



**UNIVERSIDAD NACIONAL
“PEDRO RUIZ GALLO”
ESCUELA DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO**



**“CONTROL JURISDICCIONAL DE LA
INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN Y PROTECCIÓN
EFECTIVA DE DERECHOS FUNDAMENTALES”**

TESIS

**PRESENTADA PARA OPTAR EL GRADO DE MAESTRO EN:
DERECHO CON MENCIÓN EN CONSTITUCIONAL Y
GOBERNABILIDAD**

AUTOR

Abog. ELVER MANUEL CABREJOS ESCALANTE

ASESOR

Mg. WALTER RAMOS MANAY

LAMBAYEQUE-PERÚ

2017

“Control Jurisdiccional de la Inconstitucionalidad por omisión y protección efectiva de derechos fundamentales”

Abog. Cabrejos Escalante Elver Manuel

Autor.

Mg. Walter Ramos Manay

Asesor

Presentada a la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo. Para optar el Grado de: MAESTRO EN DERECHO CON MENCIÓN EN CONSTITUCIONAL Y GOBERNABILIDAD.

APROBADO POR:

Dr. José María Balcázar Zelada
Presidente Del Jurado.

Mg. Oscar Vélchez Vélez
Secretario Del Jurado.

Mg. Freddy Hernández Rengifo
Vocal Del Jurado.

Lambayeque, Noviembre del 2016.

DEDICATORIA:

“A mis padres por su incondicional apoyo y a mi hermano que está en el cielo”

“A Dios Todopoderoso por brindarme la vida, amor, salud e inteligencia”

INDICE

DEDICATORIA.....	2
RESUMEN.....	6
INTRODUCCION.....	8

CAPITULO I: ANALISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO

1.1.- Ubicación.....	10
1.2.- Como surge el problema.....	11
1.3.- Como se manifiesta y qué características tiene.....	13
1.4.-Metodología empleada	
1.4.1.- Tipo de Investigación.....	17
1.4.2.- Población y Muestra.....	17
1.4.3.- Instrumentos de recolección de datos.....	18
1.4.4.- Métodos y técnicas para la recolección de datos.....	18
1.5.- Objetivos.....	20

CAPITULO II: MARCO TEORICO

SUB CAPITULO I: Inconstitucionalidad por Omision: Origen y contexto histórico en el cual se desarrolla.

1.- Origen.....	21
2.- Contexto Histórico.....	22
2.1.- Constitución como Norma Jurídica Vinculante.....	23
2.2.- Principio de Supremacía Constitucional.....	26
2.3.- Rol del Estado Social y Democrático de Derecho.....	28

SUB CAPITULO II: Inconstitucionalidad por Omision: Desarrollo Doctrinario

1.- Definición.....	31
2.- Elementos.....	36
2.1.- Existencia de una Omisión Absoluta o Relativa.....	36
2.2.-Existencia de un mandato concreto explícito o implícito.....	38
2.3.- La eficacia limitada del mandato constitucional.....	40
2.4.- Que la omisión provenga de los poderes públicos.....	45
2.5.- Que haya transcurrido un plazo razonable.....	47
2.6.- Efecto Inconstitucional.....	50
3.- Clasificación	
3.1.- Omisiones Absolutas y relativas.....	51
3.2.- Omisiones Formales y materiales.....	55

3.3.- Omisiones que lesionan derechos fundamentales y omisiones que no los lesionan.....	55
3.4.- Omision Evitable e Inevitable.....	56
3.5.- Omisiones explicas y de configuraci3n jurisprudencial	57
3.6.- Omision Normativa Constitucional Directa e indirecta.....	58
4.- Tipologías de Sentencias que resuelven una situaci3n de Inconstitucionalidad por omision. Soluciones y Limites.	59
4.1.-Sentencias que resuelven una situaci3n de inconstitucionalidad por omisi3n	
4.1.1.- Sentencias Aditivas.....	59
4.1.2.- Sentencias Exhortativas.....	61
4.2.- Soluciones frente a la Inconstitucionalidad por Omision.....	65
4.3.- Limites a las sentencias omision inconstitucional.....	67
5.- Inconstitucionalidad por Omision y Derechos Fundamentales.....	72
SUB CAPITULO III: Control Jurisdiccional de la Inconstitucionalidad por Omision:	
Su desarrollo en el derecho comparado.	
1.- Constituci3n de la Ex Rep3blica Socialista Federativa de Yugoslavia.....	80
2.- Constituci3n de la Rep3blica de Portugal.....	81
3.- Constituci3n de la Rep3blica Federativa de Brasil.....	82
4.- Constituci3n de la Rep3blica Bolivariana de Venezuela.....	83
5.- Constituci3n de la Provincia de Rio Negro (Argentina).....	90
6.- Costa Rica.....	92
7.- Constituci3n de los Estados Federales Mexicanos.....	97
8.- Constituci3n de Ecuador.....	101
9.- Jurisprudencia Colombiana.....	102
SUB CAPITULO IV: Análisis de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano con relaci3n a la Inconstitucionalidad por Omision.	
1.- Expediente 0083-1992-AA/TC.....	111
2.- Expediente 1365-2000-AC/TC	114
3.- Expediente 2945-2003-AA/TC.....	116
4.- Expediente 2016-2004-AA/TC.....	125
5.- Expediente 1956-2004-AA/TC.....	129
6.- Expediente 2002-2006-AC/TC.....	133
7.- Expediente 0006-2008-AI/TC.....	141
8.- Expediente 0014-2007- AI/TC.....	150
9.- Expediente 4227-2009-HD/TC.....	156
10.-Expediente 5427-2009-PC /TC.....	159
11.-Expediente 0019-2012-PI/TC.....	171
12.-Expediente 0020-2012-PI/TC.....	174
13.- Expediente 0021-2012-PI/TC.....	176

14.- Expediente 0013-2014-PI/TC.....	182
15.- Expediente 00676-2012-PC/TC.....	185
16.- Expediente 0008-2012-PI/TC.....	188
17.- Expediente 0017-2014-PI/TC.....	190
18.- Expediente 03131-2014-AA/TC.....	191

CAPITULO II: RESULTADO Y DISCUSION.

1.- INTERPRETACION DE DATOS

Análisis Documental.....	197
Encuesta.....	204
CONCLUSIONES.....	207
RECOMENDACIONES.....	209
BIBLIOGRAFIA.....	210
ANEXOS.....	216

RESUMEN

La presente investigación busca determinar una forma de control jurisdiccional de la “inconstitucionalidad por omisión”, que se configura cuando la Constitución establece un mandato específico de desarrollo normativo sobre determinado derecho constitucional y los poderes públicos (legislativo o ejecutivo) omiten desarrollar normativamente lo ordenado, ocasionando efectos inconstitucionales no queridos por el constituyente, vulnerando derechos fundamentales de las personas y la pérdida de la eficacia normativa de la Constitución.

A diferencia de otros ordenamientos jurídicos, nuestra Constitución Política no ha regulado la inconstitucionalidad por omisión como proceso constitucional específico, en ese sentido, la investigación trata de dar respuesta al siguiente problema jurídico: ¿En qué medida la jurisdicción constitucional puede controlar una situación de inconstitucionalidad por omisión que vulnere derechos fundamentales de la persona?, con la finalidad de dar respuesta al problema planteado, he realizado un análisis de la doctrina constitucional, jurisprudencia comparada y especialmente de la jurisprudencia del tribunal constitucional peruano, que como máximo intérprete de la Constitución, nos da una serie de soluciones para que, a través de la jurisdicción constitucional, sea posible controlar una situación de inconstitucionalidad por omisión a través de los procesos constitucionales de amparo, cumplimiento y de inconstitucionalidad, que según el caso en concreto, garantizará una efectiva protección de los derechos fundamentales de la persona.

ABSTRACT

This investigation seeks to determine a form of judicial review of the "unconstitutionality by omission" which is set when the Constitution establishes a specific mandate for policy development on specific constitutional law and public authorities (legislative or executive) fail to develop normatively ordered, causing unwanted effects unconstitutional by the settlor, violating fundamental rights of people and the loss of effective legislation of the Constitution.

Unlike other legal systems, our Constitution has not regulated the unconstitutionality by omission as a specific constitutional process, in that sense, research attempts to answer the following legal problem: To what extent constitutional jurisdiction can control a situation of unconstitutionality by omission that violates fundamental rights of the person ?, in order to respond to the problem, I have made an analysis of the constitutional doctrine, comparative jurisprudence and especially the jurisprudence of the Peruvian constitutional court, which as ultimate interpreter of the Constitution, gives us a number of solutions that, through the constitutional court, possible to control a situation of unconstitutionality by omission through constitutional processes of protection, compliance and unconstitutionality, which the particular case, ensure effective protection of the fundamental rights of the person.

INTRODUCCION

El control jurisdiccional de la Inconstitucionalidad por omisión surge en la jurisprudencia alemana a mediados del siglo XX y tiene como finalidad corregir aquellas omisiones totales (absolutas) o parciales (relativas) que incurren los poderes públicos al no desarrollar normativamente un mandato establecido en la Constitución, ocasionando su pérdida de eficacia normativa y la vulneración de derechos fundamentales (resultado inconstitucional).

Nuestra Constitución Política de 1993 no contempla un proceso constitucional específico cuya finalidad sea el control de situaciones de inconstitucionalidad por omisión, a diferencia de otros países que si lo regulan expresamente (Brasil, Ecuador, Venezuela, entre otros).

Por lo que, en un contexto de un Estado Constitucional de Derecho, el cual se caracteriza porque la Constitución es Norma Jurídica y Suprema, surge la imperiosa necesidad de buscar alternativas de solución frente a este tipo de situaciones de inconstitucionalidad.

En ese sentido, la presente investigación dogmática realiza un estudio doctrinario y jurisprudencial, especialmente del análisis de las sentencias del tribunal constitucional peruano, de tal forma que la presente investigación se encuentra estructurada de la siguiente manera:

El Capítulo Primero se analiza el objeto de estudio, su ubicación, su problemática, y la metodología empleada.

El Capítulo Segundo comprende la Base Teórica de la investigación que a su vez está dividida en 4 subcapítulos.

En el primer subcapítulo desarrollaremos sobre el origen del control jurisdiccional de la inconstitucionalidad por omisión en Alemania y el contexto histórico en el cual se desarrolla (Estado Constitucional de Derecho).

Luego en el sub capítulo II analizamos el desarrollo doctrinario de la inconstitucionalidad por omisión, que comprende su definición (posición

amplia y restringida de la figura), los elementos o presupuestos que configuran una situación de inconstitucionalidad por omisión, clasificación (clases de omisiones), la tipología de las sentencias que resuelven una situación de inconstitucionalidad por omisión (las denominadas sentencias aditivas y exhortativas), sus alcances y la vinculación de la inconstitucionalidad por omisión con los derechos fundamentales.

En el Sub Capítulo III desarrollamos lo referente al control jurisdiccional de la inconstitucionalidad por omisión en el derecho comparado, mostrando la positivización que ha tenido en algunos países como Venezuela, Brasil, Ecuador, en algunos Estados Mexicanos como Chiapas, Veracruz, entre otros, la provincia de Rio Negro en la República Argentina, así como el desarrollo jurisprudencial que ha tenido en los países que no recogen expresamente la figura como la Corte Constitucional Colombiana.

También hemos convenido citar jurisprudencia del país de costa rica ya que a pesar que ha positivizado expresamente la figura como el proceso de inconstitucionalidad por omision, mediante su jurisprudencia ha determinado que también existe posibilidad de control jurisdiccional a través del proceso constitucional de amparo.

En el subcapítulo IV, analizaremos dieciocho sentencias del tribunal constitucional sobre control de situaciones de inconstitucionalidad por omisión, su desarrollo jurisprudencial, principales criterios adoptados y las alternativas de solución para corregir este tipo de situaciones inconstitucionales.

Por último, en el capítulo III de la presente investigación, mostraremos los resultados del análisis documental desarrollado y en ese sentido la posición del tribunal constitucional respecto al control jurisdiccional de la inconstitucionalidad por omisión, además de una encuesta realizada respecto al tema; para finalizar con las conclusiones y recomendaciones.

CAPITULO I: ANALISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO:

1.1. UBICACIÓN

El control jurisdiccional de la inconstitucionalidad por omisión en que puedan incurrir los poderes públicos (legislativo o ejecutivo) y que ocasionan la vulneración de los derechos fundamentales de las personas, se ubica en la rama del derecho constitucional.

La definición de “inconstitucionalidad por omisión”, es por primera vez utilizada por el profesor alemán Wessel a mediados de los años cincuenta.

En el derecho comparado podemos notar que, en diversas cartas constitucionales, se ha habilitado un proceso constitucional específico para este fin, como es el proceso de inconstitucionalidad por omisión. Así, tenemos a la Constitución de la ex república socialista de Yugoslavia en 1974 que por primera vez positivizó esta institución procesal, luego lo regularía la Constitución de Portugal de 1976 ; también la Constitución de Brasil de 1988 (artículo 103.2) ; la Constitución de Venezuela del año 1999 (artículo 336.7); la Ley 7315/1989, Ley de la Jurisdicción Constitucional de Costa Rica (artículo 73.f); la Constitución de la Provincia de Río Negro en Argentina del año 1988 (artículo 207.2.d); en México tenemos su regulación en el Estado de Chiapas, Veracruz, Tlaxcala, y Quintana Roo; últimamente la Constitución de la República del Ecuador del año 2008 también lo contempla.

No obstante, existen ordenamientos jurídicos como el nuestro en que, pese a que no existe un reconocimiento expreso de esta institución procesal, se ha determinado el control de situaciones de inconstitucionalidad por omisión vía jurisprudencial tal es el caso de Colombia (Corte Constitucional Colombiana), y el Tribunal Constitucional Peruano.

1.2.- COMO SURGE EL PROBLEMA

Es sabido que uno de los problemas más comunes, y sobre los que versan parte de pronunciamientos del Tribunal Constitucional es acerca de la llamada “inconstitucionalidad de las leyes”, pues bien, precisamente la inconstitucionalidad de una norma supone un acto vulneratorio positivo de la Constitución, pero también existe la posibilidad que la Constitución sea vulnerada por un acto negativo o mejor dicho por una omisión del Estado. A ese comportamiento omisivo por parte del Estado, que está obligado según la Constitución, a realizar una acción de desarrollo constitucional, frente a determinados tipos de derechos, la doctrina y la jurisprudencia lo han denominado “Inconstitucionalidad por Omisión”.

La Inconstitucionalidad por Omisión se da en mayoría de casos en disposiciones que recogen derechos fundamentales llamados por la doctrina como “programáticos”, es decir, que encomiendan al Estado, a través de sus órganos competentes, el cumplimiento de obligaciones, ya sea de implementación de condiciones esencialmente legislativas (desarrollo legislativo) de implementación de condiciones económicas (habilitación presupuestal) o de ambas (normativas y presupuestales). En los derechos de tipo programático, resulta insuficiente la sola voluntad o decisión del destinatario del derecho, siendo bajo tales circunstancias no sólo necesaria sino prioritaria la intervención del Estado a través de actuaciones positivas o medidas prestacionales. Sin embargo, el Estado muchas veces no cumple con el desarrollo de un derecho programático (ya sea que requiera medidas de desarrollo normativo o presupuestal), generando situaciones de inconstitucionalidad por omisión.

Además de ello, debemos tener en cuenta que este tema no es pacífico a nivel doctrinario, ya que algún sector de la doctrina constitucional niega la exigencia de la inconstitucionalidad por omisión, justificando el

rol pasivo del Estado, señalando que es un tema político no justiciable, entre sus argumentos más sólidos tenemos:

- ✓ No existe en nuestra Constitución el reconocimiento expreso del “proceso de inconstitucionalidad por omisión”, en consecuencia, carece de tutela procesal.
- ✓ La libertad de configuración del legislador: El legislador tiene amplia libertad política de realización de contenidos normativos. En ese sentido es el legislador quién determina el plazo, el modo, la forma y el contenido de la norma.
- ✓ La división de poderes: El juez constitucional al resolver una situación de inconstitucionalidad por omisión, en su sentencia exhortaría al legislativo a dictar la norma en un plazo determinado, invadiendo facultades legislativas.
- ✓ La estructura de las normas constitucionales: en especial de las “cláusulas programáticas” de una Constitución no son exigibles, mientras no se emita una ley de desarrollo constitucional.
- ✓ El carácter negativo de la jurisdicción constitucional: El Tribunal Constitucional, en palabras de Kelsen, “no produce sino, que anula la norma, es decir que actúa como legislador negativo”. Esta calidad de legislador negativo del tribunal constitucional excluye de plano cualquier actividad de aquello que es propio del legislador positivo.

Estos son los principales argumentos de la doctrina constitucional que niega la existencia de la inconstitucionalidad por omisión y por ende su control jurisdiccional.

Por otro lado, existe otro sector doctrinario mayoritario que considera que las situaciones de inconstitucionalidad por omisión deben ser controladas jurisdiccionalmente, entre sus principales argumentos tenemos:

- ✓ El carácter de Norma Suprema de la Constitución.
- ✓ El carácter de Norma Jurídica de la Constitución, que vincula tanto a los poderes públicos y a los privados.
- ✓ La función transformadora del constitucionalismo social

Dentro de este contexto, al carecer nuestro ordenamiento jurídico peruano de una forma de control jurisdiccional expreso, es preciso, determinar si es posible el control de situaciones de inconstitucionalidad por omisión.

1.3.- COMO SE MANIFIESTA Y QUE CARACTERISTICAS TIENE

El poder legislativo y el ejecutivo – no pocas veces han incumplido con su deber constitucional de dictar leyes y reglamentarlas respectivamente, ante mandatos expesos de la Constitución que así lo establecen en determinadas materias.

Esta situación de inercia de los poderes públicos ante su deber constitucional de legislar o reglamentar sobre determinadas materias, no pasa por ser eminentemente política- sino que adquiere muchas veces relevancia constitucional- cuando afecta derechos fundamentales de las personas.

Entre las características de la problemática de la situación de inconstitucionalidad por omisión, tenemos:

- ✓ Se produce por falta de desarrollo normativo total (omisión absoluta) o parcial (omisión relativa) del mandato constitucional, por parte de los poderes públicos (especialmente legislativo o ejecutivo)
- ✓ No se produce el desarrollo normativo total (omisión absoluta) o parcial (omisión relativa) del mandato constitucional en un tiempo razonable.

- ✓ Se produce un resultado inconstitucional: La pérdida de la eficacia de la Constitución o la vulneración manifiesta de derechos fundamentales. En ese sentido, no toda omisión de los poderes públicos será inconstitucional, es necesario que se produzca un efecto inconstitucional o una situación “no querida por el constituyente”

Estas situaciones de vulneración de derechos fundamentales y de la pérdida de la eficacia normativa de la Constitución, se manifiestan muchas veces en hechos de gran relevancia social, política y jurídica, producto de la omisión del legislador o del poder ejecutivo, cuando no se dicta la norma de desarrollo constitucional (omisión absoluta) o si bien se dicta la norma, pero de manera deficiente o que excluye de un beneficio a un determinado grupo de personas (omisión relativa).

Una de las manifestaciones de este problema, se produjo lamentablemente con relación al derecho fundamental a la consulta previa de los pueblos indígenas. Los hechos sucedieron en el año 2009, en el que, el gobierno del aquel entonces, expidió dos decretos legislativos que regulaban el tema forestal y el aprovechamiento de las tierras de uso agrario (decretos legislativos 1090 y el 1064), lo que ocasionó el rechazo por los pueblos indígenas, ya que eran incompatibles con el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en el que se establece el derecho a la consulta previa e informada de los pueblos indígenas (el Estado peruano aprobó el Convenio 169 de la OIT a través de la Resolución Legislativa N.º 26253, del 2 de diciembre de 1994, entrando en vigencia a partir del 2 de febrero de 1995).

Cabe precisar que, dicho Tratado Internacional (de rango constitucional), obligaba al Estado Peruano desarrollar legislativamente el tema de la Consulta Previa, pero no solo se omitió hacerlo durante más de quince años, sino que además el Estado Peruano, a través del poder ejecutivo, expidió una serie de reglamentos que eran incompatibles con el derecho a la consulta previa.

Las consecuencias fueron nefastas, pues luego de una serie de protestas, el día 5 de junio del año 2009 se enfrentaron policías e indígenas en la Curva del Diablo (Bagua-Región Amazonas), ocasionando varias muertes. Ante tal situación, el Congreso aprobó la derogación de los decretos que eran incompatibles con el Convenio 169 de la OIT.

Luego, la ley de consulta previa (que debió ser desarrollada mucho tiempo antes) recién fue priorizada dentro de las mesas de trabajo que reunió al Ejecutivo, Legislativo, las asociaciones indígenas y la sociedad civil. Y fue así que, en el mes de agosto del 2011, se logró aprobar dicha norma, después de varios años de silencio por parte del legislador.

Este es sin duda un caso de derechos fundamentales que requieren de desarrollo legislativo posterior, constituyendo un claro supuesto de inconstitucionalidad por omisión por parte del Estado, con terribles consecuencias sociales, políticas, jurídicas y sobre todo personales, pues varios policías e indígenas murieron en el enfrentamiento por una ley que debió ser regulada con anterioridad.

