



La inconstitucionalidad por omisión legislativa relativa: ¿Es posible su control mediante la acción de tutela?

José Guillermo Espinosa Hios¹
Sebastián Hernández Vanegas²

Resumen

El presente trabajo investigativo procura analizar la posibilidad de que mediante el control concreto de constitucionalidad que ejerce todo juez constitucional de la república, se entre a declarar la configuración de una omisión legislativa relativa. Para ello, a través de una metodología jurídica comparada, en primer lugar, se propone establecer el origen y los antecedentes históricos del fenómeno de la inconstitucionalidad por omisión en el derecho constitucional extranjero. En segundo lugar, se busca examinar la problemática de la inconstitucionalidad por omisión legislativa parcial o relativa, además de indagar sobre las técnicas jurisdiccionales utilizadas por la Corte Constitucional colombiana para controlar tal tipo de situación constitucionalmente imperfecta. Finalmente, se estudia el recurso de amparo como instrumento de fiscalización difusa o indirecta de las omisiones legislativas derivadas de los silencios de la ley.

Palabras clave: Omisión legislativa relativa, inconstitucionalidad por omisión, control difuso a los silencios legislativos, inactividad parlamentaria, situaciones inconstitucionales por omisión.

¹ Abogado de la Universidad de la Amazonia (Colombia), candidato a magíster en Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia. Correo electrónico: jo.espinosa@udla.edu.co

² Abogado de la Universidad de la Amazonia (Colombia). Correo electrónico: seb.hernandez@udla.edu.co

La inconstitucionalidad por omisión legislativa relativa: ¿Es posible su control mediante la acción de tutela?

Introducción

Este artículo fue elaborado en el marco de la conmemoración de los treinta años de la carta política de 1991 y se busca analizar el fenómeno de la inconstitucionalidad por omisión parcial o relativa en relación con la línea de investigación en derechos humanos del programa de derecho de la Universidad de la Amazonia (Colombia).

Con el tema escogido como propuesta de investigación, los autores buscan profundizar acerca de la viabilidad de practicar el control constitucional a la posible configuración de una omisión legislativa relativa mediante el ejercicio de la acción de tutela.

El tema es de sumo interés, por cuanto la doctrina y la jurisprudencia colombiana, con ocasión de la Sentencia T-381 de 2018, recientemente debatió en torno a la imposibilidad jurídica de que un juez de tutela entre a declarar la ocurrencia de una omisión legislativa parcial trasgresora de la Constitución Política.

De esta manera, con la elaboración del presente artículo se pretende examinar la idoneidad de la acción de tutela para ejercer el control constitucional a las omisiones legislativas relativas. Para tal tarea, se rememora el origen del control de constitucionalidad a la inactividad parlamentaria, y se precisa la línea jurisprudencial vigente en la Corte Constitucional frente a las omisiones legislativas.

Asimismo, se describen las técnicas decisorias o jurisdiccionales mayormente utilizadas por el Tribunal constitucional para remediar las falencias en las que, por omisión, incurre el órgano legislativo, cuando de inconstitucionalidad por omisión de la ley se trata. Lo anterior, anticipando que la Corte Constitucional de tiempo atrás ha establecido que el control de constitucionalidad no puede recaer sobre una quiescencia legislativa absoluta.

Finalmente, es de precisar que el análisis se centra en establecer desde el punto de vista de la dogmática constitucional y, particularmente, a partir de las peculiaridades que el legislador ha dispuesto frente a la acción de tutela, los principales aspectos problemáticos que encerraría la realización del control indirecto de constitucionalidad a los vacíos legislativos de una ley.

Es decir, el artículo en últimas pretende dar respuesta a los siguientes interrogantes: ¿Es posible que la inactividad legislativa sea objeto de control constitucional difuso? Así mismo, en caso de aceptarse tal competencia atípica de la justicia constitucional ¿qué implicaciones socio-jurídicas traería que mediante la acción de tutela se invoque una inconstitucionalidad por omisión legislativa relativa? Y ¿cuál sería el fundamento normativo para delegar a la justicia constitucional, mediante el conocimiento de las acciones de tutela, el control a los

silencios parciales del legislador, o lo que es equivalente, el control al defectuoso o imperfecto proceder legislativo?

