaces para encontrar soluciones, pues estos derechos no se consideran en las constituciones como fundamentales y carecen de las vías especiales de protección, a pesar de la jurisprudencia, considerando que en sentido estricto, son auténticas normas jurídicas, que requieren vías efectivas de garantía. En el ámbito de los derechos sociales, la virtualidad de la acción de inconstitucionalidad por omisión para promover la actividad del poder público aporta indudablemente un respaldo importante y útil a la construcción del Estado Social de derecho.

Los derechos sociales son normas constitucionales de eficacia limitada que se traducen, algunos, en concretas obligaciones de desarrollo ulterior y su caracterización técnica, es la que permite defender la existencia de la inconstitucionalidad por omisión la omisión legislativa inconstitucional, cuando el legislador no observa, en un *tiempo razonable* o en el que haya sido fijado constitucionalmente, por la Constitución dicha obligación.

Frente a la acción de defensa de los derechos fundamentales, basada en la inconstitucionalidad por omisión vulnerada por una omisión relativa, es la jurisprudencia la encargada de realizar la interpretación correspondiente. La legitimación activa estaría en manos de aquel individuo o grupo que se viera excluido de una normativa concreta, con la consiguiente vulneración del principio de igualdad. La sentencia estimatoria tendría, en términos generales, que reponer los efectos de la vulneración atendiendo la norma a ese individuo o grupo no considerado por ella. De esta forma se resolvería el caso concreto. Supuestos distintos a esta protección de la igualdad serían los casos de la vulneración de un

¹⁰ RANGEL HERNÁNDEZ, Laura, *Inconstitucionalidad por omisión legislativa. Teoría general y su control jurisdiccional en México*, Porrúa, México D. F., 2009;

derecho fundamental por omisión absoluta de las medidas legislativas necesarias para dotarles de eficacia. El sujeto lesionado tiene que ostentar legitimación para recurrir y la sentencia tendría que resolver el caso a través de la directa aplicación del derecho fundamental, colmando de esta forma la laguna existente, que posee máxima relevancia jurídica. Los derechos fundamentales son fin en sí mismos expresión de la dignidad humana, condición sin la cual no podría operar el Estado constitucional democrático.¹¹

3. LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISION LEGISLATIVA.

La omisión legislativa inconstitucional es el incumplimiento de mandatos constitucionales permanentes y concretos, que se materializan en la inacción de una obligación constitucionalmente contemplada de legislar sobre una determinada materia para que la norma constitucional tenga eficacia plena. El Estado social de derecho exige la construcción de procedimientos que den respuesta eficaz a la compleja y rica realidad de nuestro tiempo. Uno de los principales desafíos es la construcción de la inconstitucionalidad por omisión, pese a que la doctrina en general no le ha prestado mucha atención, es la falta de desarrollo por parte del poder Legislativo, durante un tiempo excesivamente largo, de aquellas normas constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo, de forma tal que se impide su eficaz aplicación.¹²

Por un lado una inactividad y por otro una inconstitucionalidad. La idea de inconstitucionalidad parte de reconocer que las normas constitucionales son de obligatorio y concreto desarrollo, y que el tiempo transcurrido sin que ésta se produzca no es más que la ausencia de verdadera eficacia del precepto de la Ley Fundamental.

¹¹ BAZÁN, Víctor *Inconstitucionalidad por omisión*, Temis, Bogotá, 1997; Carbonell, Miguel *En busca de normas ausentes*, UNAM, México D. F., 2003;

¹² RAMÍREZ CLEVES Gonzalo. El Control Constitucional sobre las omisiones legislativas en Colombia. Ponencia. ii Jornadas Colombo Venezolanas de Derecho Constitucional. (2006). Gregorio Badeni. Reforma constitucional e instituciones políticas. Ad-Hoc. (1993).