Otra manifestación problemática es la relativa a la vulneración del derecho fundamental a la salud pública de los pobladores donde funcionan las compañías mineras en nuestro país (Doe Run,

Yanacocha, entre otros) en donde los niveles de intoxicación de plomo y otros componentes en la sangre de niños y madres gestantes se han incrementado considerablemente en los últimos años, sobrepasando el límite de nivel de plomo en la sangre recomendado por la Organización Mundial de la Salud (OMS). Sin embargo, el Estado no ha diseñado ninguna política pública, ni la emisión de normas al respecto, poniendo en riesgo el derecho a la integridad, la salud y la vida de los pobladores. Sin duda, ello constituye un supuesto más de inconstitucionalidad por omisión por parte del Estado, que está ocasionando vulneración manifiesta de derechos fundamentales.

Estos son tan solo dos hechos concretos de gran relevancia social que demuestran que tan grave puede ser la omisión del legislador o del ejecutivo al no expedir leyes o reglamentarlas cuando se encuentra constitucionalmente obligado a hacerlo, y la vulneración de derechos fundamentales que ocasiona ello.

En nuestro ordenamiento jurídico peruano, no existe ningún mecanismo de control jurisdiccional expreso (proceso de inconstitucionalidad por omisión, como la Constitución de Brasil, Venezuela, Ecuador, entre otros) que haga efectivos los derechos fundamentales que se vean vulnerados frente a las omisiones de los poderes públicos (legislativo o ejecutivo), en ese sentido nuestra **Formulación del Problema**, es el siguiente:

¿En qué medida la jurisdicción constitucional puede controlar una situación de inconstitucionalidad por omisión que vulnere derechos fundamentales de la persona?

1.4.-METODOLOGÍA EMPLEADA.

1.4.1.-TIPO DE INVESTIGACION:

La presente tesis nos muestra una investigación Dogmática, pues a través de doctrina y jurisprudencia se pretende demostrar que existe la posibilidad de controlar jurisdiccionalmente una situación de inconstitucionalidad por omisión que afecte los derechos fundamentales de la persona.

1.4.2.-POBLACIÓN Y MUESTRA.

Población: Las Sentencias del Tribunal Constitucional.

Muestra: - Sentencias del Tribunal Constitucional conformada por:

- ✓ STC 0083-1992-AA/TC
- ✓ STC 1365-2000-AC/TC
- ✓ STC 2945-2003-AA/TC
- ✓ STC 2016-2004-AA/TC
- ✓ STC 1956-2004-AA/TC
- ✓ STC 0006-2008-AI/TC
- ✓ STC 2002-2006-AC/TC
- ✓ STC 0014-2007- AI/TC
- ✓ STC 4227-2009-HD/TC
- ✓ STC 5427-2009-PC /TC
- ✓ STC 0019-2012-PI/TC
- ✓ STC 0020-2012-PI/TC
- ✓ STC 0021-2012-PI/TC
- ✓ STC 0013-2014-PI/TC
- ✓ STC 00676-2012-PC/TC
- ✓ STC 0008-2012-PI/TC
- ✓ STC 0017-2014-PI/TC
- ✓ STC 03131-2014-AA/TC

1.4.3.-INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS:

El instrumento o técnica a utilizar son el **ANÁLISIS DOCUMENTAL** y **LA ENCUESTA**.

1.4.4.- MÉTODOS Y TECNICAS PARA LA RECOLECCIÓN DE DATOS.

MÉTODOS:

- I. **Histórico:** Se utilizó en el estudio de los antecedentes del control jurisdiccional de la inconstitucionalidad por omisión.
- II. **Descriptivo:** Necesario para la descripción de cada concepto básico de la inconstitucionalidad por omisión.
- III. **Analítico:** Me permitió analizar, cada uno de los conceptos elementales de la inconstitucionalidad por omisión y su control jurisdiccional.
- IV. **Inductivo:** Por este método ha pasado el estudio particular de cada uno de los conceptos empleados en la inconstitucionalidad por omisión, para aplicarlos al objeto de estudio.
- V. **Deductivo:** Por intermedio de este método que va de lo universal a lo particular me podrá llegar una conclusión acerca de la inconstitucionalidad por omisión en la jurisprudencia peruana.

TECNICAS:

1.- Bibliográficas: Se revisó la bibliografía relacionada con el tema de estudio. La fuente será obtenida de las Bibliotecas Especializadas de las Facultades de Derecho locales, páginas Web.

2.- Fichaje: Para la elaboración del marco teórico, se procedió al empleo de las siguientes clases de fichas: Bibliográficas, textuales, resumen, comentario y mixtas.

1.5.- OBJETIVOS

1.5.1- GENERAL:

- ✓ Determinar si existe una forma de control jurisdiccional ante una situación de inconstitucionalidad por omisión que vulnere los derechos fundamentales de la persona.

1.5.2.- ESPECÍFICOS:

- ✓ Establecer los argumentos jurídicos que fundamentan la existencia del control jurisdiccional de la inconstitucionalidad por omisión.
- ✓ Determinar si el control jurisdiccional en sede constitucional de la inconstitucionalidad por omisión vulnera el principio de separación de poderes.
- ✓ Establecer los límites que debe tener el juez constitucional al resolver un caso de inconstitucionalidad por omisión.

CAPITULO II:

MARCO TEÓRICO.

SUB CAPITULO I: INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISION: ORIGEN Y CONTEXTO HISTORICO EN EL CUAL SE DESARROLLA

1.- ORIGEN

La inconstitucionalidad por omisión es definida por primera vez en el año 1952 por el profesor alemán Wessel, quién analiza esta figura desde el punto de vista de la problemática que podría generar al ocasionar la lesión de ciertos derechos fundamentales.

Posteriormente la inconstitucionalidad por omisión fue desarrollada a través de la jurisprudencia, mediante la paradigmática sentencia del Tribunal Constitucional Alemán de fecha 29 de enero de 1969, que a continuación ilustramos con la finalidad de comprender la figura:

La Constitución Alemana (Ley Fundamental de Bonn), en su artículo 6 acápite 5 señalaba que “La legislación debe asegurar a los hijos extramatrimoniales las mismas condiciones que para los hijos nacidos dentro del matrimonio en lo que respecta a su desarrollo físico y espiritual y a su posición social”; en ese sentido, la intención del constituyente era acabar con la discriminación de los hijos por razones de origen, cuya diferenciación era tradicionalmente conocida como: Hijos legítimos e ilegítimos.

No obstante, transcurrieron veinte años sin que se expida esta ley, es decir, a pesar del mandato constitucional, el legislador omitió legislar, ocasionando un efecto inconstitucional, ya que durante ese lapso de tiempo se interpusieron muchas demandas ante el poder judicial sustentados en esta disposición constitucional, las cuales eran desestimadas bajo el argumento de una supuesta discrecionalidad del legislador, lo que motivó que tiempo después, una ciudadana decida hacer valer su derecho en la vía de la jurisdicción constitucional.

El tribunal constitucional alemán al conocer el caso, consideró que la norma constitucional tiene un encargo obligatorio para el legislador, ya que vulnera la Constitución si no cumple con el mandato en un tiempo prudente, que, en el presente caso, el plazo concedido al legislador ha vencido. Por lo que a pesar de haber transcurrido 20 años sin que se hubiese emitido la ley que desarrolle el mandato constitucional, la disposición es directamente aplicable, por lo que las autoridades administrativas y judiciales deben hacer realidad la igualdad proclamada en la Constitución. En consecuencia, el tribunal constitucional alemán, ordenó al órgano legislativo que cumpla con desarrollar normativamente el mandato contenido en el numeral 5 del artículo 6 de la Constitución Alemana, orden que tiempo después fue acatada por el legislativo, habiéndose promulgado la ley correspondiente el 19 de agosto del mismo año.

Luego del desarrollo jurisprudencial, diversos ordenamientos jurídicos han positivado esta figura como institución procesal, como es el caso de la Constitución de la ex Yugoslavia (año 1974), Portugal (año 1976), entre otros que desarrollaremos ulteriores capítulos.

2.- CONTEXTO HISTORICO EN QUE SE DESARROLLA

El origen de esta institución procesal se ubica en las Constituciones de Postguerra, que tienen una peculiar estructura, ya que sus disposiciones exigen a los poderes públicos una serie de actuaciones específicas, más aún en aquellos estados que adoptan el modelo de estado social de derecho, cuyas disposiciones constitucionales establecen mandatos de actuación a los poderes constituidos con la finalidad de desarrollar ciertos derechos constitucionales (disposiciones constitucionales más conocidas como programáticas o prestacionales).

A decir de Bazán¹ los Estados han ampliado el contenido de las Constituciones con la finalidad de alcanzar la promoción y redistribución del bienestar social y económico, asumiendo una función transformadora de la sociedad, buscando de esta manera que la Constitución, que es la norma jurídica que da origen y validez a todas las demás normas, señale principios, garantías y derechos que son directamente aplicables. En algunas oportunidades las normas que señalan estos principios, garantías y derechos, gozan de eficacia limitada, entregando a las diferentes funciones y organismos del Estado tareas y obligaciones con la finalidad de alcanzar los objetivos propuestos en la Constitución.

Pero este nuevo concepto de Constitución que propicia el nacimiento de la figura de la inconstitucionalidad por omisión, se ubica en un contexto histórico que se caracteriza por los siguientes postulados que pasamos sucintamente a analizar:

2.1.- CONSTITUCIÓN COMO NORMA JURÍDICA VINCULANTE

El concepto de Constitución ha cambiado con el devenir de la historia, así tenemos que, en los tiempos de un estado legal o legislativo de derecho, donde destacaba la primacía de la ley, la constitución carecía de fuerza normativa y era considerada como una carta de buenas intenciones. Posteriormente surge el denominado “constitucionalismo” (llamado también neo constitucionalismo o estado constitucional de derecho), le va otorgar a la Constitución y a la justicia constitucional un fuerte protagonismo.

Este cambio de paradigma, es explicado por Francisco Fernández Segado² de la siguiente forma: *“El dogma liberal de la soberanía absoluta del Parlamento, como es sobradamente conocido, ha sido sustituido en nuestro*

¹ BAZÁN, Víctor, En torno al control sobre las inconstitucionalidades e inconveniencias omisivas, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, editorial Konrad-Adenauer Stiftung, Montevideo, 2010, p. 152.

² FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: “La Inconstitucionalidad por Omisión: ¿Cauce de Tutela de los Derechos de Naturaleza socio económico?”. Ensayo publicado en la obra conjunta “Inconstitucionalidad por Omisión” bajo la coordinación de Víctor Bazán, Editorial TEMIS 1997 p. 13.

tiempo por el de la soberanía de la Constitución...”. En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que “ El tránsito del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho supuso, entre otras cosas, abandonar la tesis según la cual la Constitución no era más que una mera norma política, esto es, una norma carente de contenido jurídico vinculante y compuesta únicamente por una serie de disposiciones orientadoras de la labor de los poderes públicos, para consolidar la doctrina conforme a la cual la Constitución es también una Norma Jurídica, es decir, una norma con contenido dispositivo capaz de vincular a todo poder (público o privado) y a la sociedad en su conjunto³”.

Queda claro que actualmente nuestro concepto de Constitución ya no es más el de una carta de buenas intenciones, sino que ahora está considerada como verdadera norma jurídica fundamental y base del entero ordenamiento jurídico. Asimismo, la doctrina actual es unánime en reconocer a la Constitución como norma jurídica vinculante tanto para los poderes públicos como particulares.

Ahora, si la Constitución como Norma Jurídica vincula a todos los poderes públicos, en el sentido que éstos se encuentran obligados cumplir los mandatos en ella contenidos, siguiendo el principio de “Fuerza Normativa” de la Constitución, entonces, si el legislador o el poder ejecutivo por un tiempo prolongado omite desarrollar normativamente un precepto constitucional que así lo ordena, entonces estaremos ante un supuesto de la inconstitucionalidad por omisión. Aquí encontramos el punto de conexión entre “fuerza normativa de la constitución e inconstitucionalidad por omisión. Y es que la fuerza normativa de la constitución implica una efectiva vinculación jurídica de los poderes públicos a los preceptos constitucionales que establecen mandatos

³ STC N.º 5854-2005-PA/TC

jurídicos

A modo de conclusión de este punto, cito lo señalando por el Tribunal Constitucional en una sentencia (Expediente 5427-2009-PC-TC) respecto a la vinculación del principio de fuerza normativa de la constitución y la inconstitucionalidad por omisión: *“El reconocimiento creciente en los ordenamientos constitucionales comparados de este instituto procesal como forma jurídica idónea para controlar las omisiones inconstitucionales en que puede incurrir la autoridad competente, encuentra sustento en el principio de fuerza normativa de la Constitución que atraviesa el paradigma mismo del Estado Constitucional contemporáneo. Así, el carácter normativo que la Constitución ostenta no sólo significa que las disposiciones en ella contenidas no sean infringidas o desconocidas por las autoridades, funcionarios o personas (que no se atente contra lo constitucionalmente prohibido), sino que aquellas obligaciones que ella señala, entre las que puede encontrarse la de desarrollar normativamente determinado precepto constitucional, sean cumplidas de modo efectivo y adecuado (que se cumpla con lo constitucionalmente ordenado). Sólo de esta manera puede garantizarse la plena y completa realización del proyecto constitucional que una comunidad política ha abrigado a través de su Norma Fundamental⁴.*

Es decir, el carácter normativo que la Constitución ostenta no sólo significa que sus disposiciones deben ser cumplidas por los poderes públicos, sino que deben ser desarrolladas de manera efectiva y adecuada, para garantizar los derechos fundamentales de la persona.

⁴ STC N° 05427-2009-PC/TC-Fj 12

2.2.-PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL.

El principio de Supremacía Constitucional, por la cual se considera a la Constitución como la norma jerárquicamente superior, por encima de las demás normas que conformen el ordenamiento jurídico peruano, está consagrado en su artículo 51, el cual señala que *“La Constitución prevalece sobre toda norma legal, la ley sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente”*. A decir del tribunal constitucional⁵ con respecto a este principio ha manifestado que *“Este valor normativo fundamental de la Constitución constituye uno de los pilares fundamentales del Estado social y democrático de derecho, que es la forma de gobierno consagrada en el artículo 43° de la Carta Fundamental, que exige una concepción de la Constitución como norma, la primera entre todas, y la más relevante, que debe ser cumplida acorde con el grado de compromiso constitucional de los ciudadanos y gobernantes, en el sentido de que todos y cada uno de los preceptos constitucionales tienen la condición de norma jurídica, pues resulta difícil encontrar preceptos constitucionales carentes de eficacia jurídica; convirtiéndose cada uno de los mismos en parámetros para apreciar la constitucionalidad de otras normas y de los actos de gobierno, entre ellos los actos administrativos de los organismos reguladores”*.

Los orígenes de la supremacía normativa de la Carta Magna se remontan a los inicios del siglo XIX en Norteamérica. Así recordamos el caso Marbury vs Madison, con el fallo del Juez Marshall en 1803, quien expresó que “la ley contraria a la Constitución es nula”. Este modelo constitucional es conocido como Judicial Review.

Al respecto de este histórico caso, el profesor García de Enterría señala que la Judicial Review no es una invención personal de Marshall, sino que este

⁵ STC N° 2939-2004-AI/TC- Fj 8.

juez en “Marbury vs Madison” produjo el perfeccionamiento final y definitivo del sistema expresado en la propia Constitución Norteamericana de 1787. Recuérdesse que está en su art. VI. Sección 2 proclama la Carta Magna como the supreme law of the land: el derecho supremo de la tierra. Pero además ya Hamilton en el Federalista proponía el tratamiento de la Constitución como Fundamental Law. Asimismo, indica que entre la Revolución americana y el dictado de Marbury vs Madison, los tribunales de los Estados, habían ejercido el poder de declaración de inconstitucionalidad al menos en una veintena de casos, claro que solo respecto de normas estatales y no federales. Sea como fuera, no deja de ponderar a la concepción de supremacía normativa de la Constitución como la más importante creación del constitucionalismo norteamericano y su gran innovación frente a la tradición inglesa de la cual surgió⁶.

En ese sentido se puede señalar que esta decisión constituye la consolidación de una doctrina cuyos fundamentos teóricos estaban ya plasmados en el “Federalista” y en anteriores pronunciamientos de los tribunales.

La idea de la supremacía constitucional tiene su origen según Ferrajoli⁷ en la preocupación de los Estados modernos de equilibrar las tres tradicionales esferas del Poder Público, sin otorgar preferencias a ninguno, en especial al legislativo, logrando un sistema de pesos y contrapesos en el que impere la división funcional de poderes.

La importancia de este principio radica en que podemos comprender la figura de la inconstitucionalidad por omisión, que para el maestro argentino Bidart

⁶ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, 3ra. Edición. 2da.reimpr, Civitas, Madrid, 1991. p. 54-55

⁷ FERRAJOLI, Luigi, “Más allá de la soberanía y la ciudadanía: Un constitucionalismo global”, en Carbonell, Miguel (comp.), Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos, 2ª ed., México, Porrúa, 2002, p. 398.

Campos⁸, señala: *“Comprendemos muy bien que la doctrina de la supremacía, suministra argumentos para comprender que la Constitución se vulnera, no sólo 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.”*

En ese sentido cuando decimos que la Constitución se vulnera también cuando se deja de hacer, estamos reconociendo que la omisión de los poderes públicos de desarrollar un precepto normativo ordenando por la Constitución, puede desencadenar efectos inconstitucionales, configurándose así una situación de inconstitucionalidad por omisión. Es que, según el principio de supremacía constitucional, las disposiciones constitucionales no pueden ser vulneradas o ignoradas, por la acción u omisión de los poderes públicos.

2.3.- EL ROL DEL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO.

La existencia del Estado Social se solventa en los diversos y cada vez más variados roles que le corresponde asumir. Dentro de los mismos, ocupan un papel primordial los derechos sociales, económicos y culturales.

Su reconocimiento y sobretodo su consecución o materialización, es lo que hace que un estado puede ser considerado como uno de tipo social y lo que, por contrapartida, exige asumir responsabilidades que antaño no eran, digámoslo así, auténtica o incuestionable prioridad⁹.

⁸ CASTRO PATIÑO, Iván, 2003, “La Inconstitucionalidad por omisión: Una reforma Necesaria en la Constitución Ecuatoriana”, Tesis Doctoral, Guayaquil, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Sociales y Políticas p. 62.

⁹ SÁENZ DÁVALOS, Luis. "La protección procesal de los derechos constitucionales programáticos". En: Revista Peruana de Jurisprudencia. N° 62. Normas Legales. Trujillo, abril de 2006. p. 7.

No hay duda que esta forma de estado es como consecuencia de un proceso evolutivo y surge con motivo de las exigencias sociales, a finales del siglo XIX. En este sentido, el Estado Social de Derecho aparece como “el motor de la programación estatal que supone la Constitución” en tanto que se encarga de materializar, mediante su actuación positiva, “la realización efectiva de los valores y bienes consagrados por aquélla”. De allí la importancia de operativizar las normas dirigentes o programáticas¹⁰. Es decir, para que estas normas sean eficaces deben ser desarrolladas por los poderes públicos lo que implica un deber de acción.

Al respecto, el Tribunal Constitucional, ha señalado que "la configuración del Estado Social y Democrático de Derecho requiere no solo de la exigencia de condiciones materiales para alcanzar sus presupuestos -lo que exige una relación directa de las posibilidades reales y objetivas del Estado con la activa participación de los ciudadanos en el quehacer estatal- sino, además, su identificación con los fines de su contenido social, a efectos de que pueda evaluar tanto los contextos que justifiquen su accionar, como aquellos que justifiquen su abstención, evitando convertirse en un obstáculo para el desarrollo social"¹¹ .

A decir de Castro¹², los derechos económicos, sociales, culturales y colectivos, propios del denominado constitucionalismo social, reclamarán una actuación directa del Estado para hacer efectivas las normas constitucionales, siendo, en consecuencia, obligación de los órganos del poder público, actuar en el ejercicio de las facultades y competencias que les asigna la Constitución, para cumplir los mandatos en ella establecidos.

¹⁰ SANTOS FLORES, Israel, 2010, *Omisión Legislativa en materia Fiscal. El caso México*. Tesis para optar el grado de Licenciado en Derecho. Universidad Nacional Autónoma de México DF, Facultad de Derecho, p. 12.

¹¹ STC N° 07320-2005-PA/TC, Fj. 5.

¹² CASTRO PATIÑO, IVAN, Ob Cit, p. 18.

En este punto es necesario agregar que no existe duda que la función transformadora del constitucionalismo social constituye junto - con la fuerza normativa y supremacía de la constitución – constituyen además argumentos que fundamentan la existencia de la inconstitucionalidad por omisión.

SUB CAPITULO II: INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISION: **DESARROLLO DOCTRINARIO**

1.- DEFINICION

Para definir esta figura constitucional, es necesario tener en cuenta que, en la doctrina se pueden distinguir dos posiciones, ya que algunos autores conceptúan la inconstitucionalidad por omisión con carácter extenso (posición amplia), a diferencia de otros doctrinarios que se inclinan por la concepción más reducida (posición restringida); así pues, la definición dependerá de que vertiente o concepción (amplia o restringida) adoptemos. Por lo que advertimos entonces que la definición no es pacífica en la doctrina constitucional. Así tenemos que en la posición amplia la vulneración de disposiciones constitucionales puede producirse por la omisión de los poderes públicos en general, mientras que, en la posición restringida, la inconstitucionalidad por omisión solo comprende la inactividad del Poder legislativo (inconstitucionalidad por omisión legislativa en estricto sentido).