En definitiva, el tema es de trascendental importancia, pues como lo afirman Fernández (2009) y Bazán (2014, como se citó en Riaño 2019), el estudio de los instrumentos procesales idóneos para el control de la inactividad legislativa es un tema que, por el estado de cosas actuales, implica la necesidad de inmiscuirse en el análisis de complejas cuestiones como las de eficacia y aplicabilidad de las cláusulas constitucionales.

Además, el discurrir sobre una problemática tan novedosa lleva apareado el inevitable roce con puntos conflictivos, tales como la inoperancia legislativa y, como consecuencia, en caso de aceptarse la tesis aquí enunciada, la hipotética invasión por parte del juez constitucional de espacios o esferas de exclusiva discrecionalidad democrática, en donde, como es conocido por todos, en principio no le es dado a la justicia constitucional entrometerse.

En cualquier caso, es posible concluir que la temática que aborda el presente artículo es de aquellas que recibirán un rechazo enérgico por parte de cualquier defensor acérrimo de los principios de separación de poderes, democracia representativa, legalidad, reserva y determinismo de la ley, de los que pregona nuestra actual carta política.

1. Antecedentes históricos de la inconstitucionalidad por omisión

El fenómeno de la inconstitucionalidad por omisión ha sido tratado ampliamente por la doctrina foránea. En el derecho constitucional comparado es posible encontrar distintas formas o alternativas normativas y jurisprudenciales que han buscado dar una solución a la problemática de la pasividad o inercia legislativa que resulta trasgresora de bienes constitucionalmente protegidos.

Sobre esta cuestión, Bazán (2007), ha realizado un importante estudio en donde examina el fenómeno de las omisiones legislativas en el derecho internacional de los Estados constitucionales de América Latina y algunos Estados de Europa continental. En él analiza las fórmulas normativas y los emprendimientos jurisprudenciales que han adoptado los distintos Tribunales y Cortes Constitucionales de algunos Estados que consagran herramientas para la corrección de la inconstitucionalidad por omisión.

Por ejemplo, el autor en glosa expone que, en Estados como la antigua República de Yugoslavia, se consagró en su texto constitucional del 27 de febrero de 1974, la posibilidad de remediar situaciones de inconstitucionalidad derivadas de un actuar quiescente del legislativo.

De otro lado, países como Portugal, en su carta política de 1976, en el artículo 283, consagra la acción directa de inconstitucionalidad por omisión, mismo acontecer ocurre en la República Federal de Brasil, en donde la Constitución Política de 1988 regula expresamente la acción de

inconstitucionalidad por omisión. Recientemente, como lo relata Bulnes (2006), en la Carta Política Fundamental de 1999 de Venezuela, se estableció también dicho mecanismo.

Los anteriores son ejemplos de Estados constitucionales en donde fue el propio constituyente quien se preocupó por instituir mecanismos para remediar las situaciones de inconstitucionalidad originadas por un actuar omisivo del poder legislativo. No obstante, los mayores desarrollos teóricos-dogmáticos del fenómeno de la inconstitucionalidad por omisión se han forjado en el campo de la jurisprudencia constitucional comparada.

Es aquí en donde la doctrina tanto internacional como nacional concuerda en atribuir el reconocimiento de las omisiones inconstitucionales a la jurisprudencia expedida por el Tribunal constitucional alemán. Pues en efecto, fue Wessel antiguo juez constitucional, quien elaboró la ya ampliamente conocida distinción entre omisiones legislativas absolutas o totales, y omisiones legislativas relativas o parciales. En esta cuestión, Villota (2012), ha señalado que el concepto de omisión legislativa data del año 1952. En igual sentido se ha expresado Garzón (2014), quien ha destacado que fue el jurista Wessel quien introdujo el tema de la inconstitucionalidad por omisión en dos modalidades distintas.

La primera de ellas es absoluta o material y se presenta cuando hay ausencia total de norma infraconstitucional que desarrolle una orden emanada por el constituyente en una disposición constitucional. Frente a las omisiones legislativas absolutas, Muñoz (2017), ha señalado que tal anomalía se caracteriza por la ausencia total de norma jurídica que, en un orden normal de las cosas, debía haber sido expedida por el legislador ordinario por disposición o encargo en la Constitución Política.

La segunda modalidad es la omisión relativa o formal, que se presenta cuando el legislador cumple el compromiso encomendado en la carta fundamental, pero lo hace de manera incompleta, deficiente o defectuosa, y producto de esa irregularidad se trasgreden bienes jurídicos constitucionalmente protegidos. Sobre estas Bazán (como se citó en González *et al.*, 2015), ha definido que tal fenómeno se configura cuando el legislador expide la norma jurídica necesaria para obedecer el mandato constitucional, pero tal desarrollo resulta imperfecto o defectuoso, al dejar por fuera supuestos de hecho análogos o equiparables al regulado en la disposición cuestionada.