Se han generado nuevas formas de omisión, debido a la obligación de los Estados de cumplir con las declaraciones, pactos, convenciones o tratados internacionales, incluso también con la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales que los interpretan. Cuando un Estado no cumple con un compromiso internacional por una actividad de su parte, se está generando una responsabilidad internacional para el Estado. En las sentencias transnacionales que hacen parte del derecho internacional de los derechos humanos, cuando está consagrada la imparcialidad plena, se sanciona de una forma directa a los Estados cuando estos vulneran la convención, como en el caso concreto del Pacto de San José de Costa Rica, en el cual está ratificada la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que cobija la garantía judicial efectiva de apelar a la protección inmediata de los ciudadanos fuera del sistema nacional, ejerciendo el Control de Convencionalidad y haciendo inoponible la ley nacional de los Estados.

Las omisiones inconvencionales, desde hace más de treinta años la Corte Interamericana viene realizando a través del llamado Control de Convencionalidad como función propia de la Corte Interamericana, al confrontar las actuaciones de los Estados con la Convención Americana, en los cuales hace un control abstracto del ordenamiento legal del Estado vs. la Convención. También en el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas, norma que es universalmente aceptada, con respaldo jurisprudencial.

La Convención Americana establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados, deber general del Estado Parte que implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas. Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, Dichas medidas sólo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención, caso contrario el Estado está incumpliendo con el

deber de adecuar su derecho interno a la Convención de modo a hacer efectivos los derechos consagrados en la misma.¹³

La introducción de la inconstitucionalidad por omisión podría activar los derechos sociales y económicos de manera pronta, puesto que los mismos deben establecer concretas obligaciones a cargo de los poderes públicos.

Estas directrices constitucionales y reglas de actuación administrativa son inexcusables frente a su cumplimiento por parte de los sujetos responsables. En el desarrollo práctico de la figura de la inconstitucionalidad por omisión podría preverse una responsabilidad patrimonial del Estado por daños causados por la inercia legislativa. Es cierto que correlativa a la obligación del Congreso de legislar existe el derecho subjetivo ciudadano a la legislación, que debe ser exigible por medio de este procedimiento de garantía constitucional.¹⁴

En Colombia, se ha producido una inacción lesiva de su espíritu y su letra por parte del poder Legislativo, dado que no se han desarrollado varios de los artículos constitucionales, como la Ley de Ordenamiento Territorial, el Estatuto del Trabajo, la participación de los trabajadores en las utilidades empresariales, normas de gran relevancia para superar en materia de derechos humanos las grandes desigualdades sociales, la politiquería y el clientelismo. Lo anterior ha dado lugar al grave deterioro de la credibilidad institucional y ha hecho que la democracia se convierta también en una entelequia que solo tienen sentido desde el punto de vista electoral. Desarrollar la constitución, cumplir lo ordenado por ella y enriquecerla implica incorporar la inconstitucionalidad por omisión para evitar el “fraude del legislativo” e involucrar el factor garantista de los derechos humanos.

¹³ FERRER MAC-GREGOR Eduardo. La inconstitucionalidad por omisión: implicaciones contemporáneas a la luz del Caso Marbury vs. Madison. P. L. Manili. Reflexiones sobre una sentencia bicentenaria. Porrúa.

¹⁴ DIAZ GAMBOA Luis Bernardo. La inconstitucionalidad por omisión. Necesidad de reconocimiento de la figura en Colombia como factor garantista de los derechos humanos. En; CRITERIO JURIDICO GARANTISTA, Universidad Autónoma de Colombia. Página 162.