No obstante tal división, entre las principales definiciones de este instituto procesal, es importante destacar la de Pedro Néstor Sagúes¹³ quien señala: *“La inconstitucionalidad por omisión se plantea tanto en cuanto actos individuales impuestos por la Constitución (omisión de actos de pronunciamiento y de acto de ejecución; por ejemplo, si el Presidente no designa a un ministro, o si no pone en libertad a la persona que obtuvo en su favor un habeas corpus), como respecto al no dictado de normas generales. En este caso, el órgano moroso puede ser tanto el Poder Legislativo (si no dicta una ley que instrumente una cláusula programática); el Poder Ejecutivo (si no reglamenta una ley del Congreso), así como el Poder Judicial, cuando no asume los roles legislativos que la Constitución le encomienda...”*, por lo que puede apreciarse que el maestro argentino adopta una concepción amplia del instituto procesal, ya que la omisión inconstitucional no solo

¹³ SAGÚES, Néstor Pedro, “Elemento de Derecho Constitucional”, Editorial Astrea, Buenos Aires 1999, p. 111.

proviene del poder legislativo.

El también argentino Bidart Campos afirma que “la inconstitucionalidad por omisión sobreviene cuando el órgano que conforme a la Constitución debe hacer algo, se abstiene de cumplirlo”¹⁴. Advertimos que la definición del autor es muy genérica, pero también identificamos una concepción amplia de la institución procesal, al señalar “el órgano que conforme a la constitución”, el cual no solo incluye al legislativo, sino que también puede incluir al ejecutivo con su deber de reglamentación.

Por su parte, el destacado autor español José Julio Fernández Rodríguez¹⁵, conceptúa esta institución como *“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”*. Esta definición es más completa, pues incorpora una serie de elementos, como el factor tiempo, el tipo de norma susceptible de omisión, el órgano obligado a cumplirla (solo el poder legislativo) y la característica obligatoria del mandato constitucional. Sin embargo, se le critica en cuanto al elemento temporal, pues significaría que para la configuración de una omisión inconstitucional debe haber transcurrido un tiempo excesivamente largo sin que legislador haya desarrollado una norma constitucional, lo que sería irrazonable.

También es interesante la definición del español Fernández Segado¹⁶ al entender que “la inconstitucionalidad por omisión aparece ante la inacción

¹⁴ BIDART CAMPOS, Germán. “La justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión”. Anuario Jurídico, UNAM, Número VI, México 1979. p. 9

¹⁵ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, “La Inconstitucionalidad por Omisión. Teoría General. Derecho Comparado. El Caso Español.” Editorial Civitas, Madrid 1998. p.81.

¹⁶ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: “La Inconstitucionalidad por Omisión: ¿Cauce de Tutela de los Derechos de Naturaleza socio económico?”. Ensayo publicado en la obra conjunta “Inconstitucionalidad por Omisión” bajo la coordinación de Víctor Bazán, Editorial Temis, Bogotá, 1997, p 11.

legislativa para normar una determinada materia señalada en el texto constitucional, cuyo ejercicio pierde eficacia ante el vacío normativo, provocando con ello un vicio de inconstitucionalidad. La omisión se evidencia si la Constitución defiere a la ley y dicha ley no se expide. Es decir, cuando se incumple una orden de legislar. El propósito de la inconstitucionalidad por omisión es lograr que la voluntad del constituyente se cumpla plenamente”. Aquí el autor español resalta el hecho de que para que la inacción del legislador sea inconstitucional debe traer como consecuencia la pérdida de eficacia de la constitución.

El mencionado autor, se refiere también a la omisión por exclusión arbitraria o discriminatoria de beneficio (más conocida como omisión relativa), expresando que *“no solo la ausencia de regulación en los supuestos referidos puede dar lugar a la omisión legislativa inconstitucional, sino que también la violación de principios materiales de la Constitución por una norma legal que, por ejemplo, excluya arbitrariamente de un determinado beneficio a un colectivo social, caería dentro de la categoría de la omisión legislativa inconstitucional, en este supuesto por exclusión arbitraria”*¹⁷. Es decir, para el autor español, la inconstitucionalidad por omisión no solo comprendería la omisión de regular lo que expresa y específicamente la Constitución ordena, sino que también la omisión de principios materiales que aquella proclama.

El autor mexicano Báez Silva¹⁸, la inconstitucionalidad por omisión es “la omisión del legislador de legislar en concreto cuando ha recibido un encargo específico del constituyente para desarrollar una norma constitucional de eficacia limitada que precisa de la intervención del legislador, en un primer

¹⁷FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. Ob Cit. p. 13.

¹⁸ BÁEZ SILVA, Carlos, La inconstitucionalidad por omisión legislativa en México, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional (IMDPC), 2009, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, Nro. 27, p. 33.

momento, para alcanzar plena eficacia”. En esta definición incorpora un elemento nuevo: el tipo de norma constitucional susceptible de omisión inconstitucional, las cuales que a criterio del autor son normas constitucionales de eficacia limitada, las cuales son conocidas en la doctrina constitucional como programáticas o prestacionales.

Por su parte, para el autor venezolano Jesús Casal¹⁹, señala que “la omisión legislativa inconstitucional o inconstitucionalidad por omisión, se produce cuando el legislador no observa, en un tiempo razonable o el que haya sido fijado constitucionalmente, un mandato concreto de legislar, impuesto, expresa o implícitamente por la Constitución, o cuando, en cumplimiento de la función legislativa, se dicta una regulación no acorde con la constitución por haber omitido previsiones que la norma suprema exigía”. De esta definición podemos resaltar varios elementos importantes: la inobservancia del legislador en un tiempo razonable del mandato concreto de legislar; el mandato de la Constitución puede ser expreso o implícito y la posibilidad de incurrir en inconstitucionalidad por omisión cuando el legislador regula una materia específica contrariamente a lo ordenado por la Constitución.

En la doctrina nacional, ETO CRUZ señala²⁰ que, en su origen o concepto, la inconstitucionalidad por omisión es una figura que tiene por objeto controlar las omisiones normativas del legislador que vulneran uno o más derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. La premisa que está en la base de este mecanismo es la siguiente: así como existen normas constitucionales que reconocen principios o derechos fundamentales (normas principio), así también existen en la Constitución órdenes expresas

¹⁹ CASAL H., Jesús M., “La protección de la Constitución frente a las omisiones legislativas”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, Honrad Adenauer Stiftung Uruguay, 2003. p. 52.

²⁰ ETO CRUZ Gerardo “Treinta años de Jurisdicción constitucional en el Perú”. Centro de Estudios Constitucionales. Tomo II. Primera Edición, Junio 2014. Lima. p. 515.

al legislador que le exigen a éste desarrollar una regulación normativa para proteger o desarrollar los principios o derechos allí mencionados (normas programáticas). Por lo tanto, cuando una Corte o Tribunal declara que la inercia del legislador es contraria a la Constitución y debe ser superada, no está haciendo otra cosa que optimizar el programa normativo de esta última, y en especial, de las normas constitucionales que reconocen derechos sociales o de prestación. Como se puede apreciar de su definición, el profesor Eto Cruz resalta las normas constitucionales susceptibles de inconstitucionalidad por omisión, las cuales son las denominadas normas programáticas o prestacionales.

Para Tito Puca²¹ la inconstitucionalidad por omisión ocurre cuando por la inoperancia del legislador se obtiene una situación que atenta contra la primacía de la Constitución y/o vigencia efectiva de los derechos constitucionales. Por su parte, el profesor García Toma lo define como “transgresiones a la Constitución por ocio, incuria o negligencia de los órganos de poder dando ocasión al examen de inconstitucionalidad por abstención en la ejecución de los actos legislativos”²². Finalmente, el autor nacional Morón Urbina, de manera más concreta y simple, la conceptúa como “la inacción legislativa en la reglamentación de los principios contenidos en el texto constitucional”²³.

A mi criterio, la inconstitucionalidad por omisión se configura cuando el legislador o el ejecutivo no emite en un plazo razonable una ley o reglamento que desarrolla un mandato constitucional explícito o implícito, ocasionando

²¹ TITO PUCA, Yolanda Soledad. Guía para reconocer un verdadero criterio vinculante del Tribunal Constitucional. Gaceta Jurídica. Primera Edición, Diciembre, 2011, Lima. p. 90.

²² GARCÍA TOMA, Víctor. Teoría del Estado y Derecho Constitucional. Segunda Edición. Palestra. Lima, 2008, p. 624.

²³ MORÓN URBINA, Juan Carlos. La Omisión Legislativa como un caso de inconstitucionalidad. Revista Jurídica del Perú, Lima, 1988 Pág. 28.

un resultado inconstitucional que se traduce en la vulneración la eficacia normativa de la constitución o la vulneración de los derechos fundamentales de la persona.

Mi parecer es que no podemos acogernos a una concepción restringida, pues la inconstitucionalidad por omisión no solo puede provenir del órgano legislativo sino también del ejecutivo, tal como se aprecia de la jurisprudencia del tribunal constitucional peruano y del derecho comparado. En esta misma opinión la destacada autora mexicana RANGEL HERNANDEZ señala que “la omisión legislativa constituye por sí misma una violación constitucional. Se trata de una conducta omisiva, por parte del legislador o del ejecutivo federal en cuanto a la función reglamentaria que impiden que pueda efectivizarse los principios constitucionales, y por tanto altera el orden jurídico”²⁴.

2.- ELEMENTOS:

Teniendo en cuenta las definiciones del instituto de la inconstitucionalidad por omisión, pasamos a desentrañar cada uno de sus elementos que lo conforman, los cuales, si bien no existe consenso en la doctrina²⁵ respecto a la configuración de cada uno de ellos, considero los siguientes:

2.1.- EXISTENCIA DE UNA OMISIÓN ABSOLUTA O RELATIVA

Con relación al origen jurídico del término “omisión”, algunos autores consideran que lo encontramos en el derecho romano en los casos donde el juez se abstenía a dictar sentencia y al olvido del testador de uno o más

²⁴ RANGEL HERNÁNDEZ, Laura M, Inconstitucionalidad por omisión legislativa, Teoría general y su control jurisdiccional en México, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional (IMDPC), Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, Nro.33 México, 2009, p. 347.

²⁵Por ejemplo, Morón Urbina lo divide en cuatro elementos: a) exigencia constitucional impuesta al legislador para actuar positivamente; b) la inacción o abstención del mismo respecto a ese deber; c) el trascurso del tiempo que genera fraude constitucional y d) la ineficacia de la voluntad del constituyente. En “La omisión legislativa inconstitucional y su tratamiento jurídico”, Revista Peruana de Derecho Constitucional, Lima N° 1, 1999, p.461.

herederos forzosos (preterición).

No obstante, el derecho penal también lo utiliza al tratar de los delitos de omisión, para referirse a algo reprochable, contrario a la vigencia del derecho. De esta manera, tal como lo señala el profesor Juan Bustos²⁶, *“El tratamiento de la omisión en la dogmática penal es reciente. En el siglo XIX, no había mayor preocupación por el delito cometido por omisión, al cual se le aplicaban las mismas reglas que los de comisión. Los peligros de la vida moderna hacia plantearse en ciertos y determinados casos un deber de actuar del ciudadano”*.

En opinión de Fernández Rodríguez, este concepto de omisión se trasladó al seno del derecho constitucional para crear el concepto que resulta útil para el análisis objeto de esta memoria, ya que le otorga una carga de antijuridicidad y de reprochabilidad necesaria y útil para la formulación del mismo, que entendemos de una manera simplificada, como una “vulneración del ordenamiento jurídico a causa de un dejar de hacer por parte de quien está obligado a actuar, dicha obligación tiene su origen en una norma vigente al momento de suceder la infracción²⁷. Ahora, la inconstitucionalidad por omisión puede ser por falta de desarrollo normativo total (absoluta) o parcial (relativa) del mandato constitucional.

La omisión será total o absoluta cuando no se dicta la ley que ordena un precepto constitucional. Estamos aquí ante lo que la doctrina denomina “inconstitucionalidad por omisión formalmente considerada”. En cambio, la omisión parcial o relativa es cuando si bien el legislador ha dictado la ley que

²⁶ BUSTOS RAMIREZ, Juan, Obras Completas, Tomo I. Ara Editores, Lima, año 2005, p. 973

²⁷ FERNANDEZ RODRIGUEZ, José Julio. “Aproximación al Concepto de Omisión Legislativa”. En “En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión”. Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, México, Segunda edición, año 2007, p. 21.

desarrolla un precepto constitucional, sin embargo, el desarrollo legislativo es deficiente, incompleto o vulnera el principio de igualdad, en este último caso estamos a lo que los juristas denominan “exclusión arbitraria o discriminatoria de beneficios”, siendo considerada una inconstitucionalidad por omisión materialmente considerada.

2.2.- EXISTENCIA DE UN MANDATO CONSTITUCIONAL EXPLÍCITO O IMPLÍCITO.

El mandato de desarrollo normativo debe estar contenido en la Constitución. Aunque la doctrina y jurisprudencia también ha admitido que el mandato puede estar contenido en un tratado internacional de derechos humanos, ratificado por el estado, así el profesor Bazán ha señalado que: “No parece irrazonable pensar que el precepto de control de convencionalidad a cargo de la jurisdicción deba llevarse a cabo para enfrentar no solo acciones o normas lesivas de la CADH, sino también a omisiones estatales que resulten contrarias a esta.²⁸”. En materia jurisprudencial el tribunal constitucional peruano aceptó esta tesis en el Expediente 5427-2009-AC-TC, en el cual verificó la existencia de la inconstitucionalidad por omisión que había incurrido el Estado (ministerio de energía y minas) al no haber reglamentado el derecho a la consulta previa, cuyo mandato de desarrollo normativo provenía del Convenio 169 OIT (Tratado de Derechos Humanos).

Ahora con relación a las características del mandato constitucional (provenza de la constitución o de un tratado de derechos humanos) tiene que ser concreto ya que un mandato constitucional abstracto es impreciso, genérico, siendo difícil de configurar un supuesto de inconstitucionalidad por omisión.

²⁸ BAZÁN, Víctor, En torno al control sobre inconstitucionalidades e inconvencionalidades omisivas, en Anuario Latinoamericano de Derecho Constitucional 2010, Konrad-Adenahuer Stiftung, Montevideo, 2010, p. 173.

Al respecto, el profesor Fernández Segado señala “...en un primer momento, la no realización normativa de un mandato constitucional abstracto nos sitúa simplemente ante un incumplimiento de las exigencias constitucionales, ante lo que se ha llamado una “situación constitucional imperfecta”, que, aunque criticable, no puede ubicarse aún dentro del ámbito de la omisión legislativa inconstitucional.”²⁹

Con relación al carácter de concreto, cabe precisar que del texto constitucional debe desprenderse de forma expresa o implícitamente el deber de legislar una determinada materia. En ese sentido no toda omisión que incurra el poder legislativo o ejecutivo respecto a sus funciones legislativas o reglamentarias genera por sí una inconstitucionalidad por omisión, sino que esta se configura ante el incumplimiento de un mandato concreto de desarrollo normativo.

El mandato constitucional, puede ser no solo explícito, sino también implícito, es decir, cuando en la Constitución no se establezca de manera expresa el deber de legislar sobre una materia específica, pero exista una disposición constitucional que señale la obligación del Estado de desarrollar medidas para garantizar el ejercicio y efectividad de un derecho concreto, existirá ya un mandato implícito de legislar.

Así Villaverde confirma esta postura, señalando que para que ese silencio sea lesivo de la Constitución no es necesario que afecte a aquellos deberes, explícitos o no, de legislar que la Constitución puede imponerle (sin perjuicio de que así pueda ser y sea éste el caso más evidente y sencillo de omisión

²⁹FERNÁNDEZ SEGADO. Francisco. “La inconstitucionalidad por Omisión: ¿cauce de tutela de los derechos de naturaleza socio económica?”. Ensayo publicado en la obra colectiva “Inconstitucionalidad por Omisión”, bajo la coordinación de Víctor Bazán. Editorial TEMIS, 1997, p. 16.

inconstitucional), ya que basta con que su silencio constituya una indebida forma de cierre de la apertura constitucional propia de las Constituciones democráticas, o, más simplemente, su silencio mantenga o cree situaciones jurídicas contrarias a la Constitución³⁰.

De la misma opinión Laura Rangel, señala que la omisión inconstitucional legislativa: “Tiene su fundamento en la existencia de un mandato para legislar que, ya sea de forma implícita o expresa, se encuentra contenido en la norma fundamental y que ha sido desatendido por el legislador ordinario, con lo cual se causa la irregularidad del orden jurídico y en muchos casos de la indefensión o falta de certeza jurídica hacia los gobernados”³¹.

2.3.- LA EFICACIA LIMITADA DEL MANDATO CONSTITUCIONAL.

Si bien la constitución es norma jurídica y suprema, no obstante, no despliega su eficacia de la misma forma para todos los derechos que ella reconoce. Para Fernández Rodríguez una Constitución está integrada por normas con características diversas y diferentes grados de vinculación, en algunos casos su construcción no es completa y por lo tanto requiere de la actividad posterior del legislador para obtener de esta forma su eficacia plena. Agrega que “Todo texto constitucional se ve en la imposibilidad de agotar las materias que son objeto de tratamiento, no solo por razones fácticas o de conveniencia política, sino, y especialmente, por motivos de orden técnico” (...) la aludida imposibilidad fáctica y las exigencias de técnica legislativa dan lugar a que el legislador ordinario asuma la necesidad de desarrollar determinados

³⁰ VILLAYERDE, Ignacio, La inconstitucionalidad por omisión, un nuevo reto para la justicia constitucional en CARBONELL, Miguel (Coord.) En busca de las normas ausentes: Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión, 2da edición, UNAM, México, 2007, p. 57.

³¹ RANGEL HERNANDEZ, Laura, El control de las omisiones legislativas en México. Una invitación a la reflexión”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coords.), La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho, 1ª ed., Tomo VIII: Procesos constitucionales orgánicos, México, IJ-UNAM-IMDPC-Marcial Pons, 2008., p. 628.

preceptos del texto fundamental para, de esta manera, asegurar la eficiencia del proyecto constitucional y la concreción del mismo” (...) la existencia de estas normas incompletas en el Texto Básico, se traduce, como vemos, en una serie de obligaciones de desarrollo legislativo posterior (...) ³².

En ese sentido este tipo de normas constitucionales que requieren de desarrollo normativo posterior son susceptibles de ser vulneradas por omisión inconstitucional.

Aquí es necesario resaltar la opinión de Piovesan³³ al señalar que, si todas las normas de la Constitución tuviesen aplicabilidad inmediata e integral, no habría espacio para la omisión inconstitucional. De ello extrae que el campo de incidencia de la inconstitucionalidad por omisión se atiene así a las normas de eficacia limitada, puesto que la omisión inconstitucional frustra la producción amplia de sus efectos. Cierra su enfoque aseverando que el control sobre la inconstitucionalidad por omisión permite repensar la eficacia de las normas constitucionales cuando alude a una valorización de la fuerza normativa de la constitución, ya que muchas de las normas constitucionales pasan a revestirse de los medios de acción esenciales para su ejercicio.

Por lo que podemos decir que las normas constitucionales susceptibles de ser vulneradas por una omisión inconstitucional son las denominadas normas programáticas o prestacionales, que a continuación desarrollaremos.

2.3.1.- Normas constitucionales operativas y programáticas.

a) Normas Constitucionales Operativas. - Se caracterizan porque no requieren de desarrollo legislativo para ser plenamente vinculantes, son

³² FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ José Julio. La inconstitucionalidad por omisión. Ob Cit. p. 32.

³³ Citado por BAZAN Víctor. Control de las Omisiones Inconstitucionales e Inconvencionales. Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos. 1era Edición. Bogotá. Diciembre de 2014, p. 106.

ejercitables y exigibles directamente, sin que el Estado intervenga, así por ejemplo el derecho a la vida a la libertad de conciencia y religión, a las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento, entre otros. Estas normas constitucionales pueden ser objeto de desarrollo legislativo, sin embargo, su eficacia directa e inmediata no está condicionada a este desarrollo.

b) Normas Constitucionales Programáticas. –Son aquellas que para su ejercicio resulta insuficiente la sola voluntad o decisión del destinatario del derecho, teniendo el Estado que intervenir para su realización, a través de acciones concretas.

La doctrina ha utilizado diversas denominaciones a este tipo de derechos, así tenemos: “derechos programáticos”; “de aplicación progresiva”; “cláusulas programáticas”; “normas con reserva de regulación”; “normas de efecto suspendido”; “derechos prestacionales”; “derechos sociales” “normas de eficacia limitada”; “encargos del legislador” “normas dirigentes” “normas directivas”, entre otros.

A decir de Castro Patiño³⁴ son reglas constitucionales no autoaplicativas o no autooperativas. Requieren ser reglamentados por ley para entrar en funcionamiento. La no operatividad no afecta su validez, pero sí condiciona su eficacia. Según el profesor Víctor Bazán³⁵ señala que Todas las normas constitucionales vinculan sin excepción” (...) sin embargo acepta la existencia de diferentes tipos de normas constitucionales, como las programáticas indicando de ellas que: las normas programáticas “no

³⁴ CASTRO PATIÑO, IVAN, Ob Cit. p. 30.

³⁵ BAZÁN, Víctor. “Hacia la Plena Exigibilidad de los Preceptos Constitucionales: el Control de las Omisiones Inconstitucionales. Especial referencia a los casos de Brasil y Argentina”. Ensayo publicado en la obra colectiva “Inconstitucionalidad por Omisión”, bajo la coordinación de Víctor Bazán. Editorial TEMIS, Bogotá, 1997, p. 45.

contienen auto operatividad, de modo que necesitan de otras normas para adquirir exigibilidad.”