Lo anterior quiere decir que en las omisiones legislativas parciales o relativas, el legislador cumple el mandato constitucional —que se acusa como incumplido por inacción normativa—, efectivizando el precepto constitucional con un desarrollo legislativo posterior, pero tal obediencia se hace de manera incompleta.

Ello ocurre, principalmente, por cuanto al expedir la ley, el legislativo solo favorece a ciertos grupos sociales y olvida a otros, o pacta ventajas a unos que no dispensa a favor de otros (Bazán, como se citó en González *et al.*, 2015). En este último evento, se trasgrede el

principio de igualdad, al dispensarse un trato inequitativo legislativamente a favor de un grupo no incluido en la norma.

No obstante, en el plano nacional, como lo afirman Restrepo y Vergara (2020), la Corte Constitucional colombiana ha ampliado el margen de fiscalización frente a las omisiones legislativas parciales, no reduciéndose exclusivamente a escenarios de posibles vulneraciones del principio de igualdad, sino trasladando el control a cualquier otro evento en donde se transgreda una norma constitucional que establezca un beneficio constitucionalmente protegido.

En últimas, la competencia de la Corte Constitucional no se restringe a escenarios en donde se vulnera el principio de igualdad, sino que también se hace extensivo a cualquier otro desarrollo legislativo que pueda ser calificado de incompleto.

En cualquier caso, es preciso señalar que, como lo afirma Arenas (2014), la Corte Constitucional de tiempo atrás ha definido que carece de competencia para conocer de acciones públicas de inconstitucionalidad que se promuevan en contra de omisiones legislativas absolutas. Este precedente jurisprudencial fue sentado en la Sentencia C-543 de 1996.

En esta cuestión, el Tribunal tiene establecido que al no existir una norma que pueda ser comparable con la Constitución, el control de constitucionalidad que esta ejerce carecería de objeto, y de esta forma no sería posible establecer un parámetro de comparación entre, por un lado, los postulados constitucionales presuntamente desconocidos y, por otro lado, la omisión legislativa absoluta alegada. En definitiva, para la Corte Constitucional colombiana no es posible evaluar la constitucionalidad de un actuar que nunca ha existido. Es decir, al no haber acto comparable con las normas superiores, no hay acto normativo que pueda ser objeto de control constitucional.

Igualmente la jurisprudencia nacional ha manifestado que, si bien la acción pública de inconstitucionalidad permite efectuar un examen más o menos extenso de la labor legisferante, que es llevada a cabo por el órgano legislativo, no por esa potísima razón le sea dado al juez constitucional pronunciarse sobre la ausencia total de normatividad, pues en este evento, al no existir ningún texto comparable con la carta política, por sustracción de materia, la justicia constitucional carecería de competencia.

Es por lo anterior que, como lo afirma Villota (2012), la identificación de fórmulas normativas —constitucionales y legales— o la creación de herramientas jurisdiccionales para remediar las situaciones de inconstitucionalidad derivadas de un actuar omisivo, ha permitido que en las diferentes latitudes del mundo haya tenido lugar distintos fenómenos jurídicos especiales.

El primero de ellos fue el desarrollo teórico que desde la doctrina italiana y alemana se fue gestando alrededor de la figura de la inconstitucionalidad por omisión. Así mismo, la

experiencia comparada muestra que algunos ordenamientos jurídicos han normativizado acciones de inconstitucionalidad o instrumentos judiciales para controlar la quiescencia legislativa transgresora de garantías constitucionales.

Sin embargo, en el caso colombiano aún sigue siendo deficiente el tratamiento jurídico que se la ha dado al fenómeno de la inconstitucionalidad por omisión. En primer lugar, porque la Constitución no consagró una acción de inconstitucionalidad directa contra las omisiones legislativas, sino que únicamente frente al actuar activo del legislativo. Y, en segundo lugar, porque recientemente la jurisprudencia constitucional, en la Sentencia T-381 de 2018, ha establecido el precedente jurisprudencial que niega la procedencia del recurso de amparo como herramienta judicial para controlar las situaciones de inconstitucionalidad originadas de un actuar omisivo parcial o relativo.