En el desarrollo del estatuto normativo, se parte de la premisa de la validez jurídica de la norma, sostenida bajo el concepto positivista jurídico de la supremacía constitucional. Se desprende de esta idea que ninguna norma legislativa o administrativa puede contrariar por vía de acción el precepto legal. De acuerdo con lo anterior, es necesario instruir sobre la idea de que el legislador, el ejecutivo y los funcionarios administrativos también pueden atropellar el precepto jurídico por vía de omisión, razón por la cual se tiene obligación de actuar de una manera determinada para que tenga eficacia plena la norma constitucional.¹⁵

CONCLUSIONES

La realidad evidencia un grave problema respecto de la vigencia de los derechos humanos: el evidente desfase existente entre la norma, amplia y generosa en el reconocimiento de los derechos, y los hechos, plagados de ejemplos, de inaplicabilidad, ineficacia, y violaciones a esos derechos convertidos en puras entelequias. La gravedad de la situación se acentúa en lo que respecta a los denominados derechos económicos, sociales y culturales, que para su efectivización, y un desarrollo progresivo, están sujetos a la disponibilidad de recursos por parte del Estado casi siempre inexistentes.

Estos derechos se caracterizan principalmente por la actividad positiva que requieren del Estado para su efectiva realización, y ello explica por qué son las omisiones la forma normal por la cual son vulnerados los mismos. Si se limita la eficacia de las garantías previstas en los ordenamientos jurídicos sólo para aquellos supuestos en que la violación de los derechos se verifica a través de conductas positivas del Estado o de particulares, dejando así de lado el control de su afectación por medio de omisiones, estos derechos de naturaleza socio económica se verían significativamente menguados, careciendo en la práctica de valor normativo alguno.

¹⁵ GARZÓN-BUENAVENTURA Edgar F. La inconstitucionalidad por omisión: una revisión jurídica. dixi 20. Diciembre 2014. Pág. 29.

Ante las omisiones legislativas debe actuar la labor integradora desempeñada por los jueces, de tal forma que, ante la falta de regulación legislativa en una materia que constitucionalmente la requiere, el juez, a partir del principio de la razonabilidad que le ofrece el ordenamiento constitucional y legal proceda a cubrir la omisión legislativa para dotar de eficacia el precepto constitucional, con efectos en principio limitados al caso concreto pero que se generalizarían en virtud de reglas jurídicas que puedan entrar en juego, como la del precedente o la que establece, en nuestro Derecho, el carácter vinculante de las interpretaciones sentadas por la Sala Constitucional.

FUENTES DE CONSULTA

1. BAZÁN, Víctor *Inconstitucionalidad por omisión*, Temis, Bogotá, 1997;
Carbonell, Miguel *En busca de normas ausentes*, UNAM, México D. F., 2003;
2. BIDART CAMPOS, German J. (1995). El derecho de la Constitución y su fuerza normativa. Buenos Aires, Ediar, p. 468
2. CARPIO Marcos, Edgar y Eto Cruz, Gerardo, *El control de las omisiones inconstitucionales e ilegales en el Derecho Comparado Querétaro* (México), 2004;
3. DIAZ GAMBOA Luis Bernardo. La inconstitucionalidad por omisión. Necesidad de reconocimiento de la figura en Colombia como factor garantista de los derechos humanos. En; CRITERIO JURIDICO GARANTISTA.U. Autónoma de P. 162.
3. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general, Derecho Comparado, el caso español*, Civitas, Madrid, 1998;
4. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, “La inconstitucionalidad por omisión en Portugal”, *Revista de Estudios Políticos*, núm.101, 1998, págs. 335 y ss.;
5. RANGEL HERNÁNDEZ, Laura, *Inconstitucionalidad por omisión legislativa. Teoría general y su control jurisdiccional en México*, Porrúa, México D. F., 2009;
6. TAJADURA TEJADA, Javier, “La inconstitucionalidad por omisión y los derechos sociales”, en Carbonell, Miguel (coord.), *En busca de normas ausentes*, UNAM, México D. F., 2003, págs. 287 y
7. VILLAVARDE MENÉNDEZ, Ignacio, *La inconstitucionalidad por omisión*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.
8. ZAGREBELSKI, Gustavo. La Constitución y sus normas. Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos, México, Porrúa, 2005; Páginas 54-58