Este tipo de derechos, también denominados programáticos pueden ser clasificados de diversas formas. Si nos atenemos a lo que aparece en nuestro ordenamiento jurídico, podríamos hablar de derechos programáticos que exigen la implementación de condiciones esencialmente técnicas (legislativas o en su caso administrativas), derechos programáticos que requieren condiciones económico-sociales (habilitación presupuestal) y derechos programáticos que requieren tanto condiciones técnicas como económico sociales. En cualquiera de tales hipótesis, queda claro que el Estado ocupa un papel primordial, pues en la lógica del cumplimiento de sus responsabilidades, reside el mecanismo de motorización o impulso eficaz del derecho. Se trata de algo que tiene que ver con el cumplimiento de las obligaciones que, desde un punto de vista más bien formal, encomienda el ordenamiento a los poderes públicos. Legislar en el caso del Parlamento, reglamentar o administrar en el caso del Poder Ejecutivo.

En ese orden de ideas es preciso diferenciar como lo expresa el profesor Sáenz Dávalos³⁶ que mientras los atributos operativos se encuentran asociados a los derechos individuales y políticos (libertad individual, libertad de conciencia, derecho al sufragio) los derechos programáticos lo suelen estar a aquellos otros, de naturaleza económica, social y cultural (protección al consumidor, derecho al trabajo, derecho a la educación). En los derechos individuales y políticos existe un deber del estado de abstención (no intervención), mientras que en los derechos programáticos como los derechos económicos, sociales y culturales existe una obligación del estado de acción, de actuación, con la finalidad de hacer efectivo dichos derechos,

³⁶ SÁENZ DÁVALOS, Luis. "La protección procesal de los derechos constitucionales programáticos". Material de Estudios del Diplomado en Derecho Constitucional y Derechos Humanos. Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, Lambayeque, 2007. p. 2.

lo que el profesor Víctor Bazán³⁷ denomina la —metamorfosis, consistente en pasar de la pretensión de omisión por parte de los poderes públicos, en tanto se trate de derechos de defensa, que clásicamente se garantizan por el no intervencionismo del Estado en su desarrollo, a la prohibición de omisión, es decir, la posibilidad de exigirle a las autoridades públicas que no omita, que intervenga en la materialización de las prestaciones garantizadas por la Constitución, como es el típico caso de los derechos sociales. En esa medida al Estado le corresponde entre otros, promover condiciones que garanticen la vigencia de los postulados constitucionales.

Según Zagrebelsky, las normas programáticas constituyen el tipo de normas de eficacia indirecta que se identifican con los derechos sociales que para ser garantizados exigen la actividad del Estado, tomando en cuenta “las posibilidades y las conveniencias políticas que se manifiestan de vez cuando”³⁸.

Se puede distinguir entonces que las normas operativas son las que no requieren de regulación posterior para que ser efectivas, en cambio las programáticas necesita de regulación posterior para poder tener exigibilidad y eficacia.

Hay autores que discrepan con esta clasificación, así tenemos a GOMEZ SANCHEZ³⁹, que considera que el errado entendimiento estatal de los derechos civiles y políticos como "derechos constitucionales operativos", es

³⁷ BAZÁN Víctor. Hacia la plena exigibilidad de los preceptos constitucionales: el control de las omisiones inconstitucionales. Especial referencia a los casos de Brasil y Argentina. **En** Inconstitucionalidad por omisión. Editorial Temis. Bogotá. 1997. p. 46

³⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo, “La Constitución y sus normas”, en Carbonell, Miguel (comp.), Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos, 2ª ed., México, Porrúa, 2002, pp. 81 y ss.

³⁹ GÓMEZ SÁNCHEZ TORREALVA, Francisco Alberto. La salud como un atributo no programático. Disponible en: http://boletinderecho.upsjb.edu.pe/articulos/salud_programatico.doc. Consultado el 27/11/2014.

decir, ejercidos por la propia voluntad del titular de la libertad; y por otro lado, de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) como "programáticos", de cumplimiento progresivo, ha significado que el Estado se centre en la tutela inmediata de los primeros, pues revisten menor costo y mayor facilidad de resolución, como también menor exigibilidad, ya que mientras los DESC requieren de medidas legislativas, de inversión económica y de la estructuración de políticas nacionales destinadas a satisfacer intereses colectivos latentes, los "derechos operativos" generan un menor desembolso por parte de las arcas del Estado. Como se aprecia, la raíz del problema es considerar la existencia de derechos programáticos, cuando lo programático es la naturaleza del programa que habrá de implementarse para coadyuvar a la maximización del derecho. Hablar de "derechos programáticos" es suprimir parte de la esencia de los derechos fundamentales, pues referirse a "derechos programáticos" es hablar de derechos que han de ser satisfechos paulatinamente en el tiempo, y no de derechos que al ser fundamentales requieren de la urgente protección por parte del Estado.

Mi parecer es que no se puede negar la distinta eficacia de los derechos fundamentales (operativos y programáticos), pero ello no puede servir de justificación para que, el Estado omita, por un tiempo prolongado, desarrollar normativamente estos derechos, pues es su obligación hacerlo (implica un deber de acción), en tanto que las disposiciones constitucionales son vinculantes para los poderes públicos.

2.4- QUE LA OMISIÓN PROVENGA DE LOS PODERES PÚBLICOS.

El rol de los poderes constituidos frente a la Constitución ha cambiado de sobremanera después de la segunda guerra mundial, ya que con anterioridad se permitía una discrecionalidad del legislador al momento de expedir una determinada ley, pues la Constitución era considerada como una carta política

y no jurídica y por tanto no existía la obligación de cumplir los preceptos constitucionales.

Con el paradigma del estado constitucional de derecho, la relación de los poderes públicos frente a la Constitución es distinta, pues ésta es considerada como norma jurídica vinculante, en consecuencia, tanto los poderes públicos y los privados se encuentran obligados a cumplir sus mandatos en ella contenidos. En un estado constitucional la inactividad por parte de los poderes públicos ante un mandato constitucional concreto de legislar ocasiona una situación no querida por la Carta Magna.

El carácter normativo de la Constitución hace que las disposiciones constitucionales sean obligatorias y de inmediata aplicación. Ahora, la omisión inconstitucional es atribuible a los Poderes Públicos o poderes constituidos, siguiendo la concepción amplia de la institución. Si bien la inconstitucionalidad por omisión proviene mayormente del órgano legislativo, sin embargo, la jurisprudencia de tribunales extranjeros en general y la del tribunal constitucional peruano en particular, ha demostrado que la inacción proviene no solo del legislativo sino también del poder ejecutivo.

Con un acertado criterio, el tribunal constitucional peruano se adhiere a la concepción amplia de la inconstitucionalidad por omisión, esta postura la ha mantenido en el tiempo desde su anterior conformación al establecer: “no siendo imposible demandar la inconstitucionalidad por omisión legislativa proveniente de los Poderes Públicos”⁴⁰, posteriormente luego de su restructuración señalaba que “La inconstitucionalidad, por tanto, puede ser motivada tanto por acciones como de omisiones de los poderes públicos, y queda claro que, en cualquiera de ambas hipótesis, y dentro de lo ponderable

⁴⁰ Expediente N° 0083-1992-AA/TC.

de cada caso, se impone el correctivo por medio del proceso constitucional”⁴¹, y últimamente ha establecido que;⁴² “habiendo quedado establecida la necesidad del control de las omisiones del legislador o de alguna otra autoridad estatal en el desarrollo normativo de la Constitución”.

Es decir, queda claro que las omisiones normativas inconstitucionales pueden provenir de cualquier órgano del Estado.

2.5.- QUE HAYA TRANSCURRIDO UN PLAZO RAZONABLE

En el derecho comparado podemos encontrar constituciones políticas que establecen de manera expresa el plazo dentro del cual debe cumplirse el mandato constitucional de desarrollo normativo, en este caso, no existe duda que si el legislador omite desarrollar normativamente el mandato constitucional por el tiempo establecido estaremos ante una omisión inconstitucional.

Distinto es el caso cuando la Constitución Política no señala un plazo expreso para el cumplimiento de sus preceptos, surgiendo aquí la interrogante: ¿Cómo computamos el plazo? Aquí la doctrina se encuentra dividida pues existen dos posturas: aquellos que no consideran trascendal el factor tiempo mientras para otros es de vital importancia. En el primer grupo podemos citar a Hernández Valle⁴³ quien considera al tiempo como un criterio jurídico no importante para calificar de inconstitucional una omisión. Por su parte en el segundo grupo existen autores que se preocupan por determinar desde cuando se empieza a computar el plazo, así CARPIO MARCOS y ETO CRUZ establecen que el término razonable para medir la inactividad del legislador

⁴¹ Expediente N° 1956-2004-AA/TC. Fj. 5

⁴² Expediente 00013-2014-PI/TC Fj 25

⁴³ HERNÁNDEZ VALLE, Rubén, “Los derechos prestacionales”, en Palomino, José y Remotti, José Carlos (coords), Derechos Humanos y Constitución en Iberoamérica (Libro Homenaje a Germán J. Bidart Campos), Perú, Editorial Grijley, 2002, p. 271.

es el de la duración de una legislatura⁴⁴.

En la misma línea, MARTÍNEZ SÁNCHEZ opina que “a partir de la entrada en vigencia de la norma constitucional, estamos en presencia automática de la inconstitucionalidad por omisión legislativa y en todo caso será cada accionante quien, a través del ejercicio jurisdiccional y los tribunales en cada caso concreto, irán construyendo la jurisprudencia para acotar sobre la temporalidad⁴⁵.

Hay autores que han señalado algunas respuestas a la interrogante planteada, que van desde el “tiempo excesivamente largo de no expedir la norma” propuesta por Fernández Rodríguez, hasta la inclusión del “plazo razonable” utilizado por el jurista Néstor Pedro Sagüés, que la mayoría de la doctrina ha adoptado.

En esa misma línea, en el derecho comparado podemos encontrar el aporte que estableció la jurisprudencia venezolana respecto al plazo razonable, así la Sala Constitucional en Sentencia Nro. 91 de fecha 02 de Marzo del 2005 (caso PROVEA), señaló que en ausencia de un plazo específico, será el arbitrio del juez el que determinara, a través del criterio de razonabilidad y racionalidad, si la inercia legislativa se ha excedido o no del tiempo razonable que amerita el cumplimiento del precepto constitucional del que se trate⁴⁶.

Cabe recordar que el elemento “plazo razonable”, fue incorporado hace muchos años atrás por el Tribunal Constitucional Federal Alemán al resolver

⁴⁴ CARPIO MARCOS, Edgar y ETO CRUZ, Gerardo, El control de las omisiones inconstitucionales e ilegales en el derecho comparado, México, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política S.C (Fundap), 2004, Colección Constitucionalismo y Derecho Público, pp. 34 y 35.

⁴⁵Citado por SANTOS FLORES Ob. Cit. p. 14.

⁴⁶ MONCADA PEREZ, Himara, 2011, “El Proceso de Control de la Constitucionalidad de las Omisiones Legislativas inconstitucionales en Venezuela”, Tesis de Grado para optar el título de especialista en Derecho Procesal Constitucional. Caracas, Universidad Monteavila, Coordinación de Estudios de Postgrado, p. 36.

el famoso caso de la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos, allá por el año 1969, donde determinó la procedencia de la declaración judicial de inconstitucionalidad por omisión siempre que se den estos elementos:

- a) Transcurso de un tiempo prudente para que el órgano del caso dicte la norma reglamentaria;
- b) Mensaje constitucional claro acerca de qué debe decidirse, y,
- c) Posibilidad del poder judicial de cubrir la laguna.

Lo que debe quedar bien en claro es que el hecho de que no exista un plazo expreso para el desarrollo normativo de un precepto constitucional no implica que este deber se deba mantener en el tiempo o que quede a la discrecionalidad o antojo del legislador o ejecutivo, ya que ocasionaría lo que muchos doctrinarios denominan una “situación no querida por la constitución”, afectando su fuerza normativa. Pero ¿Cómo determinar el momento en que la inactividad del legislador se torna en inconstitucional?, al respecto, el Profesor Ignacio Villaverde⁴⁷ señala: *“la existencia del permiso constitucional sobre la determinación del momento temporal para cumplir la encomienda constitucional, hace preciso, para transformar el silencio legislativo en una omisión inconstitucional, que ese silencio conserve o genere una situación contraria a la Constitución. Este es el preciso instante en que se infringe la Constitución...”*

Para el profesor Fernández Segado, ese momento consistirá cuando se vincule la trascendencia de la omisión legislativa y el elemento temporal.

El tribunal constitucional peruano se ha adherido a la tesis del plazo razonable al señalar que: *“cuando la Constitución no haya establecido el período de tiempo en el cual deba emitirse la norma de desarrollo*

⁴⁷ VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio, “La inconstitucionalidad por Omisión. De los silencios legislativos”, Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario, Número 8, Madrid-España, 1996, p. 18.

constitucional, queda a la apreciación del juez constitucional establecer el exceso del tiempo transcurrido (...) En todo caso, la determinación de la razonabilidad del tiempo transcurrido debe atender a los resultados inconstitucionales que dicha omisión pueda ir ocasionando en el tiempo y que haga cada vez más indispensable la emanación de la norma de desarrollo constitucional”⁴⁸.

En ese orden de ideas, el elemento: “transcurso del plazo razonable” es la posición más aceptada por la doctrina y la jurisprudencia constitucional.

2.6.- EFECTO INCONSTITUCIONAL DE LA OMISIÓN O RESULTADO INCONSTITUCIONAL.

No toda omisión de los poderes públicos será inconstitucional, para ello, además de los elementos o requisitos antes citados, es necesario que se produzca un efecto inconstitucional o una situación “no querida por el constituyente” ya sea mediante la vulneración de los derechos fundamentales o que ocasione la pérdida de la eficacia de la Constitución.

En el caso de una situación de inconstitucionalidad por omisión que vulnere derechos fundamentales: “es necesario que esta omisión se concrete en verdaderos actos inconstitucionales, que pueden estar representados por violaciones graves y manifiestas de los derechos fundamentales o por la negación absoluta de su goce y disfrute efectivo, como puede ser en el caso de la falta de implementación de un derecho social prestacional por falta de desarrollo normativo⁴⁹.

También el resultado inconstitucional puede consistir cuando cause la pérdida de la eficacia de la Constitución, supuesto que se daría cuando un mandato constitucional que haya ordenado al legislador la creación de un

⁴⁸ STC 5427-2009-AC-TC Fundamento Jurídico 42

⁴⁹ STC 5427-2009-AC-TC Fundamento Jurídico 44

órgano constitucional, situación que podrá ser materia de control constitucional ya que se habría vulnerado la eficacia de la constitución.

3.- CLASIFICACIÓN:

Existen variadas clasificaciones de las omisiones inconstitucionales o también denominadas tipologías de omisión inconstitucional, entre las más importantes resalta la clasificación realizada por el profesor alemán Wessel y del maestro español José Julio Fernández Rodríguez. Al respecto hemos destacado la siguiente clasificación, además de tener en cuenta la singular distinción que realiza el Tribunal Constitucional a través de su jurisprudencia, así tenemos:

3.1.- Omisiones Absolutas y Relativas

Esta tradicional clasificación la realizó el profesor alemán W. Wessel a mediados del siglo XX, quien además es considerado como el pionero en el tema de omisiones inconstitucionales.

3.1.1.- Las omisiones Absolutas (total). - Surgen cuando existe ausencia total de desarrollo legislativo de un dispositivo constitucional que así lo requiere.

Es importante destacar la distinción de Wessel⁵⁰ al señalar que las omisiones inconstitucionales absolutas son los silencios u omisiones del legislador, mientras que las relativas son los silencios u omisiones de la ley, con el agregado de que frente a la ausencia total de desarrollo de un precepto constitucional-omisión absoluta-no hay posibilidad de demanda constitucional; en tanto que, las omisiones relativas, si son fiscalizables, ya que violan un derecho fundamental, el de igualdad ante la ley.

Ahora, en lo que respecta al control de las omisiones absolutas por la justicia constitucional no es un tema pacífico en la doctrina ni en la jurisprudencia constitucional, pues ya Wessel señalaba que la omisión absoluta genera la

⁵⁰ Citado por CASTRO PATIÑO, Iván. Ob Cit., p. 67.

imposibilidad de cualquier intervención represiva, es decir sin posibilidad de que la inactividad del legislador pueda ser corregida de algún modo. No obstante, coincido con el sector de la doctrina que considera que, si es posible tal control por la justicia constitucional, siempre que exista un mandato constitucional claro y expreso que ordene al legislador desarrollar determinado precepto.

El tribunal constitucional peruano ha reconocido la posibilidad de control de las omisiones inconstitucionales absolutas, siempre que concurren los siguientes requisitos⁵¹:

- ✓ Que exista un mandato constitucional concreto que establece la obligación de desarrollo normativo, referido a un ámbito específico claramente identificable;
- ✓ Que haya transcurrido un periodo razonable y el órgano de producción normativa no haya emitido la norma exigida desde la Constitución; y
- ✓ Que la omisión produzca un efecto o resultado inconstitucional, referido a la ineficacia del mandato constitucional que establece la obligación de desarrollo normativo, o a aquellas violaciones graves y manifiestas de los derechos fundamentales, como es el caso de la negación absoluta de su goce y disfrute efectivo (falta de implementación o desarrollo normativo de un derecho social).

Es de reconocer la posición del tribunal constitucional respecto al control de la inconstitucionalidad por omisión absoluta, a diferencia de la Corte Constitucional Colombiana quién ha declarado la improcedencia del control de las omisiones absolutas al no existir la norma cuya validez pueda ser confrontada con la Constitución.

⁵¹ STC Nro. 00013-2014-PI/TC Fj 26

3.1.2.- Omisiones Relativas (parcial)- En este caso, el legislador cumple con el deber de legislar requerido por una disposición constitucional, no obstante, este desarrollo legislativo es deficiente, incompleto o excluye a un determinado grupo de personas, vulnerando el principio- derecho de igualdad. En la jurisprudencia alemana a estas clases de omisiones se le denomina “exclusión arbitraria o discriminatoria de beneficio”, ya que se excluye a algunas categorías de personas, contraviniendo el principio de igualdad.

Para el autor español José Fernández Rodríguez⁵² referirse a omisiones absolutas y relativas sería asimilable a decir omisiones totales, en caso de ausencia total de desarrollo de un precepto constitucional y parciales, pudiendo estas últimas subclasificarse en 1.- En cuanto impliquen una restricción o infrinjan el principio de igualdad o 2.- provoquen una incompleta o deficiente regulación, por ausencia de normativa acabada que origine la ineficacia de una norma constitucional.

Ahora con relación a la corrección de las omisiones relativas o parciales, existen diversos métodos, entre la que destaca, la sentencia aditiva, que al parecer de Gascón Abellán⁵³ considera que suponen el reconocimiento de la inconstitucionalidad por omisión y censuran el precepto legal impugnado o cuestionado no por lo que dice, sino por lo que no dice, es decir, “en la medida en que no prevé” algo, lo que implica que declara inconstitucional la omisión de regulación expresa de un determinado supuesto de hecho, por ejemplo, la falta de atribución de un derecho, ventaja o beneficio a una clase de

⁵² FERNANDEZ RODRIGUEZ, José Julio. “Aproximación al Concepto de Omisión Legislativa”. En “En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión”. Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, México, Segunda edición, año 2007, p. 59.

⁵³ Citado por BAZAN Víctor. Control de las Omisiones Inconstitucionales e Inconvencionales. Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos. 1era Edición. Bogotá. Diciembre de 2014, p. 106.

sujetos. Así y para reparar la inconstitucionalidad de esa omisión legislativa, la sentencia “añade” por vía interpretativa, la regulación que falta, por lo que podría definirse una sentencia aditiva-siempre en la visión de la autora individualizada en el párrafo anterior- como aquella que extiende la aplicación de un precepto legislativo a un supuesto de hecho no previsto en el mismo, pero sin el cual sería inconstitucional⁵⁴.

El tribunal constitucional peruano ha reconocido la posibilidad de control de las omisiones inconstitucionales relativas, siempre que concurran los siguientes requisitos⁵⁵:

- ✓ Que exista un mandato constitucional que establezca la obligación de desarrollo normativo, referido a un ámbito específico claramente identificable, mandato que siempre proviene del propio texto constitucional.
- ✓ Que la norma emitida obvie una parte inescindible de la materia a regular u omita de forma arbitraria a algún destinatario de la misma, afectando algún derecho fundamental o tornando en ineficaz alguna disposición constitucional.
- ✓ Verificar la posibilidad de integración por parte del órgano jurisdiccional frente al ocio del órgano normativo.

A mayor abundamiento y siguiendo el criterio de otras cortes constitucionales como la colombiana, se puede concluir que la omisión relativa se configura principalmente cuando la norma emitida favorece o beneficia a ciertos grupos de ciudadanos, pero perjudica o excluye a otros de los beneficios de un derecho que reconoce al resto.

⁵⁴ Ídem.

⁵⁵ STC Nro. 00013-2014-PI/TC Fj 28

3.2.- Omisiones Formales y Materiales.

Esta distinción surge en la doctrina italiana, en la cual en las omisiones formales existe una inactividad total o parcial del legislador frente a un deber de desarrollo legislativo de un precepto constitucional, en cambio las omisiones materiales lesionan el principio de igualdad al excluir a ciertas categorías de personas en la legislación.