Tal improcedencia ha estado fincada sobre el argumento según el cual la acción de tutela es un recurso subsidiario y, por tal razón, el ciudadano para enjuiciar la constitucionalidad de una norma por omisión, primero debe agotar los mecanismos ordinarios a su alcance, o en tal caso, probar la configuración de un posible perjuicio irremediable que la torne procedente.

2. La problemática de la inconstitucionalidad por omisión y las técnicas jurisdiccionales de control

Es bien sabido en la doctrina constitucional comparada que las normas constitucionales son de distinta índole, las hay de aquellas que gozan de una eficacia directa y; por lo tanto, de aplicación obligatoria por parte de los jueces ordinarios. Y otras que, por su parte, necesitan de un desarrollo legislativo ulterior para que puedan gozar de una eficacia plena.

En cuanto a las segundas, esto es, normas de eficacia indirecta o diferida, González *et al.* (2015), sostienen que son aquellas normas jurídicas que requieren de un posterior detalle para ser aplicadas por todos los sujetos del ordenamiento jurídico, tales como jueces, administradores públicos y particulares.

Pues bien, sobre esta cuestión Rivas (2009), ha señalado que, para evitar un defectuoso funcionamiento del sistema democrático, resulta de vital importancia la labor de determinar qué normas constitucionales contienen verdaderos encargos al legislador o reales exigencias constitucionales de acción. Ello es así porque de tiempo atrás ha existido una tensión entre democracia y justicia constitucional, a tal punto que a la facultad jurisdiccional que realizan los jueces constitucionales se le suele denominar como el poder contramayoritario de los Tribunales constitucionales.

Requejo (2008), ha señalado que para la doctrina española el problema de las omisiones legislativas es característicamente una variante de la problemática más general de las relaciones

entre legislador y Tribunales constitucionales, de las que con tanto esmero se ha ocupado la doctrina comparada de estudiar, a fin de demarcar los límites de la jurisdicción constitucional.

De todos modos, como lo sugieren Restrepo y Vergara (2020), el fenómeno de la inconstitucionalidad por omisión demanda de manera ineludible la existencia de un deber constitucional de legislar que conlleve a que, frente a la inactividad legislativa, tal actuación resulte jurídicamente incompatible con las exigencias constitucionales.

Sin embargo, en este estado de las cosas conviene señalar que el control de constitucionalidad sobre las omisiones legislativas inconstitucionales no recae en la omisión propiamente dicha, sino que, muy por el contrario, tal comprobación se concentra en determinar los efectos o consecuencias normativas contrarias a la carta política que acarrea tal actuar omisivo por parte del legislativo (Fernández, 2009, como se citó en Restrepo y Vergara, 2020).

En la misma dirección camina Villaverde (2015), quien ha expresado que el objeto del control de las omisiones no es el legislador, sino su inactividad. Es decir, la facultad de controlar las omisiones legislativas no está instituida para castigar la quiescencia legislativa propiamente dicha, sino que tal actividad lo que busca es depurar el ordenamiento de normas contrarias a la carta política.

Igualmente, tal conclusión ha sido puesta de presente por Báez (2002), quien ha señalado que la omisión legislativa deviene inconstitucional únicamente cuando el órgano legislativo con su silencio altera el contenido normativo de la carta fundamental, de lo que se sigue que solo son demandables ante la justicia constitucional aquellas omisiones que trasciendan de un mero “no actuar”, es decir que resulta indispensable que dicho actuar omisivo cree una situación jurídica contraria a la carta política.

En esta cuestión, ha sido la propia Corte Constitucional colombiana la que mediante la Sentencia C-1064 de 2001, ha mencionado que el deber constitucional de legislar tiene que ser específico y no genérico, determinado y no indeterminado, expreso y no abstracto como los principios constitucionales.

En consecuencia, la omisión legislativa no puede derivar del incumplimiento del deber general de legislar que recae sobre el Congreso de la República, por cuanto, de ser así, la Corte entraría a realizar un juicio de conveniencia u oportunidad de la medida legislativa faltante y no de juridicidad, como en estricto rigor lo exige el principio de separación de poderes.

De cualquier forma, como lo afirma Fernández (2009), la complejidad de la figura de la inconstitucionalidad por omisión ha llevado a que los Tribunales, Cortes y Salas Constitucionales de distintas jurisdicciones creen a la par de los mecanismos de fiscalización difusa y concentrada de las omisiones legislativas inconstitucionales, unas técnicas decisorias con el fin de no intervenir de manera excesiva en las funciones del legislativo.

A tales remedios jurisdiccionales ha tenido que acudir la justicia constitucional para legitimar la intervención del juez en esferas funcionales propias del legislativo. No obstante, la conveniencia de tales técnicas ha permitido superar, al menos desde el plano teórico, las múltiples objeciones que se promueven en contra del control de constitucionalidad de las omisiones inconstitucionales.

Es por ello que sobre esta cuestión González *et al.* (2015), señalan que, en estos casos, la función del Tribunal constitucional no consiste en castigar la labor del legislador que deja de efectivizar un mandato constitucional específico, sino que tal actividad lo que propende es dotar de eficacia plena a un precepto constitucional que carece de ella.

No obstante, las mayores polémicas suscitadas alrededor de la inconstitucionalidad por omisión han girado en torno a cuáles deben ser las respuestas jurídicas que tal inactividad merece. En este punto, la jurisprudencia nacional ha estado dubitativa, pues, aunque, de un lado reconoce la posibilidad de que el juez constitucional conozca de la inconstitucionalidad por omisión por vía del control abstracto de constitucionalidad, de otro lado, ha negado que la acción de tutela sirva para controlar la quiescencia legislativa parcial.

En cualquier caso, como lo exponen Rivas (2009) y Ahumada (1991), la problemática de la inconstitucionalidad por omisión transita sobre la línea delgada de cuál debe ser el camino a seguir por parte del intérprete constitucional, con relación a los mecanismos de control de las omisiones inconstitucionales. En particular, la pregunta a formular en esta cuestión sería: ¿A través de qué vías judiciales puede el Tribunal constitucional llegar a conocer de la impugnación de una omisión legislativa?

La respuesta a tal interrogante, al menos hasta el momento, parece ser aquella que indica que la única vía jurisdiccional idónea es a través del ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, como de manera pacífica y reiterada lo tiene establecido la jurisprudencia constitucional.

No obstante, tal mecanismo resulta insuficiente a la luz de las normas constitucionales, por cuanto la complejidad del fenómeno de la inconstitucionalidad por omisión exige que tal anomalía pueda ser remediada mediante el ejercicio de la acción de tutela, con el objeto de conjurar el fraude constitucional, evitar la mutación constitucional y, por supuesto, impedir la mengua del carácter normativo de las cláusulas constitucionales.

Pero, particularmente, porque como lo señala Parra (2005), a través de tal vía procesal el afectado por una omisión inconstitucional logra un acceso efectivo a la justicia constitucional, con el propósito de que se protejan sus derechos y no para suplantar al legislativo y sus funciones propias, y también para dar solución a un caso concreto partiendo de un actuar conforme a la carta política.

De cualquier manera, la doctrina nacional e internacional es clara en señalar que los distintos Tribunales, Cortes y Salas Constitucionales del mundo han implementado distintas técnicas jurisdiccionales a fin de limitar la libertad del legislador; respetar el principio de separación de poderes y a su vez, poder corregir el problema de las omisiones inconstitucionales, sin que tal actividad pueda conllevar la instauración del temido gobierno de los jueces (Fernández, 2009, como se citó en Muñoz, 2017).

A tal compendio de instrumentos procesales se les agrupa y designa de distintas formas; no obstante, en síntesis, los mecanismos que se usan hoy en día para enfrentar o sortear las objeciones democráticas a los silencios de la ley y a los silencios del legislador son los siguientes:

- a) **Sentencias apelativas:** son aquellas mediante las cuales, constatada la inconstitucionalidad de una norma por omisión legislativa relativa, el juez constitucional exhorta o hace un llamado al legislativo para que este entre a regular un supuesto de hecho en específico. También son conocidas como recomendaciones o consejos al legislador, en estas decisiones la advertencia dirigida al legislador condiciona su parte resolutive, lo que no obsta para que tal llamado se realice a modo de *obiter dicta*.
- b) **Sentencias con inexecutable diferida:** en estas sentencias el juez constitucional constata la inconstitucionalidad de una norma por omisión; no obstante, aplaza la declaratoria de inexecutable hasta tanto el legislador expida la reglamentación correspondiente.
- c) **Sentencias manipulativas:** en esta clase de decisiones de la justicia constitucional, se deben distinguir dos especies: sentencias sustitutivas y sentencias aditivas.
 - **Sentencias sustitutivas:** son aquellos pronunciamientos en donde el legislador prevé algo distinto a lo ordenado por la carta política. En las sentencias sustitutivas, el Tribunal constitucional declara la inconstitucionalidad de una parte de la ley, pero no la expulsa del sistema jurídico, sino que la reemplaza con una “regla de derecho” que considere acorde con la Constitución.
 - **Sentencias aditivas:** son aquellos fallos en donde el juez constitucional considera que la inconstitucionalidad de una disposición deriva de un alcance normativo insuficiente o limitado, razón por la cual, para remediar su inconstitucionalidad, adiciona el contenido normativo que el Tribunal constitucional considera fue omitido. En síntesis, en estas sentencias el juez constitucional determina cuál debe ser la interpretación correcta de una proposición normativa.