Según José Fernández Rodríguez, “las omisiones formales suponen que el legislador ha adoptado una posición total o parcialmente inactiva respecto a un encargo al legislador que por definición necesita regulación de desarrollo, mientras que la omisión material vulnera el principio de igualdad en tanto que olvida a quien debería igualar, a los grupos regulados en la normativa existente⁵⁶”.

En ese sentido, las omisiones absolutas tendrían que ser siempre de tipo formal, no sucediendo lo mismo con las omisiones relativas o parciales ya que dependerá del caso, pues pueden ser materiales si vulneran el principio de igualdad o formales cuando sin vulnerar el principio de igualdad desarrollar de manera incompleta un precepto constitucional.

3.3.- Omisión que lesiona derechos fundamentales y omisión que no los lesiona

En la primera distinción tiene lugar cuando no se realizan las medidas de desarrollo legislativo o reglamentarios necesarios para el desarrollo efectivo de los derechos fundamentales denominados “programáticos y prestacionales” como lo suele clasificar la doctrina. Aquí se requiere que el mandato constitucional expreso o implícito sea claro y preciso, es decir forme parte de lo “constitucionalmente ordenado” a los poderes públicos. Sin duda

⁵⁶ FERNANDEZ RODRIGUEZ, José Julio. Ob. Cit. p. 60

esta clase de omisión es de mayor relevancia y el que más situaciones presenta.

Fernández Rodríguez⁵⁷ señala que la trascendencia de esta primera distinción es necesariamente mayor por el peso específico que tales derechos tienen en el concepto de Constitución impuesto hoy en la doctrina, esto es, Constitución que posee un contenido axiológico determinado, además de que los derechos fundamentales en la actualidad ostentan un papel determinante pues se muestran como base funcional de la democracia. Agrega el autor que, pese a que el articulado constitucional que recoge los derechos fundamentales sea inmediatamente exigible, puede producirse omisión inconstitucional por no llevar a cabo las medidas necesarias complementarias (legislación de desarrollo en el nivel sustantivo y, sobre todo, en el adjetivo) para su efectividad plena.

En el otro escenario, si la inactividad del legislador no afecta derechos fundamentales, la omisión inconstitucional no será susceptible de ser controlada jurisdiccionalmente, ya que no se presentará el elemento “resultado inconstitucional: vulneración de derechos fundamentales”, salvo que se trate de un mandato constitucional que haya ordenado al legislador la creación de un órgano constitucional, situación que podrá ser materia de control constitucional ya que se habría vulnerado la eficacia de la constitución.

3.4.- Omisión Evitable e Inevitable

La distinción entre omisión evitable e inevitable alude al hecho de que, en el primer subtipo, el legislador no desarrolla los preceptos constitucionales, a pesar de que las condiciones se lo permiten. En la segunda división, factores de corte extrajurídico, tales como la conveniencia política, la posición

⁵⁷ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio. La Inconstitucionalidad por omisión. Teoría General. Derecho Comparado. El caso Español. Civitas, Madrid, 1998. p. 113.

ideológica, el costo económico o la opinión pública sumen al legislador en la imposibilidad o en la necesidad de no poder desarrollar los preceptos constitucionales⁵⁸.

Es decir, en la primera la eficacia de la norma legal queda entredicho por carecer de dotaciones presupuestarias y otras actuaciones paralelas que podría haberse llevado a cabo en el contexto socioeconómico donde se produce; en la segunda categoría se indican situaciones en las que los factores extrajurídicos sobre los que descansa la efectividad del derecho sumen al legislador en la tesitura de no poder desarrollar los preceptos constitucionales, por ejemplo, ciertos derechos sociales que entrarían en este supuesto dadas las exigencias monetarias y organizativa que puede suponer, quizá excesivas e inviables en épocas cuando el ciclo económico no discorra por una de sus zonas altas⁵⁹.

En ese orden de ideas el control jurisdiccional de una situación de inconstitucionalidad por omisión no procederá en un contexto donde el legislador no estuvo en la posibilidad de dictar la norma por factores extrajurídicos, que se puede dar por ejemplo cuando un país atraviesa una crisis económica, no existiendo recursos para implementar los derechos sociales.

3.5.- Omisiones constitucionalmente explícitas y omisiones de configuración jurisprudencial

Esta clasificación es realizada por el tribunal constitucional peruano en la Sentencia 0006- 2008- PI-TC.

En el caso de las omisiones constitucionalmente explícitas, que son las que contravienen un mandato constitucional expreso de legislar. Este es el caso

⁵⁸CASTRO PATIÑO, IVAN. Ob. Cit. p. 69.

⁵⁹ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio. La Inconstitucionalidad por omisión. Ob. Cit. p.115.

de un precepto constitucional que reconoce un derecho fundamental o crea un órgano constitucional delegando a la ley su configuración o regulación. Los supuestos de mandatos explícitos a legislar, constituyen normas constitucionales dirigidas al legislador y su control puede hacerse en sede jurisdiccional siempre que pueda desprenderse un mandato explícito y la inacción del legislador se haya constatado a lo largo de un periodo razonable.

Por otro lado, distinto son los supuestos en que la constatación de la omisión solamente se pone en evidencia como consecuencia de la interpretación judicial de los derechos fundamentales o del desarrollo de las cláusulas orgánicas de la Constitución en lo que se pueda constatar que los contenidos constitucionales no son posibles sin la intermediación legislativa. El Tribunal designa a esta última categoría de pretericiones como de “configuración jurisprudencial” y ellas se conforman como mandatos normativos que se proyectan con efectos erga omnes. Es decir, cuando el órgano legislativo no cumple con lo ordenado por el Tribunal Constitucional mediante jurisprudencia vinculante.

3.6.- Omisión normativa constitucional directa e indirecta

Esta clasificación también es realizada por el tribunal constitucional en el Expediente N° 05427-2009-PC/TC (caso AIDSESEP), en el cual distingue lo que denomina omisión normativa inconstitucional directa, que surge cuando el legislador no dicta la ley que desarrolla un precepto constitucional; en cambio la omisión normativa inconstitucional indirecta surge por la falta de reglamentación de aquello que ha sido desarrollado en una ley y que debe ser detallado en un reglamento para dar cabal cumplimiento a lo establecido en la Constitución.

4.-TIPOLOGÍA DE LAS SENTENCIAS QUE RESUELVEN UNA SITUACION DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN, SOLUCIONES Y LIMITES.

4.1.- SENTENCIAS QUE RESUELVEN UNA SITUACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN.

Los tribunales o cortes constitucionales extranjeros al momento de resolver una situación de inconstitucionalidad por omisión han adoptado una cierta tipología de sentencias (consideradas atípicas), ya que las tradicionales sentencias estimatorias o desestimatorias no resolverían la pretensión demandada, como es el caso de las omisiones relativas, que no son del todo inconstitucionales, sino en la parte correspondiente de la norma que excluye o vulnera a cierto grupo de ciudadanos, vulnerando el principio derecho a la igualdad.

Al respecto, es interesante la clasificación de sentencias constitucionales que realiza el tribunal constitucional peruano⁶⁰ entre, las cuales nos interesa las denominadas “sentencias interpretativas-manipulativas (o normativas)” cuyo origen jurisprudencial lo encontramos en Italia, que darían solución ante una pretensión de inconstitucionalidad por omisión, entre las que destacan:

4.1.1.-Sentencias Aditivas. – En este tipo de sentencias se verifica una situación de inconstitucionalidad por omisión relativa.

Tal como lo define el tribunal⁶¹ se procede a “añadir” algo al texto incompleto, para transformarlo en plenamente constitucional. En puridad, se expiden para completar leyes cuya redacción rónica presenta un contenido normativo “menor” respecto al exigible constitucionalmente. En consecuencia, se trata de una sentencia que declara la inconstitucionalidad no del texto de la norma o disposición general cuestionada, sino más bien de lo que los textos o normas no consignaron o debieron consignar. La finalidad en este tipo de sentencias consiste en controlar e integrar las omisiones legislativas inconstitucionales, es decir, a través del acto de adición, evitar que una ley

⁶⁰ STC N° 0004-2004-PC-TC

⁶¹ STC N° 0004-2004-PC-TC

cree situaciones contrarias a los principios, valores o normas constitucionales.

Es usual que la omisión legislativa inconstitucional afecte el principio de igualdad por lo que al extenderse los alcances de la norma a supuestos o consecuencias no previstos para determinados sujetos, en puridad lo que la sentencia está consiguiendo es homologar un mismo trato con los sujetos comprendidos inicialmente en la ley cuestionada⁶².

Mediante este tipo de sentencias, a decir del Tribunal Constitucional “se declara la inconstitucionalidad de una disposición o un parte de ella, en cuanto se deja de mencionar algo en la parte en la que no prevé que (...) que era necesario que se previera para que ella resulte conforme a la Constitución. En tal caso, no se declara la inconstitucionalidad en todo el precepto legal, sino solo de la omisión, de manera que, tras la declaración de inconstitucionalidad, será obligatorio comprender dentro de la disposición aquello omitido”⁶³.

Este tipo de sentencias están asociadas a la inconstitucionalidad por omisión relativa, pues el tribunal realiza una interpretación constitucional del precepto legal cuestionado para que sea conforme a la Constitución y de esta manera incluya o incorpore un nuevo supuesto a la norma que comprenda lo excluido.

Sin embargo, este tipo de sentencias han recibido muchas críticas, ya que supondrían una invasión a las competencias del legislador, ya que el tribunal vía interpretativa produce una adición a la norma, es decir añade un supuesto no contemplado por el legislador. Para aclarar dichas críticas, es preciso citar

⁶² TITO PUCA, Yolanda Soledad. Guía para reconocer un verdadero criterio vinculante del Tribunal Constitucional. Gaceta Jurídica. Primera Edición, Diciembre 2011. Lima. p. 101.

⁶³STC N° 00010-2002-AI/TC

a Díaz Revorio quien señala : “En efecto hay que tener en cuenta que el tribunal constitucional se enfrenta a una opción legislativa ya adoptada, cuya constitucionalidad hay que salvar en la parte en que no sea estrictamente contraria a la Constitución; cuando para salvar dicha constitucionalidad es preciso extender las consecuencias ya establecidas por el legislador a los supuestos no previstos, ello puede realizarse si dicha extensión viene impuesta por la Constitución y no permite margen de discrecionalidad alguno”⁶⁴.

En ese sentido las sentencias aditivas no afectan las funciones legislativas ni el vulneran el principio de división de poderes, ya que la función interpretativa que realiza el tribunal al adicionar a la norma un supuesto no establecido por ella, no puede ser considerada como función legisferante, sino que es un deber impuesto por la carta fundamental, para alcanzar una de las finalidades de los procesos constitucionales que es garantizar la vigencia efectiva de los derechos fundamentales de la personas que, en el caso de las omisiones relativas, han sido excluidas por la norma cuestionada.

4.1.2.- Sentencias Exhortativas. – El tribunal constitucional en varios procesos constitucionales ha adoptado este tipo de sentencias como simples recomendaciones o sugerencias al legislador para que dicte la norma omitida, así como también existen aquellas sentencias exhortativas efectivamente vinculantes en el cual se le otorga un plazo al legislador para que “suprima” la situación de inconstitucionalidad generada.

Entonces cabe establecer la diferencia entre sentencia exhortativa no vinculante, que supone una simple recomendación o sugerencia al legislador, pero sin declaración de inconstitucionalidad alguna y que, “partiendo de su

⁶⁴ DIAZ REVORIO, Francisco Javier. El Control de Constitucionalidad de las Omisiones Legislativas Relativas en el Derecho Comparado Europeo. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 21. Núm. 61. Enero-Abril 2001, p. 115

función armonizadora ante los conflictos, se plantean al legislador para que en el ejercicio de su discrecionalidad política en el marco de la constitución pueda corregir o mejorar aspectos de la normatividad jurídica. En tales sentencias opera el principio de persuasión y se utilizan cuando, al examinarse los alcances de un proceso constitucional, si bien no se detecta la existencia de un vicio de inconstitucionalidad, se encuentra una legislación defectuosa que de algún modo conspira contra la adecuada marcha del sistema constitucional”⁶⁵.

Respecto a la sentencia exhortativa vinculante, si bien se declara la inconstitucionalidad de la norma legal en cuestión, el Tribunal no dispone su expulsión inmediata del ordenamiento jurídico, sino que concede al Congreso de la República un plazo para expedir la ley sustitutoria que sea conforme a la Constitución (*vacatio sententiae*)⁶⁶.

Aquí el tribunal una vez que verifica una situación contraria a la constitución, otorgando un plazo determinado o determinable al legislador para que suprima o elimine la situación inconstitucional, que en el caso de una inconstitucionalidad por omisión sería para que el legislador desarrolle o dicte la norma.

Este tipo de sentencias exhortativas vinculantes son denominadas también como “sentencia monitoria”, “admonitoria” o “apelativa”, esta clase de pronunciamientos del Tribunal Constitucional admite una ulterior clasificación, dependiendo del tipo de “exhortación” que contiene la sentencia. A decir de Sagüés, esa clasificación podría ser la siguiente⁶⁷: a)

⁶⁵ STC N° 0004-2004-PC-TC Fj 2.

⁶⁶ ETO CRUZ Gerardo. “Treinta años de Jurisdicción constitucional en el Perú”. Centro de Estudios Constitucionales. Tomo II. Primera Edición, junio 2014. Lima. p. 518.

⁶⁷ Citado por :ETO CRUZ Gerardo. Ob Cit. p. 518

sentencia exhortativa de delegación, que fija al legislador las pautas que debe satisfacer una nueva ley compatible con la Constitución; b) sentencia exhortativa de inconstitucionalidad simple, que si bien constata la inconstitucionalidad de una norma, no la invalida, por los efectos desastrosos que ello podría generar, imponiéndole al legislador el deber de suprimir la situación inconstitucional; y c) sentencia exhortativa por constitucionalidad precaria, cuando una norma es considerada “todavía” constitucional, pero puede dejar de serlo si no se toman las medidas correctivas pertinentes, a cuyo dictado se conmina al legislador.

Sin embargo, para garantizar que esta clase de decisiones del Tribunal Constitucional surta los efectos requeridos, es necesario ahondar en el tipo de obligación que de ellas se desprenden para el Poder Legislativo. A nuestra consideración, son tres las consecuencias jurídicas que se desprenden de toda sentencia exhortativa vinculante, y éstas son: en primer lugar, el deber del Congreso de la República de emitir la norma dentro del plazo concedido por la sentencia del Tribunal Constitucional; en segundo término, el deber de no emitir una norma idéntica a la ya declarada inconstitucional; y, por último, el deber de emitir la norma, dentro del plazo, siguiendo las directrices fijadas por el Tribunal, cuando éstas hayan sido incluidas en la propia sentencia de inconstitucionalidad⁶⁸.

Por último, debe señalarse que la exhortación puede concluir por alguna de las siguientes formas:

- El legislador dicta una norma sustitutiva de la declarada inconstitucional, que para el caso de la inconstitucionalidad por omisión esta situación se dará cuando el legislador simplemente emita la norma.
- El legislador no cumple con dictar la norma sustitutiva dentro del plazo establecido en la sentencia, desplegando los efectos de la misma, que para

⁶⁸ ETO CRUZ Gerardo. Ob Cit. Pág. 519.

el caso de la inconstitucionalidad por omisión significará la renuencia del legislador de dictar la norma, en tal caso “el Tribunal estará habilitado para establecer —a modo de principios o interpretación concretizadora de la Constitución— lineamientos generales de aplicación provisional para que cese dicha situación inconstitucional⁶⁹”.

Al igual que las sentencias aditivas, este tipo de sentencias han sido muy cuestionada por vulnerar el principio de división de poderes y la libertad de configuración del legislador, sin embargo, no debe ser entendido así, pues tal como lo señala la corte constitucional colombiana: *“Con esta modalidad de exhorto, esta corporación no está en manera alguna, desbordando su competencia o invadiendo la órbita de actuación del congreso. Por el contrario, el profundo respeto por la estructura del Estado y por la libertad de configuración política del legislativo es lo que explica que la corte se haya abstenido de delimitar materialmente el concepto de servicios públicos esenciales... El exhorto no debe, entonces, ser visto como una ruptura de la división de poderes, sino como una expresión de la colaboración de los mismos para la realización de los fines del Estado... Además, este tipo de exhorto no es en manera alguna innovación doctrinaria de esta corte o de esta sentencia, sino que este surge de las tensiones valorativas propias del texto constitucional, en particular de aquella que existe entre la supremacía normativa de la Constitución y el principio de libertad de configuración del legislador”*⁷⁰. Es decir, el principio de división de poderes se debe complementar con el principio de colaboración de poderes, con la finalidad de garantizar la vigencia de los derechos fundamentales de la persona.

⁶⁹ STC 0013-2014-PI/TC Fundamento Jurídico 29

⁷⁰ Sentencia C-436 de 1994 de la Corte Constitucional de Colombia

4.2.- SOLUCIONES FRENTE A LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISION

En este punto, es interesante la clasificación del maestro Néstor Pedro Sagüés⁷¹ y Castro⁷² sobre los mecanismos de solución frente a una situación de inconstitucionalidad por omisión, siendo las siguientes, teniendo en cuenta la regulación en diversos textos constitucionales:

a) Ruta de la denuncia

En este caso, una vez que el órgano de control de la omisión inconstitucional detecta la situación de inconstitucionalidad por omisión lo comunica al órgano competente del Estado (legislativo o ejecutivo).

Ej: La Constitución de la ex República de Yugoslavia, en donde el órgano de control verificaba la omisión e informaba de esta situación a la Asamblea de la República, la finalidad es denunciar la existencia de una vulneración de la Constitución.

b) Ruta de la Recomendación

En este caso, el órgano de control de la constitucionalidad, se limita a recomendar al órgano del Estado renuente la expedición del dispositivo legal omitido dentro de un plazo razonable.

Ej.: Constitución de Portugal de 1976, en donde el Consejo de la Revolución podía recomendar al legislativo que dicte la norma en un plazo razonable.

c) Ruta de la fijación de un plazo determinado para superar la omisión inconstitucional.

En este caso, una vez que el órgano de control de la omisión inconstitucional detecta la situación de inconstitucionalidad por omisión comunica al órgano legislativo la omisión incurrida y señala un plazo determinado para que cumpla con expedir la norma omitida.

⁷¹ SAGÜÉS, Néstor Pedro, Derecho Procesal Constitucional. Logros y Obstáculos, Centro de Estudios Constitucionales, Lima, 2008, pp. 124 a 127

⁷²CASTRO PATIÑO, Iván. "La Inconstitucionalidad por omisión: Una reforma Necesaria en la Constitución Ecuatoriana". Ob. Cit. Pág. 127

Ej: Constitución de la República Federativa de Brasil de 1998, cuando señala que si la omisión de una medida destinada a dar efectividad a una norma constitucional es debida a un órgano administrativo se le comunicara la declaratoria de inconstitucionalidad por omisión concediéndole 30 días para subsanarla.

Esta solución se diferencia de la anterior, pues se señala un plazo determinado para que el órgano legislativo cumpla con la omisión incurrida.

d) Ruta de la fijación de un plazo y lineamiento para su corrección

En este caso, una vez que el órgano de control de la omisión inconstitucional detecta la situación de inconstitucionalidad por omisión, no solo comunica al órgano legislativo para que cumpla con expedir la norma omitida en un plazo determinado, sino que, de subsistir la omisión, el mismo órgano de control (corte o tribunal constitucional) es quien expide los lineamientos para su corrección.

Esta solución es la más controvertida pues la Corte o tribunal constitucional actuaría como un “legislador suplente precario”, tal como lo denomina el maestro Pedro Néstor Sagúes”. Sobre ello, desarrollaremos más al respecto, en el punto siguiente respecto a los alcances de las sentencias.

e) Ruta de la Cobertura y Resarcimiento

En esta quinta posibilidad el órgano de control constitucional suple el vacío normativo existente, con el objetivo de reparar el daño que ocasiona la omisión, y en caso de que no sea posible la cobertura, se proceda al resarcimiento al perjudicado por el daño originado por la omisión incurrida.

Ejemplo: Constitución de la Provincia de Río Negro en Argentina, en donde el Tribunal Superior de la Provincia en caso de incumplimiento del legislativo de emitir la norma legal, puede este integrar el orden normativo para el caso concreto. Y, de no ser posible, determina el monto del resarcimiento a cargo del Estado, conforme al perjuicio indemnizable que se acredite.

4.3.-LIMITES A LAS SENTENCIAS QUE DECLARAN LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN.

Hemos visto en el punto anterior que es común que una sentencia de una corte o tribunal constitucional que declara una situación de inconstitucionalidad por omisión, se exhorte al poder legislativo (mayormente) o al ejecutivo para desarrollar normativamente el precepto constitucional en un plazo razonable o determinado.

Sin embargo, existe en el derecho comparado países donde sus constituciones políticas prevén que estas facultades legislativas o reglamentarias pueden ser desarrolladas por la misma corte o tribunal constitucional en caso que - pese a la exhortación dictada en la sentencia - persista la actitud omisiva del legislador. El profesor Néstor Pedro Sagüés ha denominado a este fenómeno “La Corte Constitucional como legislador suplente precario”.