En últimas, la tarea de agrupar las distintas técnicas decisorias utilizadas por la justicia constitucional para remediar las situaciones de inconstitucionalidad por omisión legislativa,

no es una labor que resulte fácil, pues parece claro que tal tipología de técnicas depende más de las características de cada sistema constitucional, así como del avance doctrinal que se haya dado en la materia.

En pocas palabras, la enorme heterogeneidad de metodologías decisorias y la propia diversidad de los sistemas de justicia constitucional, hace que, como lo afirma Fernández (2009), sea dificultosa la realización del esbozo de una dogmática con pretensiones de generalidad. En cierto modo, como lo afirma el autor en glosa, la búsqueda de técnicas decisorias con las cuales hacerle frente al fenómeno de las omisiones legislativas es uno de los grandes retos del constitucionalismo contemporáneo.

3. El recurso de amparo como mecanismo de fiscalización difusa de las omisiones legislativas relativas

En los apartados anteriores del trabajo se expuso cuál ha sido el tratamiento doctrinal y jurisprudencial que se la ha dado al fenómeno de la inconstitucionalidad por omisión. Particularmente, se descubrió que en otras legislaciones de América Latina y Europa occidental se tiene consagrado un mecanismo de fiscalización directa a las omisiones legislativas. Y se analizaron someramente los inconvenientes democráticos que encierra la posibilidad de que la justicia constitucional se ocupe de las omisiones inconstitucionales.

Así las cosas, corresponde en este momento analizar la conveniencia de que el control de constitucionalidad a las omisiones legislativas relativas se amplíe al campo de la fiscalización indirecta o difusa.

Para ello, es preciso recordar que, de acuerdo con la carta política de 1991, el constituyente originario adoptó un modelo de control de constitucionalidad mixto. Es decir, por un lado, se tiene a un Tribunal constitucional encargado de ejercer el control abstracto de las leyes; y por el otro, según lo regulado en el artículo cuarto constitucional, cualquier juez de la república puede declarar la inconstitucionalidad de una norma ordinaria cuando la encuentre incompatible con la carta política.

En este evento, contrario a lo que sucede en el control abstracto de constitucionalidad, los efectos de la sentencia son inter partes. Del mismo modo, de acuerdo a lo normado en el artículo 86 constitucional y según lo dispuesto en el Decreto Ley 2591 de 1991, todo juez de la república es juez constitucional cuando está conociendo de una acción de tutela.

Pues bien, de acuerdo a la *ratio decidendi* trazada en la Sentencia T-381 de 2018, la Corte Constitucional sentó el precedente jurisprudencial en el que declaró improcedente el juicio de amparo cuando el acto reclamado consista en una omisión del legislador. Por así decir, para la Corte no es idónea la acción de tutela para remediar las situaciones de inconstitucionalidad por omisión.

La improcedencia radica en que la acción de tutela, según la misma Corte, es un mecanismo jurisdiccional subsidiario de los recursos ordinarios; por tal motivo, para enjuiciar la inconstitucionalidad de una norma ordinaria se debe acudir a la acción pública de inconstitucionalidad.

No obstante, esa tesis jurisprudencial crea aparentemente una barrera legal para combatir vía recurso de amparo la inconstitucionalidad por omisión del legislador. Y es aparente por cuanto es una tesis franqueable desde varios puntos de vista. En primer lugar, porque ni la propia acción pública de inconstitucionalidad parece un instrumento más o menos idóneo para combatir la inconstitucionalidad por omisión, atendiendo al silencio que guardó el constituyente al respecto, al no consagrar la acción directa de inconstitucionalidad por omisión.

En segundo lugar, porque como a bien lo afirma Fernández (2009), ha sido la estrecha conexión entre omisión legislativa y vulneración de derechos fundamentales la que ha explicado que en países como España y Alemania —precursores del estudio del fenómeno de la omisión inconstitucional— se haya permitido que el recurso de amparo sea un instrumento de fiscalización habitual utilizado por la justicia constitucional, cuando de inconstitucionalidad por omisión se trata.

Lo anterior es fácilmente comprensible si se analiza que la omisión legislativa también puede derivar de la existencia de un texto legislativo que, por su incompletitud o defectuosidad, genera un trato diferenciador vulnerador del principio de igualdad o la carencia de un elemento o ingrediente que haga que el texto normativo demandado se adecúe al derecho fundamental del debido proceso.

Por lo expuesto, no es extraño pensar que la inconstitucionalidad por omisión pueda ser reparada a través del control difuso, máxime si se piensa que tal control *in casu* de la constitucionalidad de las omisiones legislativas puede llevar a que el ciudadano del común pueda lograr la efectiva protección de sus derechos fundamentales.

En definitiva, la acción pública de inconstitucionalidad es un mecanismo que a la luz de la complejidad del fenómeno estudiado resulta insuficiente para combatir la omisión legislativa. Ello atendiendo a que tal omisión puede estar ligada a la vulneración de un derecho fundamental en un caso en particular, evento en el cual, por la naturaleza del proceso, el juez constitucional no podría expedir órdenes encaminadas a restablecer los derechos afectados.

Por último, como lo expone Bidart Campos (1997, como se citó en Valle, 2010, p. 149), hay que tener en cuenta que “la labor de interpretación constitucional no se reduce a desentrañar el significado de normas opuestas al texto constitucional y a eliminarlas, sino que se extiende a llenar los vacíos que por omisión dejan a la Constitución congelada”.

Conclusiones

Con todo lo expuesto se concluye que la inconstitucionalidad por omisión requiere que se amplíen los cauces legales para remediar tal tipo de situación constitucionalmente imperfecta. Desde luego, la omisión legislativa es una anomalía que requiere de intervención por parte del juez constitucional desde los frentes posibles, para que de esta forma el administrado no se vea perjudicado por el fraude legislativo trasgresor de garantías constitucionales.

Si bien el mencionado tipo de control constitucional es uno de los más polémicos a nivel doctrinal, por cuanto implica una ruptura frontal de los deberes del legislador y de los principios dogmáticos que cimientan el llamado Estado liberal (Valle, 2010), no por ello se debe olvidar que tal institución busca que la carta política no se vea reducida a un conjunto de promesas fallidas.

Asimismo, la problemática de la inconstitucionalidad por omisión se agudiza si se observa que, en la mayoría de los casos, por no decir que en todos, involucra la afectación de derechos fundamentales, caso en el cual resultaría apremiante el ejercicio de la acción de tutela como modo de fiscalización difusa de la inconstitucionalidad por omisión. Evento en el cual tal posibilidad repercutiría favorablemente en el colectivo social.

De otro lado, a fin de legitimar el control de la inconstitucionalidad por omisión, no es posible olvidar que “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” (Bazán, 1997, como se citó en Builes, 2020, p. 8). Por tanto, si la inconstitucionalidad de una omisión deriva en una afectación a un derecho fundamental, nada obsta para que el juez constitucional haga uso de las técnicas decisorias y ordene las reparaciones a las que haya lugar mediante el control difuso.

Es verdad, desde luego, que la instauración de la inconstitucionalidad por omisión tiene una incidencia directa en la construcción del Estado social (Fernández, 1998), y ello es así, por cuanto permite el fortalecimiento de la función transformadora de la Constitución y la efectiva realización del proyecto constitucional.

No se debe olvidar que el reconocimiento del control de constitucionalidad a las omisiones legislativas no busca, al menos esa no es su finalidad intrínseca, deslegitimar la labor que llevan a cabo los parlamentos o asambleas legislativas en un Estado constitucional, sino que tal función está encaminada, principalmente, a enriquecer el propio debate democrático, al convertirse la vía judicial en una herramienta que sirve de crítica contra las promesas incumplidas en la Constitución.