Para ello el maestro cita como ejemplo el caso de la Constitución del Ecuador⁷³ aprobada por referéndum el 28 de Setiembre del 2008 que señala en su inciso 10 del art. 436 que entre las competencias de la nueva y ahora denominada Corte Constitucional: *Declarar la inconstitucionalidad en que incurran las instituciones del Estado o autoridades públicas que por omisión inobserven, en forma total o parcial, los mandatos contenidos en normas constitucionales, dentro del plazo establecido en la Constitución o en el plazo considerado razonable por la Corte Constitucional. Si transcurrido el plazo la omisión persiste, la Corte, de manera provisional, expedirá la norma o ejecutará el acto omitido, de acuerdo con la ley.* Es decir, la corte constitucional no solo es competente para declarar la inconstitucionalidad que incurren las instituciones o autoridades públicas, sino que es su

⁷³Disponible en: http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf. Consultado el 26/03/2016.

competencia además para que –en caso la autoridad pública se muestre renuente- la propia corte constitucional expida la norma omitida.

De igual manera la Constitución del Estado mexicano de Veracruz señala en su Artículo 65 Apartado III, que el Tribunal Superior de Justicia conocerá de las acciones por omisión legislativa, *“cuando se considere que el Congreso no ha aprobado alguna ley o decreto y que dicha omisión afecte el debido cumplimiento de esta Constitución (...) La omisión legislativa surtirá sus efectos a partir de su publicación en la Gaceta Oficial del Estado. En dicha resolución se determinará un plazo que comprenda dos períodos de sesiones ordinarias del Congreso del Estado, para que éste expida la ley o decreto de que se trate la omisión. Si transcurrido este plazo no se atiende la resolución, el Tribunal Superior de Justicia dictará las bases a que deban sujetarse las autoridades, en tanto se expide dicha ley o decreto”*⁷⁴.

Esta regulación es muy similar a la Constitución del Ecuador, ya que si el congreso no resuelve la omisión ordenada en el plazo establecido por la Corte Constitucional (previa intimación), este órgano está facultado para emitir provisionalmente la disposición normativa omitida.

A su vez la Constitución de Venezuela de 1999⁷⁵, en su art. 336 inc. 7º, señala al regular la inconstitucionalidad por omisión en la generación de normas por parte del poder legislativo nacional, estadual o municipal, establece que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia “establecerá el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección”. En este caso, aunque no de una forma expresa y clara como las Constituciones de Ecuador y Veracruz, se le faculta a la Sala Constitucional a regular el contenido de que tendrá la norma a dictarse, vulnerando claramente en la libertad de

⁷⁴Disponible en: <http://www.iev.org.mx/archivos/reglamentacion/conslocal29112012.pdf>. Consultado el 26/03/2016.

⁷⁵Disponible en: <http://www.mp.gob.ve/LEYES/constitucion/constitucion1.html>. Consultado el 26/03/2016.

configuración del legislador.

En consecuencia, no existe problema alguno cuando la corte o tribunal constitucional ante un caso de inconstitucionalidad por omisión- ordena al poder público demandado a cumplir con la expedición de una norma. El problema se encuentra cuando la propia corte o tribunal constitucional elabora o produce la norma –ya sea de manera provisional- supuesto que es inconstitucional pues vulnera el principio de división de poderes.

Ahora la doctrina que considera a la Corte o Tribunal Constitucional como un legislador “suplente y precario” tiene una serie de críticas referidos a tres aspectos: i) Técnico; ii) Político; iii) Funcional; que a continuación lo detallamos:

a) Técnico. - Las funciones son totalmente distintas, de un lado tenemos a la corte o tribunal constitucional cuya función es emitir sentencias y por otro lado el poder legislativo es expedir leyes. Sumado a ello, el proceso de la elaboración y redacción de una ley requiere de una serie de técnicas y métodos especializados, asesores en la materia e información calificada. Además, para expedir una ley, debe tenerse en cuenta la normatividad vigente en su conjunto- pues pueden existir otras leyes conexas o concordantes que sean modificadas o derogadas con la dación del nuevo contenido normativo. En tal sentido todo este procedimiento legislativo no podría ser realizado adecuadamente por una Corte o Tribunal Constitucional.

b) Político. - No solo se trata de elaborar y redactar una norma, sino que en un estado democrático tiene que someterse a debate, confrontación de posiciones, deliberación entre los distintos sectores políticos. Sin embargo, este contexto no se daría en una corte o tribunal constitucional.

En palabras del profesor Sagúes⁷⁶ “ *Tal espacio y paisaje difícilmente se van a encontrar en el seno de una Corte Constitucional, donde la mentalidad y los estilos imperantes, así como el discurso jurídico, transitan por otros caminos. En cierto modo, media allí un clima más profesional, universitario y académico en la tarea de hacer funcionar el derecho, que el propio de un Parlamento donde se sanciona ese derecho. (...) Es por ello que el escenario judicial tampoco sea el más adecuado para generar normas, aunque ocasionalmente algunos tribunales, en ciertos países, hayan pergeñado proyectos de ley, en particular concernientes al quehacer judicial.*” Aquí cabe diferenciar el poder político del poder jurídico. El poder político está representado por el poder ejecutivo y legislativo, es obvio que el poder judicial no es un poder político, sino jurídico, mal haría en arrogarse otras facultades, siendo contrario al principio de división de poderes. Aquí es interesante traer a colación la opinión del profesor Astete Virhuez que señala: “Se plantea entonces como razón de fondo de la división de poderes, aunque todavía sin una conciencia clara de esto, la separación entre el derecho y la política. La historia de la evolución del constitucionalismo moderno- más que la teoría constitucional- demuestra que en efecto- era esta la razón más importante de la división de poderes (...) La división de poderes se presentaba entonces primero como una división de la fuerza (poder), luego como una división de las funciones (Montesquieu), luego- podemos advertir cada día con más claridad- como una división de la ley. Por último, cuando la conciencia se internaliza sintética la división de poderes se nos aparece- en última instancia como separación de derecho y política”⁷⁷.

⁷⁶Sagúes, Néstor Pedro. Novedades sobre inconstitucionalidad por omisión: la corte constitucional de ecuador como legislador suplente y precario. Disponible en: <http://www.estudiosconstitucionales.cl/index.php/econstitucionales/article/view/222/210>. Consultado el 26/03/2016.

⁷⁷ ASTETE VIRHUEZ, Jorge. El Poder Neutro. Teoría del Equilibrio de Poderes. 2da Edición, Lima, 2009. Pág. 204-205.

c) Funcional. - Aquí se cuestiona que, en la mayoría de países de Latinoamérica, existe una gran cantidad de carga procesal, en ese sentido los recursos humanos y técnicos son insuficientes para poder aliviar en parte la gran cantidad de procesos constitucionales de la libertad y los orgánicos. Por lo que tratar de que la Corte o Tribunal Constitucional asuma también funciones de legislador en los casos de inconstitucionalidad por omisión, sería materialmente imposible y inadecuado.

Como es de verse, existen fuertes argumentos que dan a entender que la corte o tribunal constitucional al expedir una sentencia de inconstitucionalidad por omisión debe limitarse solo a exhortar al órgano legislativo que en un plazo establecido desarrolle la ley omitida (sentencia exhortativa), o en todo caso proceda a realizar una interpretación constitucional de la norma para salvar la inconstitucionalidad de la misma (sentencia aditiva) pero en ningún caso puede arrogarse funciones del legislador y emitir la ley (legislador precario), ya que se estaría contraviniendo el principio de división de poderes.

El tribunal constitucional ha dado respuesta a esta problemática señalando que en caso se declara fundada una demanda de inconstitucionalidad por omisión la solución puede darse de dos maneras, dependiendo siempre del caso en concreto: La declaración de inconstitucionalidad de la omisión y la consecuente integración normativa por parte del órgano jurisdiccional, con las respectivas limitaciones que supone el uso de esta técnica. (...) La declaración de inconstitucionalidad de la omisión, exhortando al órgano de producción normativa competente a remediar la situación relativamente inconstitucional, dentro de un plazo razonable, siendo que de haber transcurrido éste sin que el órgano

competente haya cumplido con el desarrollo correspondiente, el Tribunal estará habilitado para establecer —a modo de principios o interpretación concretizadora de la Constitución— lineamientos generales de aplicación provisional para que cese dicha situación inconstitucional⁷⁸.

Sin duda interesante la solución del tribunal constitucional, pues en caso que el órgano de producción normativa (legislativo o ejecutivo) persista con su conducta omisiva de emitir la norma, el mismo tribunal puede establecer vía interpretación constitucional los lineamientos generales para salvar provisionalmente la omisión, lo cual es perfectamente procedente por la labor creadora del juez constitucional, ya que el principio de división de poderes *“se complementa con el principio de colaboración de los poderes del Estado, permitiendo que también los jueces participen de la labor de creación de normas a través de sus interpretaciones o, en otros supuestos, activando la acción legislativa en determinado sentido a efectos de lograr desarrollos compatibles con la real vigencia de los derechos fundamentales”*⁷⁹.

5.- INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISION Y DERECHOS FUNDAMENTALES:

En el subcapítulo I del presente marco teórico, señalamos que la inconstitucionalidad por omisión es definida por primera vez en el año 1952 por el profesor alemán Wessel, quién analiza esta figura desde el punto de vista de la problemática que podría generar al ocasionar la lesión de ciertos derechos fundamentales. Y tendría razón el destacado profesor alemán pues tiempo después se expediría la paradigmática Sentencia alemana N° 26/1969 del 29 de enero sobre igualación de hijos matrimoniales e ilegítimos, que buscaba la protección de los derechos fundamentales de los hijos ilegítimos,

⁷⁸STC 0013-2014-PI/TC Fundamento Jurídico 29.

⁷⁹STC N.º 00006-2007-PI/TC, Fundamento 40

al respecto Francisco Fernández Segado señala que “tal reflexión es muy pertinente para empezar el estudio del control llevado a cabo en Alemania, en sede constitucional, de las omisiones legislativas, por cuanto la evolución seguida al efecto por la jurisprudencia del BVerfG es un excelente ejemplo de la búsqueda de fórmulas con las que dar una respuesta jurídica, demandada por el Estado de Derecho, para poder hacer frente a un problema de más que notable trascendencia constitucional como es el de las lesiones de derechos fundamentales resultantes de las omisiones del legislador”⁸⁰.

En mi opinión el vínculo inconstitucionalidad por omisión – derechos fundamentales se presenta de tres maneras: i) Como elemento o requisito de para la configuración de la figura; ii) Como argumento que determina su existencia; iii) Como fundamento de su control jurisdiccional.

1. La vinculación inconstitucionalidad por omisión – derechos fundamentales, se configura desde el punto de vista de los elementos o requisitos ya que una situación de inconstitucionalidad por omisión se presentará cuando se vulnere los derechos fundamentales de la persona. Así lo ha establecido el tribunal constitucional, al señalar que “para que el juez constitucional declare la inconstitucionalidad de la omisión normativa es necesario que esta omisión se concrete en verdaderos actos inconstitucionales, que pueden estar representados por violaciones graves y manifiestas de los derechos fundamentales o por la negación absoluta de su goce y disfrute efectivo, como puede ser en el caso de la falta de implementación de un derecho social prestacional por falta de desarrollo normativo”⁸¹.

⁸⁰ Citado por BAZAN Víctor. Control de las Omisiones Inconstitucionales e Inconvencionales. Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos. 1era Edición. Bogotá. Diciembre de 2014. Pág. 143.

⁸¹ STC 5427-2009-AC-TC Fundamento Jurídico 44

Cabe aquí precisar la distinta eficacia de los derechos fundamentales según su naturaleza, para lo cual la doctrina constitucional distingue entre los derechos fundamentales de contenido constitucional directo y los derechos fundamentales de configuración legal, así el tribunal constitucional ha señalado que “De esta manera, la distinta eficacia que presentan los derechos fundamentales entre sí, no solo reposa en cuestiones teóricas de carácter histórico, sino que estas diferencias revisten significativas repercusiones prácticas. En tal sentido, cabe distinguir los derechos de preceptividad inmediata autoaplicativos, de aquellos otros denominados prestacionales, de preceptividad diferida, progresivos o programáticos”⁸². En esta última distinción estarían los derechos fundamentales Económicos Sociales y Culturales (DESC).

En ese orden de ideas, los derechos fundamentales más susceptibles de ser vulnerados son los Derechos Fundamentales Económicos Sociales y Culturales, ya que “en tanto derechos subjetivos de los particulares y obligaciones mediatas del Estado, necesitan de un proceso de ejecución de políticas sociales para que el ciudadano pueda gozar de ellos o ejercitarlos de manera plena”⁸³.

No obstante, los Derechos Económicos Sociales y Culturales (DESC), han sido relegados dentro de una *"noción de progresividad [que] ha negado [su] naturaleza jurídica (...) y ha permitido, aunque tácitamente la violación de ellos por parte de los Estados, pues en la práctica no se les ha reconocido su esencia como verdaderos derechos humanos"*⁸⁴.

⁸² STC 0011-2002-AI-TC Fundamento Jurídico 9

⁸³ STC 2945-2003-PA-TC Fundamento Jurídico 5.

⁸⁴ TORRES MONTOYA, Fernando. "Los derechos económicos, sociales y culturales y la zona gris

Existen autores como TORRES que consideran que *“los Derechos Humanos en general y los DESC en particular no son progresivos, no nacen ni se exigen de a pocos, se exigen y reconocen de manera inmediata. La progresividad está ligada a los mecanismos de implementación que se utilicen para hacer efectivos los derechos⁸⁵”*. En esta línea de pensamiento GOMEZ SANCHEZ⁸⁶, señala que debe quedar claro que los DESC no son "derechos programáticos". La alusión a esta terminología es tan nefasta como el empleo mismo de las categorías de derechos por generaciones, pues si bien cada derecho fundamental protege una esfera determinada del ser humano, están destinados a su tutela integral. La errónea denominación parte de la confusión de estos derechos con el carácter programático que tienen las políticas estatales a ser aplicadas en el tiempo, tal como lo reconoce la undécima disposición final de la Constitución, "Las disposiciones de la Constitución que exijan nuevos o mayores gastos públicos se aplican progresivamente". Pero ello no determina que un derecho fundamental sea de naturaleza programática, pues tal afirmación resquebrajaría nuestro orden constitucional, al poner en tela de juicio la finalidad de los procesos constitucionales, que es garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos fundamentales.

En ese sentido sea cual fuere la denominación que la doctrina

de los Derechos Humanos". En: Actualidad Jurídica. N° 139. Gaceta Jurídica S.A. Lima, junio de 2005. Pág. 263.

⁸⁵Ibíd.

⁸⁶GÓMEZ SÁNCHEZ TORREALVA, Francisco Alberto. La salud como un atributo no programático. Disponible en: http://boletinderecho.upsjb.edu.pe/articulos/salud_programatico.doc. Consultado el 27/11/2014.

constitucional utilice, los DESC son auténticos derechos fundamentales, que no son de manera alguna otorgados por el Estado, sino derechos reconocidos por éste y en consecuencia se debe garantizar su plena vigencia y eficacia.

Tal como lo expresa ABAD⁸⁷, la Carta de 1993 pretendió debilitar los alcances de los derechos sociales al punto de evitar calificarlos como derechos fundamentales. Al respecto el tribunal constitucional ha señalado respecto a los derechos sociales que “no implica en modo alguno el desconocimiento de la condición de derechos fundamentales que ostentan los derechos sociales, o que el reconocimiento de estos como derechos fundamentales vaya a depender de su nivel de exigibilidad (que cuenten con mecanismos jurisdiccionales para su protección). Hay que recordar que los derechos sociales son derechos fundamentales por su relación e identificación con la dignidad de la persona y porque así se encuentran consagrados en nuestra Constitución”⁸⁸.

Ahora con relación a la discusión de la “justiciabilidad” de los DESEC, es decir, la posibilidad de que estos puedan llegar a ser “exigibles judicialmente”, al respecto el Tribunal Constitucional ha señalado que: “los derechos sociales, como la salud pública, no pueden ser exigidos de la misma manera en todos los casos, pues no se trata de prestaciones específicas, en tanto dependen de la ejecución presupuestal para el cumplimiento de lo exigido. (...) En consecuencia, la exigencia judicial de un derecho social dependerá de factores tales como la gravedad y razonabilidad del caso, su

⁸⁷ABAD YUPANQUI, Samuel. Constitución y Procesos Constitucionales. Lima. Palestra Editores, 2006

⁸⁸Expediente 2002-2006-AC/TC. Fj. 13.

vinculación o afectación de otros derechos y la disponibilidad presupuestal del Estado, siempre y cuando puedan comprobarse acciones concretas de su parte para la ejecución de políticas sociales"⁸⁹. En ese orden de ideas, el Tribunal fija los criterios para la exigencia judicial de los derechos sociales, siendo también plenamente aplicable para todos los DESC según el caso.

Cabe recordar que lo que principalmente caracteriza al constitucionalismo de hoy (y sobre todo al de los países subdesarrollados como el nuestro), no es pues solamente el reconocimiento de los clásicos derechos de tipo individual o político, sino la presencia de una cantidad cada vez más amplia de derechos de tipo social, económico y cultural ⁹⁰. Lo importante del estudio de este tipo de derechos fundamentales, es que se produce una obligación por parte del Estado de implementar ya sea medidas normativas o socio-económicas, que implican un deber de acción, por lo tanto si el Estado no cumple con las disposiciones constitucionales, podría ocasionar una situación de inconstitucionalidad por omisión, así lo ha establecido el tribunal al señalar que “Esta lógica permite considerar que, así como el Estado incumple la Constitución cuando de la inobservancia de las prohibiciones frente a los derechos individuales y políticos se trata, de igual modo la incumple o deja de lado cuando se abstiene de materializar las obligaciones que frente a los derechos sociales, económicos y sociales le impone el ordenamiento”⁹¹.

Aunque como recordaremos la inconstitucionalidad por omisión no es privativa de los derechos fundamentales económicos, sociales y

⁸⁹STC N° 02945-2003-AA, Fjs. 32 y 33.

⁹⁰SAENZ DAVALOS, Luis. Ob. Cit.

⁹¹Expediente N° 1956-2004-AA/TC. Fj. 5

culturales, pues pueden ser también vulnerados derechos fundamentales denominados “operativos” o de “aplicabilidad inmediata”.

2. Asimismo, la vinculación inconstitucionalidad por omisión – derechos fundamentales, se presenta como argumento que determina la existencia de la figura, pues existe un sector doctrinario que niega la existencia de la inconstitucionalidad por omisión, basándose en la libertad de configuración normativa del legislador, ello sin embargo debe ser descartado, pues “dicho desarrollo discrecional de la competencia normativa no puede suponer tampoco una absoluta libertad normativa, pues ello sería tanto como dejar los propios derechos fundamentales en manos del legislador, sobre todo cuando estos derechos requieren para su plena vigencia del desarrollo normativo llevado a cabo por éste o cuando requieren su actuación normativa para frenar situaciones de grave y manifiesta inconstitucionalidad. (...) Los derechos fundamentales actúan como “límites al poder político” exige pues asumir una postura según la cual el legislador o cualquier otra autoridad política tienen un límite en su libertad de configuración normativa de la Constitución, tanto en un sentido negativo (de respeto), como en un sentido positivo (de desarrollo normativo), lo cual supone necesariamente asignar a éste el deber constitucional de llevar a cabo dicho desarrollo, más aún cuando se presentan las circunstancias descritas en el párrafo anterior, como infravaloración de los derechos sociales o situaciones inconstitucionales⁹².
3. Por último, la vinculación inconstitucionalidad por omisión – derechos fundamentales, se presenta como uno de los fundamentos del control

⁹² STC 5427-2009-AC-TC Fundamento Jurídico 17.

jurisdiccional de las omisiones legislativas inconstitucionales, pues “se sustenta en la necesidad de tomar en serio las obligaciones constitucionales”, en este caso, las que corresponden en esencia al legislador de cara a la vigencia y efectividad de los derechos fundamentales”⁹³

⁹³ STC 0006-2008-PI/TC, FJ. 41

SUB CAPITULO III: CONTROL JURISDICCIONAL DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN: SU DESARROLLO EN EL DERECHO COMPARADO

1.- CONSTITUCIÓN DE LA EX REPÚBLICA SOCIALISTA FEDERATIVA DE YUGOSLAVIA

El primer antecedente normativo expreso, lo tenemos en la Constitución de la ex República Socialista de Yugoslavia del 21 de febrero de 1974, que fue la primera carta fundamental en regularla. Así en su artículo 377 establecía que *“Si el tribunal de Garantías de Yugoslavia hiciere constar que un órgano competente no hubiere dictado las normas de ejecución de la Constitución de la República Socialista Federativa de Yugoslavia, de las leyes y de otras disposiciones y actos generales federales, estando obligados a dictarlas, informará de ello a la Asamblea de la República Socialista Federativa de Yugoslavia”*.

Entre los aspectos a destacar de esta regulación es que establece un régimen de control de constitucionalidad concentrado, ya que el órgano competente para conocer un proceso de inconstitucionalidad por omisión es el Tribunal de Garantías Constitucionales. Además, el control de la omisión inconstitucional no solo es a consecuencia de la inercia o inactividad del poder legislativo, sino que comprende también a otros poderes constituidos, pues se refiere a *“otras disposiciones y actos generales federales”* (concepción amplia).

Asimismo, se limita a establecer como solución ante una situación de inconstitucionalidad por omisión, la de *“informar a la Asamblea de la República”*, es decir una especie de recomendación, sin ningún efecto coercitivo.