Referencias bibliográficas

- Ahumada, M. A. (1991). El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, (8), 169-194.
- Arenas, A. M. (2014). Inconstitucionalidad por omisión legislativa. Contexto colombiano. *Diálogos de Derecho y Política*, (13), 4-24. <https://revistas.udea.edu.co/index.php/derypol/article/view/19900>
- Báez, C. (2002). La omisión legislativa y su inconstitucionalidad en México. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 35(105), 741-796. <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3731>
- Bazán, V. (2007). Neoconstitucionalismo e inconstitucionalidad por omisión. *Revista Derecho del Estado*, 20, 121-144. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/707/669>
- Builes, J. (2020). *La omisión legislativa y el control de constitucionalidad actualización* (tesis de pregrado). Universidad CES, Medellín, Colombia. <http://repository.ces.edu.co/handle/10946/4989>
- Bulnes, L. (2006). La inconstitucionalidad por omisión. *Revista Estudios Constitucionales*, 4(1), 251-264. <https://www.redalyc.org/pdf/820/82040215.pdf>
- Colombia. Corte Constitucional. (16 de octubre de 1996). Sentencia C-543 de 1996 [MP. Carlos Gaviria Díaz].
- Colombia. Corte Constitucional. (10 de octubre de 2001). Sentencia C-1064 de 2001 [MP. Manuel José Cepeda Espinosa y MP. Jaime Córdoba Triviño].
- Colombia. Corte Constitucional. (19 de septiembre de 2018). Sentencia T-381 de 2018 [MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez].
- Colombia. Presidencia de la República. Decreto 2591 de 1991. (19 noviembre), por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política. *Diario Oficial* n.º 40.165.
- Constitución Política de Colombia [Const.]. 7 de julio de 1991 (Colombia).
- Fernández, J. J. (1998). La inconstitucionalidad por omisión en Portugal. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, (101), 335-359. <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=3&IDN=258&IDA=17181>

- Fernández, F. (2009). El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. algunas cuestiones dogmáticas. *Revista Estudios Constitucionales*, 7(2), 13-69. <https://biblat.unam.mx/hevila/Estudiosconstitucionales/2009/vol7/no2/1.pdf>
- Garzón, E. F. (2014). La inconstitucionalidad por omisión: una revisión jurídica. *DIXI*, 16(20), 29-36. <https://revistas.ucc.edu.co/index.php/di/article/view/832/858>
- González, J. M., Cubides, J. A. y Santofimio, M. P. (2015). La inconstitucionalidad por omisión legislativa: a escena la omisión legislativa convencional. *Iustitia*, (13), 177-216. <http://revistas.ustabuca.edu.co/index.php/IUSTITIA/article/view/1541/1230>
- Muñoz, C. D. (2017). Los efectos de la justicia constitucional frente los silencios del legislador y de la ley en Colombia. *Estudios de Derecho*, 74(164), 23-44. <https://revistas.udea.edu.co/index.php/red/article/view/334017>
- Parra, D. A. (2005). El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. Perspectivas del problema. *Revista FORO*, (4), 59-97. <https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/foro/article/view/298/297>
- Requejo, J. L. (mayo de 2008). *Los problemas de la omisión legislativa en la jurisprudencia constitucional*. En XIV Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeos Vilna. https://www.confeconstco.org/reports/rep-xiv/report_Spain_sp.pdf
- Restrepo, J. F. y Vergara, S. A. (2020). Acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa relativa: un instrumento procesal constitucional para la protección judicial efectiva de los derechos fundamentales. *Opinión Jurídica*, 19(39), 203-226. <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/3548>
- Riaño, A. (2019). *Operatividad de los mecanismos de control de constitucionalidad frente a la omisión legislativa en Colombia* (tesis de pregrado). Universidad Francisco de Paula Santander Ocaña, Colombia.
- Rivas, M. A. (2009). El control de las omisiones inconstitucionales por el tribunal constitucional peruano: reflexiones en torno a una sentencia. *Revista Derecho & Sociedad*, (32), 335-346. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17436/17716>
- Valle, A. I. (2010). Inconstitucionalidad por omisión en la jurisprudencia de la Corte Constitucional ecuatoriana. Sentencia No. 001-1L-SIO-CC (caso No. 0005-10-IO). *Foro: revista de derecho*, (13), 147-160. <https://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/2898>

- Villota, M. S. (2012). El control de constitucionalidad a las omisiones legislativas en el contexto del estado social de derecho. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 42(117), 455-479. <https://www.redalyc.org/pdf/1514/151426256006.pdf>
- Villaverde, I. (2015). Los remedios de la inconstitucionalidad por omisión. *Revista Justicia Electoral*, 1(16), 195-271.