2.- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE PORTUGAL

Bajo la influencia de la constitución yugoslava de 1974, la república de Portugal regula esta institución procesal en un primer momento con su Constitución del 2 de abril de 1976, cuyo artículo 279 establecía lo siguiente:

“Art. 279: 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.”

Luego, su texto habría de ser reformado en el año de 1982; consagrando el instituto en su artículo 283:

1) A requerimiento del Presidente de la República, del Proveedor de Justicia o, con fundamento en la violación de los derechos de las Regiones Autónomas, de los Presidentes de las Asambleas Regionales, el Tribunal Constitucional aprecia y verifica el no cumplimiento de la Constitución por Omisión de las medidas legislativas necesarias para volver aplicables las normas constitucionales. 2) Cuando el Tribunal Constitucional verifique la existencia de la inconstitucionalidad por omisión, dará conocimiento de ello al órgano legislativo competente.”

Existen algunas diferencias entre el texto original y el actual, en primer lugar, el órgano competente para conocer una situación de inconstitucionalidad por omisión varía del Consejo de la Revolución al Tribunal Constitucional; en lo que respecta a la legitimación activa, en la constitución de 1976 el órgano controlador actuaba de oficio, mientras que en la constitución de 1982, están facultados para iniciar un proceso de inconstitucionalidad por omisión: El Presidente de la República, El proveedor de Justicia y los presidentes de las Asambleas Regionales. Respecto a los efectos de las resoluciones que resuelven una situación de inconstitucionalidad por omisión, el texto actual señala la obligación del Tribunal Constitucional de poner en conocimiento al poder legislativo, la omisión inconstitucional.

3.- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA FEDERATIVA DE BRASIL

La Constitución de la República Federativa de Brasil del 05 de octubre de 1988 establece lo siguiente:

Artículo 103.–“Pueden interponer la acción de inconstitucionalidad:

- I. el Presidente de la República;
 - II. la Mesa del Senado Federal;
 - III. la Mesa de la Cámara de los Diputados
 - IV. la Mesa de la Asamblea Legislativa;
 - V. el Gobernador del Estado;
 - VI. el Procurador General de la República;
 - VII. el Consejo Federal de la Orden de los Abogados de Brasil;
 - VIII. los partidos políticos con representación en el Congreso Nacional;
 - IX. las Confederaciones Sindicales o entidades de clase de ámbito nacional.
- (...)

Declarada la Inconstitucionalidad por Omisión de una medida destinada a dar efectividad a una norma constitucional, se comunicará al Poder Competente para la adopción de las providencias necesarias y, si se tratara de un órgano administrativo para hacerlo en treinta días.”

Respecto al órgano competente para declarar la inconstitucionalidad por omisión, según el artículo 102 de la Constitución Brasileira es el Tribunal Federal. La legitimación activa es amplia (los órganos y personas establecidas en el artículo 103); y en lo referente a los órganos sujetos a control constitucional no restringe solo a la inactividad del poder legislativo, sino que comprende todos los poderes públicos, así se establece que una vez declarada la inconstitucionalidad por omisión será competencia del “*poder correspondiente*” el adoptar medidas pertinentes... “Si se trata de un órgano administrativo tendrá treinta días a tales efectos”.

Por otro lado, cabe destacar la influencia de la regulación de la acción de inconstitucionalidad por omisión en la Constitución de la República Federal de Brasil en algunos estados miembros de la Federación, que también lo han regulado, tal es el caso del estado de Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, Sao Paulo y Santa Catarina.

4.- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela expedida en Caracas el 16 de noviembre de 1999, en su artículo 336 número 7, dispone lo siguiente:

“Art. 336. Son atribuciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia: 7) Declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del legislador o de la legisladora nacional, estatal o municipal, cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de la Constitución, o las haya dictado en forma incompleta, y establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección.”

Conforme se desprende del artículo en mención, la competencia para el conocimiento de la acción de inconstitucionalidad por omisión es de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. El alcance se refiere a las omisiones que pudiera incurrir el legislador nacional, estatal o municipal cuando hayan dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de la Constitución (omisión absoluta), o las haya dictado en forma incompleta (omisión relativa). La legitimación activa es amplia, mientras que el legitimado pasivo puede ser cualquiera de los órganos con competencia legislativa en el Estado.

Es importante destacar los efectos de la sentencia que declara la inconstitucionalidad por omisión, pues la Sala Constitucional del Tribunal

Supremo de Justicia establece un plazo para que se cumpla con la omisión inconstitucional por parte del órgano legislativo emplazado. Con respecto a la determinación del plazo Jesús Casal señala que “Fuera de los supuestos en que la Constitución fija un plazo específico para la aprobación de la legislación de desarrollo de la norma constitucional, en ocasiones habrá pues que ponderar los valores e intereses involucrados y considerar las circunstancias del caso, para pronunciarse sobre la eventual inconstitucionalidad de la inactividad del órgano legislativo”⁹⁴.

Ahora, si a pesar del plazo fijado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, el órgano legislativo persiste en la omisión normativa, la propia Constitución venezolana faculta al mismo tribunal supremo para que de ser necesario establezca los lineamientos para su corrección, es decir una labor de integración de la norma, y que sin duda lo convierte a la sala constitucional en una especie de “legislador positivo, situación discutible en sede constitucional, por la transgresión del principio de división de poderes.

Aquí considero necesario desarrollar algunas sentencias importantes emitidas por la Sala Constitucional, que como órgano de control ha emitido variada jurisprudencia sobre inconstitucionalidad por omisión, en las cuales destaca el control de omisiones legislativas absolutas, entre las más importantes tenemos:

- a) **Sentencia N° 2341** del 25 de agosto de 2003 (Caso: Hermann Escarrá) donde la Sala Constitucional efectuó el nombramiento de los Rectores del Consejo Nacional Electoral, ya que la Asamblea Nacional no había cumplido con el mandato constitucional de nombrarlos. Así señaló:

“Por cuanto se ha verificado que hasta esta fecha la Asamblea Nacional

⁹⁴ CASAL, Jesús, La protección de la Constitución frente a las omisiones legislativas, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Konrad Adenauer Stiftung, 9na Edición, Uruguay, 2003, p. 80.

no ha designado a los rectores del Poder Electoral, y estando dentro del lapso para que esta Sala haga la designación, ella procede a hacerlo previas las siguientes consideraciones:

1°) Como se trata de un nombramiento provisional no previsto en la Ley Orgánica del Poder Electoral, pero que atiende al mantenimiento de la supremacía constitucional, ante el vacío institucional producto de la omisión del nombramiento de los rectores electorales, la Sala, en lo posible, aplicará la Ley Orgánica del Poder Electoral con las variables necesarias derivadas de la naturaleza de las medidas provisorias.

(...)

3°) La Sala garantiza, al Poder Electoral que ella nombre en forma provisoria, la mayor autonomía, tal como corresponde a uno de los Poderes Públicos.

(...)

5°) Con el fin de facilitar la integración del Consejo Nacional Electoral y sus órganos subordinados, la Sala procede a designar en esta sentencia, su composición, así como la del Consejo de Participación Política, el cual de manera provisoria y ante el vacío constitucional, funcionará como un ente consultivo del Poder Electoral. Para este último nombramiento, la Sala tomó en cuenta las consultas que se hicieron a los partidos políticos representados en la Asamblea Nacional y que se llevaron a cabo en el Tribunal”⁹⁵.

Esta peculiar sentencia se distingue no solo porque la Sala Constitucional declara la omisión legislativa por la falta de nombramiento de los rectores electorales por parte de la Asamblea Nacional, sino porque la misma Sala Constitucional procede a designarlos, es decir “sustituye “de esa manera al legislador; es decir ejerce una función también de legislador suplente y precario.

⁹⁵ Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/PODER%20ELECTORAL.HTM>. Consultado el 27/05/2016.

- b) **Sentencia N° 1.556** de fecha 09 de julio de 2002 (Caso: Alfonso Alborno Niño y Gloria de Vicentini), destaca porque la Sala Constitucional estableció que el objeto de control de las omisiones legislativas inconstitucionales, no es la inconstitucionalidad de un acto, sino de la conducta negativa, de la inercia o inactividad en que haya incurrido algún órgano del poder legislativo al no adecuar su conducta, en absoluto o parcialmente, al cumplimiento de una obligación suya de dictar una norma o una medida indispensable para garantizar el cumplimiento de la Constitución.

Es decir, la Sala Constitucional ha establecido que el objeto de control comprende las omisiones absolutas y relativas, a diferencia de la Corte Constitucional Colombiana que solo se limita a controlar las omisiones inconstitucionales relativas⁹⁶.

Asimismo, señaló que el control de la inconstitucionalidad por omisión no se limita a las carencias formalmente legislativas, sino también a la inactividad en el ejercicio de cualquier competencia de rango constitucional, esto es, ante la ausencia de cumplimiento de toda obligación debida, cuando dicho cumplimiento deba realizarse en ejecución directa e inmediata de la Constitución

La Sala Constitucional también estableció que la acción popular de inconstitucionalidad por omisión, es considerada como una subespecie de la acción popular de inconstitucionalidad, en ese sentido cualquier persona, natural o jurídica, posee legitimación para ejercerla.

- c) **Sentencia 3118** del 6 de noviembre de 2003 caso: Ley Orgánica del Poder Público Municipal. En el cual la Sala Constitucional declaró la inconstitucionalidad por omisión que había incurrido la Asamblea Nacional por no haber emitido, dentro del plazo establecido por la Constitución de 1999, una ley sobre régimen municipal. Asimismo,

⁹⁶ Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/1556-090702-01-2337%20.HTM>. Consultado el 27/05/2016.

estableció un plazo de tres (3) meses para que la Asamblea dictara la ley sobre régimen municipal, no obstante, transcurrido el plazo, la Asamblea no dictó la ley, lo que motivó a que la Sala Constitucional, reiterare el exhorto, argumentando que no puede sustituirse en legislador y dictar la ley, así argumentó⁹⁷:

“La omisión en la sanción de textos legales presenta una complejidad especial para la jurisdicción constitucional, pues difícilmente puede la Sala suplirla en su totalidad. La Sala está facultada para proporcionar soluciones a aspectos concretos, incluso por medio de la adopción de reglas generales que ocupen temporalmente el lugar de las normas ausentes, pero no para corregir por completo la inactividad del legislador y dictar las normas que se requieran.

Un caso como el de autos lo pone de manifiesto: la Sala está en incapacidad-jurídica y técnicamente-para preparar todo el conjunto de disposiciones que deben regir la materia municipal venezolana. Es constitucionalmente imposible incluso para esta Sala, pese a su amplia competencia constitucional, transformarse en legislador y proporcionar a la colectividad las normas que exige. De hacerlo, desatendería su misión y trastocaría su naturaleza. Sí es posible, en cambio, a fin de solucionar casos concretos, que la Sala indique ciertas reglas que regirán para ese caso, con el único propósito de dar solución a controversias concretas.

(...)

La desobediencia de la Asamblea Nacional no tiene sanción jurídica directa en la Constitución, pero sí podría dar lugar a eventuales declaratorias de responsabilidad. Ahora, incluso sin sanción, la Asamblea Nacional se halla obligada a apegarse a las decisiones del Máximo

⁹⁷ MONCADA PEREZ, Himara, 2011, “El Proceso de Control de la Constitucionalidad de las Omisiones Legislativas inconstitucionales en Venezuela”, Tesis de Grado para optar el título de especialista en Derecho Procesal Constitucional. Caracas, Universidad Monteavila, Coordinación de Estudios de Postgrado. p. 107.

Tribunal, al ser ello uno de los postulados centrales de régimen constitucional. No es dable a los órganos del Poder Público obviar la satisfacción de sus deberes, pues se atenta así contra una de las bases del Estado y, en casos como el presente, se genera un indeseado conflicto entre órganos, carente de otra resolución que no sea la voluntad política.

El Estado se mantiene no sólo por mecanismos jurídicos, sino que se requiere toda la disposición política para alcanzar ciertos propósitos constitucionales. De nada valdrían continuas declaratorias de incumplimiento por parte de esta Sala, si la Asamblea Nacional, escudada en que el Tribunal Supremo no se convierte en legislador – más que para adoptar reglas concretas y temporales-, permaneciera en constante inactividad”.

Estos fundamentos jurídicos son importantes, pues en este caso, la Sala Constitucional considera que como órgano judicial no es competente para desarrollar funciones legisferantes, sino que son propias de la asamblea nacional (legislativo), siendo éste el único que puede emitir normas, pero ello no puede servir de pretexto permanente para que, pese a los exhortos, la asamblea nacional no cumpla con corregir la omisión incurrida. Es necesario también una colaboración de poderes para que se alcancen los fines de los procesos constitucionales.

- d) **Sentencia 1168** del 15 de junio de 2004, caso: Federación Nacional de Trabajadores de Institutos Autónomos y Empresas del Estado(FENATRIADE), donde la Sala Constitucional declara la inconstitucionalidad por omisión contra la Asamblea Nacional, por no haber emitido la ley de reforma de la Ley Orgánica del Trabajo. Asimismo, la Sala Constitucional le concedió a la Asamblea un plazo de seis (6) meses para que dictara la Ley de reforma de la Ley Orgánica del

Trabajo⁹⁸. Sin embargo, la Asamblea Nacional informó mediante oficio que el plazo concedido por la Sala Constitucional para dictar la referida ley era demasiado corto, pues se trataba de un tema complejo pues requería de estudios técnicos y un riguroso proceso de consultas, con todos los sectores involucrados, ya sea empresarial, el sindical y el sector público; por lo que solicitaron prórroga del plazo.

Ante ello, la Sala Constitucional mediante decisión N° 625 de fecha 20 de marzo de 2006, señaló, que la Asamblea Nacional como órgano titular de la potestad legislativa es el competente para determinar en qué plazo puede dictar la ley, considerándolo “un asunto de política legislativa compleja”, y solo se limitó a solicitar a la Asamblea Nacional, informara sobre el Proyecto de Reforma Parcial de la Ley Orgánica del Trabajo, así como los avances realizados.

No hay duda que el tema del plazo es un asunto complicado, existen países como México (estado de Veracruz) donde el plazo ya está fijado por la propia constitución, pero en ocasiones puede llegar a ser reducido para el dictado de una norma, al final todo dependerá del caso concreto y la complejidad de la materia. En ese sentido el mecanismo correcto siempre será una comunicación inter órganos (Sala Constitucional y Asamblea Nacional) con la finalidad de que la norma se expida de acuerdo con el mandato judicial, ya que distinto es el caso que la propia Asamblea Nacional prorrogue el plazo ilimitadamente sin conocimiento de la Sala Constitucional.

- e) **Sentencia 91** de fecha 02 de marzo de 2005, caso: PROVEA-Ley de Régimen Prestacional de Empleo, la Sala Constitucional declara la inconstitucionalidad por omisión legislativa contra la Asamblea Nacional, por no haber dictado dentro de un plazo razonable en derecho, la ley especial que regule el Régimen Prestacional de Empleo.

⁹⁸Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/junio/1168-150604-03-1745.HTM>. Consultado el 27/05/2016.

Asimismo, estableció que del plazo máximo de tres (3) meses, a la Asamblea Nacional para que dicte la Ley que regulara el Régimen Prestacional de Empleo, posteriormente la Ley fue dictada seis (6) meses después.

- f) **Sentencia 1048** del 18 de mayo de 2006, caso: Código de Ética del Juez⁹⁹, la Sala Constitucional declaró la inconstitucionalidad por omisión legislativa contra la Asamblea Nacional, con motivo del procedimiento legislativo iniciado para sancionar el Proyecto de Código de Ética y Disciplina del Juez Venezolano o Jueza Venezolana, elaborado por la Asamblea Nacional en el año 2003, pero que no había sido promulgado. La Sala Constitucional estableció un plazo máximo de un año para que la Asamblea Nacional emitiera el Código de Ética del Juez. Posteriormente el Código entro en vigencia luego de tres (3) años.

5.- CONSTITUCIÓN DE LA PROVINCIA DE RIO NEGRO EN ARGENTINA

La Constitución de la Provincia de Río Negro de fecha 3 de junio de 1988, perteneciente a la República Federativa de Argentina, en su artículo 207, inciso segundo, apartado d), dispone:

“Art. 207: El Superior Tribunal ejerce jurisdicción originaria y exclusiva en los siguientes casos...d) En las acciones por incumplimiento en el dictado de una norma que impone un deber concreto al Estado provincial o a los Municipios, la demanda puede ser ejercida –exenta de cargos fiscales- por quien se sienta afectado en su derecho individual o colectivo. El superior tribunal de Justicia fija el plazo para que se subsane la omisión. En el supuesto de incumplimiento, integra el orden normativo resolviendo el caso con efecto limitado al mismo y, de no ser posible, determina el monto del resarcimiento a cargo del Estado, conforme al perjuicio indemnizable que se acredite.”

⁹⁹Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/1048-180506-05-0801.HTM>. Consultado el 27/05/2016.

Esta constitución establece un control concentrado de constitucionalidad, ya que es realizado por el Superior Tribunal de Justicia. Con relación a su alcance, solo contempla al incumplimiento en el dictado de la norma, es decir, se refiere a la omisión legisferante. En lo que a legitimación activa se refiere, puede ser realizada por quién se sienta afectado en su derecho individual o colectivo. Es interesante lo establecido en el texto de la norma con relación a los efectos de la sentencia, pues se diferencia de otras regulaciones antes señaladas, ya que si bien en un primer momento la solución es fijar un plazo para que se subsane la omisión, tal como también lo establece la Constitución Brasileira, sin embargo, si el órgano demandado incumple con subsanar la omisión en el plazo establecido, el superior tribunal procede a “integrar” el orden normativo resolviendo el caso con efecto limitado al mismo.

Ahora si no se aplican estas soluciones, es decir el órgano emplazado no cumple con expedir la norma omitida dentro del plazo establecido ni el Tribunal Superior de Justicia puede integrar la norma omitida, el Tribunal Superior de Justicia, procederá a determinar el monto del resarcimiento a cargo del Estado, conforme al perjuicio indemnizable que se acredite. Esta última alternativa constituye una novedad en el derecho comparado, en lo que a soluciones se refiere, si bien no constituye una solución propiamente dicha ante la inconstitucionalidad por omisión permite al menos una indemnización al afectado.

No hay duda que una regulación sobre inconstitucionalidad por omisión como la de Constitución de la Provincia de Río Negro, promueve el activismo judicial respecto a la integración de la norma omitida, basados en la aplicación de principios constitucionales de fuerza normativa y supremacía de la constitución.

6.- LEY DE JURISDICCION CONSTITUCIONAL DE COSTA RICA

En Costa Rica el proceso de inconstitucionalidad por omisión no está expresamente previsto en su Constitución, sin embargo, es regulado por la Ley de la Jurisdicción Constitucional del 18 de octubre de 1989, cuyo artículo 73 en sus literales a), b) y f) establece:

“Art. 73: Cabrá acción de inconstitucionalidad:

a) Contra las leyes y otras disposiciones generales, incluso las originadas en actos de sujetos privado, que infrinjan, por acción u omisión, alguna norma o principio constitucional.

b) Contra los actos subjetivos de las autoridades públicas, cuando infrinjan, por acción u omisión, alguna norma o principio constitucional, si no fueren susceptibles de los recursos de habeas corpus o de amparo...

f) Contra la inercia, las omisiones y las abstenciones de las autoridades públicas.”

Por la reforma constitucional de agosto de 1989, el Art.10 de la Constitución de 1949 quedó redactado de la forma siguiente:

Art. 10: Corresponderá a una sala especializada de la Corte Suprema de Justicia declarar, por mayoría absoluta de sus miembros, la inconstitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al derecho público...”¹⁰⁰.

Entre los aspectos a destacar del texto citado, se aprecia que el órgano competente para conocer la acción de inconstitucionalidad por omisión es la Sala Especializada en lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Asimismo, en cuanto al alcance, la regulación adopta una posición amplia referida a que el control de constitucionalidad comprende las omisiones que pudieran en generar tanto el órgano legislativo como el administrativo.

¹⁰⁰CASTRO PATIÑO, IVAN, Ob Cit. Pág. 104

Aquí también he considerado desarrollar algunas sentencias de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, que resuelven sobre situaciones de inconstitucionalidad por omisión a través del proceso de inconstitucionalidad y también mediante el proceso constitucional de amparo. Es interesante notar que a pesar de la existencia de una vía procesal específica se recurre también al proceso de amparo con la finalidad de garantizar la protección de los derechos fundamentales.

a)Voto 5649-2005: Se presentó ante la Sala Constitucional, una acción de inconstitucionalidad por la omisión de la Asamblea Legislativa de dictar una ley que regulara la materia del referéndum y la iniciativa popular en materia legislativa, regulado en los artículos 102, 105 y 124 de Constitución Política. Sin embargo, la Asamblea Legislativa no había cumplido con dictar la norma. La Sala Constitucional al resolver el caso, detecta el incumplimiento de la Asamblea Legislativa ante un mandato concreto y claro de desarrollar legislativamente un mandato constitucional, estableciendo que: “(...) *Pese a lo señalado, el órgano legislativo, en funciones de legislador ordinario, ha incumplido, por omisión y durante más de un año y medio, el plazo que se auto impuso, en funciones de constituyente derivado. Si la propia Asamblea Legislativa, como órgano colegiado, fue consciente, al auto restringirse, debió serlo, también, de las consecuencias e implicaciones de su incumplimiento o inercia normativa (...).*”

Asimismo, la Sala Constitucional reconoce que se trata de un caso de omisión legislativa absoluta, y busca una solución ante esta situación antijurídica, que no estaba prevista legalmente y otorga un plazo para que la asamblea legislativa dicte la ley omitida:

“... en los ordinales 87 a 95 que establecen la tipología de la sentencia de inconstitucionalidad, no prevé, para el caso de las omisiones, un plazo para que el órgano proceda a dictar el acto normativo que se echa de menos y se supere la situación antijurídica generada por la conducta omisa. No

obstante, dado que, el presente asunto versa sobre una omisión absoluta de la Asamblea Legislativa en el ejercicio de su poder normativo por un inequívoco incumplimiento de un mandato expreso y bajo plazo del poder reformador, este Tribunal estima que resulta absolutamente imperioso establecer un término a ese Poder del Estado para que subsane la referida omisión. Lo anterior con sustento en los principios de auto integración (artículo 14 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional) y de prudencia establecido en el artículo 91, párrafo 2°, de la supra citada ley, en cuanto habilita a este Tribunal para “(...) graduar y dimensionar en el espacio, el tiempo o la materia (...)” los efectos de una sentencia de inconstitucionalidad “(...) para evitar (...) graves dislocaciones de la seguridad (...)”. Por lo expuesto, debe imponérsele a la Asamblea Legislativa el plazo de seis meses, a partir de la notificación de este fallo, para el dictado de las leyes de desarrollo del referéndum y la iniciativa popular en la formación de la ley¹⁰¹.” Este interesante fundamento jurídico resalta porque la Sala Constitucional se declara competente para conocer una omisión legislativa de tipo absoluta, a diferencia de la corte constitucional colombiana que solo es competente para controlar omisiones legislativas relativas. Por ende, me parece acertado el criterio de la sala, agregando a ello, la aplicación de principios de auto integración y de prudencia para modular los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad estableciendo un plazo al legislativo para el dictado de la norma omitida.

b) Voto 17739-2007: Se presentó ante la Sala Constitucional, una acción de inconstitucionalidad por la omisión de la Comisión Especial de Reformas Electorales y Partidos Políticos de la Asamblea Legislativa al no dictaminar el expediente N° 16212.

¹⁰¹ OCONTRILLO FONSECA, David, 2013, La acción de Inconstitucionalidad por Omisión en Costa Rica. Tesis para optar por el grado de licenciatura en Derecho. San José de Costa Rica Universidad de Costa Rica. San José, Facultad de Derecho, p. 177.

La Sala rechaza la demanda, basándose en la inexistencia de un mandato constitucional expreso para el legislador, así estableció que:

“En este caso, la Asamblea Legislativa, poder constitucional dotado de potestad normativa para emitir las leyes, no ha promulgado el grupo de leyes relativas a la reforma electoral promovida por el Tribunal Supremo de Elecciones, que se encuentra en trámite desde hace varios meses. Sin embargo, en este caso la Sala estima que la violación constitucional no se configura pues, pese a lo señalado por el accionante, no existe ningún mandato constitucional expreso que obligue al legislador a dictaminar o emitir las leyes en comentario en un plazo determinado, lo que significa que tanto hacerlo como el momento para ello, caen dentro de su ámbito de discrecionalidad¹⁰².”

En el presente caso a criterio de la Sala Constitucional existía una libre discrecionalidad del legislador de emitir las leyes relativas a la reforma electoral, además que no se cumplía con un elemento que configura una situación de inconstitucionalidad por omisión: La existencia de un mandato constitucional expreso que obligue a desarrollar normativamente al legislador una determinada materia.

c) Voto 14522-2005.-Se trata de un proceso de amparo, en la cual el demandante señala que existe una omisión por parte del Poder Ejecutivo de reglamentar el artículo 56 de la Ley N°8444 de 17 de mayo de 2005, que regula la jerarquía de los cuerpos policiales no pertenecientes al Ministerio de Seguridad Pública, que según fundamenta el demandante como consecuencia de esta omisión, se vulnera su derecho fundamental al trabajo reconocido en la Constitución Política de Costa Rica.

La Sala Constitucional declaró procedente el recurso de amparo y otorgó un plazo de 2 meses para que se subsane la omisión, de manera que se restituyan los derechos del demandante.

¹⁰² OCONNITRILLO FONSECA. David. La acción de Inconstitucionalidad por Omisión en Costa Rica. Ob Cit. Pág. 195

Nótese que la Sala Constitucional abre la posibilidad de que también mediante proceso de amparo se tutelen derechos fundamentales que se vean vulnerados por omisiones legislativas inconstitucionales, no obstante existir un proceso específico de inconstitucionalidad por omisión.

d) Voto 3238-2006.- También se trata de un proceso de amparo, en el cual el demandante señala que se vulnera sus derechos fundamentales a consecuencia de la omisión por parte del Poder Ejecutivo de reglamentar Ley N°84439 con relación al artículo que regula las exoneraciones tributarias correspondientes a las personas con discapacidad para la compra de vehículos importados o comprados en territorio nacional. La Sala declara procedente el amparo, concediendo un plazo de 2 meses al Ejecutivo para subsanar la omisión. Es importante el criterio diferenciador que señala la Sala Constitucional respecto a la acción de inconstitucionalidad por omisión y la acción de amparo, en los siguientes términos:(...) *Es decir, en todos los casos en que exista una omisión reglamentaria, el Poder Ejecutivo lesiona al menos el inciso 3) del artículo 140, eso sin contar la posible vulneración a cualquier otra norma que reconozca un derecho y que se vea afectada por esa omisión; en tales casos, dicha omisión es susceptible de control por la vía del recurso de amparo si esa inactividad está vinculada al disfrute de un derecho fundamental; de no ser así, siempre se puede efectuar el control por la vía de la acción de inconstitucionalidad por omisión.*" ¹⁰³.

Me parece un criterio acertado desde el punto de vista jurídico, además, se debe señalar el criterio diferenciador para utilizar la acción de inconstitucionalidad por omisión de manera residual al amparo, cuando de protección de derechos fundamentales se trata.

¹⁰³OCONNITRILLO FONSECA. David. La acción de Inconstitucionalidad por Omisión en Costa Rica. Ob Cit. Pág. 199

7.- CONSTITUCIÓN DE LOS ESTADOS FEDERALES MEXICANOS

En México son cinco estados federales (Veracruz, Tlaxcala, Chiapas, Quintana Roo y Coahuila) en donde sus textos constitucionales prevén el control constitucional de los actos de omisión legislativa, a continuación, se detallan algunos aspectos importantes de cada uno de ellos:

a) VERACRUZ

En la Constitución de Veracruz se consigna expresamente la acción por omisión legislativa, en su artículo 65 señalando que: “El pleno del Tribunal Superior de Justicia conocerá, en los términos que establezca la ley, de los asuntos siguientes:

(...)

III. De las acciones por omisión legislativa, cuando se considere que el Congreso no ha aprobado alguna ley o decreto y que dicha omisión afecte el debido cumplimiento de esta Constitución, que interponga:

a) El Gobernador del Estado; o

b) Cuando menos la tercera parte de los ayuntamientos.

La omisión legislativa surtirá sus efectos a partir de su publicación en la Gaceta Oficial del Estado.

En dicha resolución se determinará un plazo que comprenda dos períodos de sesiones ordinarias del Congreso del Estado, para que éste expida la ley o decreto de que se trate la omisión. Si transcurrido este plazo no se atendiere la resolución, el Tribunal Superior de Justicia dictará las bases a que deban sujetarse las autoridades, en tanto se expide dicha ley o decreto”.

De esta regulación podemos destacar que una vez detectada una situación de omisión legislativa el tribunal superior de justicia establece un plazo previamente establecido en la norma (dos periodos de sesiones ordinarias del congreso) para que se dicte la ley o decreto. De haber transcurrido el plazo y el congreso persista con su conducta omisiva el propio tribunal desarrollara normativamente la materia omitida, lo que es muy cuestionable

pues el poder judicial estaría invadiendo facultades del poder legislativo, contraviniendo el principio constitucional de división de poderes.

b) TLAXCALA

El artículo 81 de la Constitución tlaxcalteca dispone que el Pleno del Tribunal Superior conocerá de “las acciones contra la omisión legislativa imputables al Congreso, Gobernador y Ayuntamientos o Consejos Municipales, por la falta de expedición de las normas jurídicas de carácter general, a que están obligados en términos de las constituciones políticas, de los Estados Unidos Mexicanos, del Estado y de las Leyes”. Asimismo, dispone que corresponda a las autoridades estatales y municipales, así como a las personas residentes en el estado, el ejercicio de esta acción¹⁰⁴. Admitida la demanda se ordena “traslado a la autoridad omisa responsable y al director del Periódico Oficial del Gobierno del Estado para que rindan sus respectivos informes. Después se celebra una audiencia de prueba y alegatos y se dicta la resolución correspondiente. En caso de verificarse la omisión legislativa, se otorgará un término no mayor de tres meses a la autoridad omisa para que expida la norma en cuestión, advirtiéndole que “el incumplimiento de la sentencia será motivo de responsabilidad”, facultando al Pleno para proceder a la destitución de autoridades.

Es de resaltar que se controla la omisión inconstitucional proveniente no solo del congreso, sino también del poder ejecutivo. Además, destaca que la Constitución otorga acción a cualquier persona residente, a diferencia de constituciones mexicanas de otros estados que solo conceden legitimación activa a determinados poderes del estado.

¹⁰⁴ SANTOS FLORES, Israel, 2010, Omisión Legislativa en materia Fiscal. El caso México. Tesis para optar el grado de Licenciado en Derecho. Universidad Nacional Autónoma de México DF, Facultad de Derecho p. 129.

c) CHIAPAS

La Constitución de Chiapas en su facción III del artículo 64 señala que, para el cumplimiento de las atribuciones del control constitucional local, el Tribunal Constitucional, conocerá y resolverá, en los términos que establezca la Ley, lo siguiente:

“De las acciones por omisión legislativa, cuando se considere que el Congreso del Estado no ha resuelto alguna Ley o decreto y que dicha omisión afecte el debido cumplimiento de esta constitución, que interponga. El Gobernador del Estado.

b. Cuando menos la tercera parte de los miembros del Congreso del Estado.

c. Cuando menos la tercera parte de los Ayuntamientos.

d. Cuando menos el 5% de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral.

La resolución que emita el Tribunal Constitucional que decrete la existencia de omisión legislativa, surtirá sus efectos a partir de su publicación en el Periódico Oficial; en dicha resolución se determinará como plazo un periodo ordinario de sesiones del Congreso del Estado, para que éste resuelva la omisión correspondiente. Tratándose de legislación que deba de aprobarse por el mismo Congreso del Estado, por mandato de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o de la Constitución Local, si el Congreso del Estado no lo hiciere en el plazo fijado, el Tribunal Constitucional lo hará provisionalmente en su lugar y dicha legislación estará vigente hasta que el Congreso del Estado subsane la omisión legislativa”.

No hay duda que esta disposición constitucional es muy controversial, pues al igual que otras constituciones de estados mexicanos, señala que en caso el congreso no dictara la norma omitida en el plazo preestablecido, el mismo tribunal desarrollará legislativamente la materia omitida, hasta que el congreso subsane la omisión inconstitucional, lo que ocasiona una clara vulneración al principio de separación de poderes, pues el tribunal estaría arrogándose funciones legislativas.

d) QUINTANA ROO

La Constitución quintanarroense dispone en su fracción III del artículo 105 que el Tribunal Superior de Justicia tendrá una sala constitucional y administrativa que se integrará por un solo magistrado, quien conocerá:

(...)

“III. De las acciones por omisión legislativa, cuando se considere que la Legislatura del Estado no ha resuelto sobre la expedición de alguna Ley o Decreto, y que dicha omisión afecte el debido cumplimiento de esta Constitución, siempre y cuando sean interpuestas por:

A) El Gobernador del Estado; o

B) Un Ayuntamiento del Estado.

La resolución que emita el Pleno del Tribunal Superior de Justicia que decrete el reconocimiento de la inconstitucionalidad por omisión legislativa, surtirá sus efectos a partir de su publicación en el Periódico Oficial del Estado. En dicha resolución se determinará un plazo para que se expida la Ley o Decreto de que se trate la omisión, a más tardar en el período ordinario que curse o el inmediato siguiente de la Legislatura del Estado; pudiendo disminuir este plazo cuando el interés público lo amerite¹⁰⁵.

Esta disposición constitucional es muy similar a la constitución de Veracruz, pues detectada la omisión legislativa, el tribunal superior de justicia establece un plazo el mismo ya está preestablecido por la norma, para que se corrija la omisión, el mismo que puede ser disminuido cuando lo amerite el interés público.

e) COAHUILA

El artículo 158 de la Constitución Coahuilense, contempla la acción de inconstitucionalidad local contra la omisión normativa consistente en la falta

¹⁰⁵Disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/normativa/Quintana%20Roo/16.pdf>. Consultado el 16/08/2016.

de regulación legislativa o reglamentaria, sobre la cual debe resolver el Tribunal Superior de Justicia. Verificada la existencia de una omisión, el Pleno ordenará a la autoridad omisa a dictar, en un plazo razonable, “las disposiciones legislativas necesarias que permitan se aplique el precepto de la Constitución falto de reglamentación, pero en todo caso expedirá los principios, bases y reglas normativas a regular conforme a su fallo.”¹⁰⁶

8.- CONSTITUCIÓN DE ECUADOR

La Constitución Ecuatoriana, aprobada por referéndum el 28 de septiembre de 2008, establece una Corte Constitucional y contempla expresamente un control de las omisiones legislativas. De esta manera, en el artículo 436 inc. 10 de la Constitución de 2008 del Ecuador se consigna dentro de las competencias de la Corte Constitucional, la siguiente:

“Declarar la inconstitucionalidad en que incurran las instituciones del Estado o autoridades públicas que por omisión inobserven en forma total o parcial, los mandatos contenidos en normas constitucionales, dentro del plazo establecido en la Constitución o en el plazo considerado razonable por la Corte Constitucional. Si transcurrido el plazo la omisión persiste, la Corte, de manera provisional, expedirá la norma o ejecutará el acto omitido, de acuerdo con la ley”¹⁰⁷.

De lo establecido en el texto constitucional se desprende que la inconstitucionalidad por omisión puede ser atribuida a cualquier institución del Estado o autoridad pública, es decir adopta una concepción amplia de la institución. Asimismo, señala que en caso que las instituciones estatales o autoridades públicas no cumplan con el mandato constitución en el plazo establecido, la Corte Constitucional podrá emitir la norma, atribuyéndose así

¹⁰⁶ SANTOS FLORES Israel. Omisión Legislativa en Materia Fiscal, El caso de México. Ob Cit. Pág. 131

¹⁰⁷ Constitución de la República de Ecuador, artículo 436.

en palabras de Néstor Pedro Sagúes “una función de legislador suplente y precario” lo que sin duda constituye una amenaza a la vigencia del principio constitucional de división de poderes.

9.- JURISPRUDENCIA COLOMBIANA:

En Colombia no existe regulación expresa respecto a la acción de inconstitucionalidad por omisión, por lo que el control de las omisiones en Colombia, ha sido desarrollado por la Corte Constitucional, existiendo abundante jurisprudencia al respecto, entre las cuales cabe destacar las siguientes:

a) Sentencia C-543/1996¹⁰⁸, esta es una paradigmática sentencia, pues la Corte Constitucional establece un precedente respecto al control de las omisiones legislativas. En este caso, Alberto Marín solicitaba la declaración de inconstitucionalidad por omisión del Congreso al no haber cumplido con la obligación de reglamentar los artículos 87 y 88 de la Constitución. Al momento de calificar la demanda, la Corte consideró que debía ser admitida, al señalar “*de vital importancia que esta corporación se pronunciara por medio de la Sala Plena sobre la conducencia o inconducencia de acciones de esta índole*”¹⁰⁹.

Luego, la Corte Constitucional al fundamentar su sentencia, comienza definiendo el concepto de omisión legislativa, entendiéndola como “*todo tipo de abstención del legislador de disponer lo prescrito por la Constitución*”¹¹⁰

Asimismo señala que “*para que se pueda hablar de omisión legislativa, es requisito indispensable que en la Carta exista una norma expresa que*

¹⁰⁸Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-543-96.htm>. Consultado el 19/10/2016.

¹⁰⁹Corte Constitucional de Colombia. C-543 de 1996.

¹¹⁰Ibídem

contemple el deber de expedir la ley que desarrolle las normas constitucionales y el legislador lo incumpla, pues sin deber no puede haber omisión”, es decir fija el criterio de que no toda ausencia de legislación trae como consecuencia una situación de inconstitucionalidad por omisión, ya que considera necesario que ese deber de legislar se encuentre expresamente establecido en la Constitución.

En esa línea de fundamentación, la corte se acoge a la tradicional clasificación de omisiones legislativas del profesor alemán Wessel, señalando respecto a las omisiones absolutas que son aquellas que se presenta cuando el Congreso “*no produce ningún precepto encaminado a ejecutar el deber concreto que le ha impuesto la Constitución*”¹¹¹.

Por otro lado, con relación a la omisión legislativa relativa, la corte constitucional señalo que se pueden presentar en los siguientes casos:

- a) Cuando en cumplimiento del deber establecido por la Constitución, favorecía a ciertos grupos, perjudicando a otros.
- b) Cuando en desarrollo de ese mismo deber, el legislador en manera expresa o tácita excluía a un grupo de ciudadanos de los beneficios que otorgaba al resto.
- c) Cuando el legislador al regular o construir una institución omitía una condición o un ingrediente que, de acuerdo con la Constitución, serian exigencias esenciales para armonizar con ella.

Entrando ya analizar el caso en concreto, la corte constitucional considera que no existe un mandato expreso en la Carta Constitucional en la cual establezca en deber del congreso de expedir normas de desarrollo constitucional, además señala que dentro de las competencias de la corte

¹¹¹ Corte Constitucional de Colombia. C-543 de 1996.

constitucional establecidas por el artículo 241 de la Constitución se indica *“A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la constitución en los estrictos términos de este artículo”*, por tanto no se encuentra autorizada a ejercer control de la actividad legislativa, por cuanto no está dentro de los alcances de su competencia, por lo que señala *“ 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”*.¹¹².

Así la Corte excluye su competencia de las omisiones legislativas absolutas indicando que *“lo que se pretende mediante la acción de inconstitucionalidad es evaluar si el legislador al actuar ha vulnerado o no los distintos cánones que conforman la Constitución. Por esta razón hay que excluir de esta forma de control el que se dirige a evaluar las omisiones legislativas absolutas: si no hay actuación no hay acto que comparar con las normas superiores; si no hay actuación, no hay acto que pueda ser sujeto a control”*¹¹³.

Es decir, la corte constitucional determina la improcedencia del control de las omisiones legislativas absolutas, no obstante, si es competente para conocer casos de omisiones legislativas relativas, es decir donde el desarrollo legislativo ha sido incompleto o impreciso, vulnerando el derecho fundamental de igualdad y del debido proceso.

De esta manera la Corte Constitucional se declara inhibida para conocer demandas de inconstitucionalidad por omisión absoluta manteniendo esta posición en diferentes sentencias: C-540 de 1997 M.P Hernando Herrera Vergara, Sentencia C-475 de 1998, M.P José Gregorio Hernández;

¹¹² Corte Constitucional de Colombia. C-543 de 1996

¹¹³ *Ibíd*em

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

Con relación a la omisión legislativa relativa la Corte Constitucional ha determinado nuevos criterios, como son los establecidos en la Sentencia C-427 de 2000, donde se señala lo siguiente: *“se presenta dicho tipo de omisión cuando se verifican tres aspectos: 1.- Que la norma excluya de sus consecuencias aquellos casos que, por ser asimilables, deberían subsumirse dentro de su presupuesto facticos; 2.- Que dicha excusión no obedezca a una razón objetiva y suficiente y que al carecer de una razón objetiva y suficiente, la omisión produzca una desigualdad injustificada entre los casos que están y lo que no están sujetos a las consecuencias previstas por la norma y 3.- Que la omisión implique el incumplimiento de una deber constitucional del legislador”*¹¹⁴.

De esta manera la Corte Constitucional Colombiana confirma su precedente de control constitucional solo de omisiones legislativas relativas, establecido mediante Sentencia C-543/1996.

b) Sentencia C-080/1999¹¹⁵.- En esta ocasión la corte constitucional declararía fundada la pretensión, ya que se trata de un caso de omisión legislativa relativa, en la cual consistía en que los artículos 175 del Decreto N° 1212 y 125 del Decreto N° 1214 del año 1990, regulaban que las pensiones por fallecimiento de “un oficial o suboficial de la policía nacional” o de “un empleado del Ministerio de Defensa o de la Policía Nacional”, se extinguirían cuando los hijos llegaran a la edad de (21) años, pero en caso que de continúen sus estudios, el termino se prolongaba hasta la edad de 24 años. No obstante, la regulación (art. 131 del Decreto N° 1213 del año 1990)

¹¹⁴Corte Constitucional de Colombia. C-427 del 2000.

¹¹⁵http://corte-constitucional.vlex.com.co/vid/-43562412?_ga=1.84388319.756097178.1476898208. Consultado el 19/10/2016.

no contemplaba esta figura a favor de los hijos de los agentes de la policía nacional, en la cual la pensión se extinguía a los 21 años, sin beneficio alguno. Entonces el asunto controvertido era determinar si existía un trato discriminatorio en la normativa con relación a los hijos de los agentes de la policía.

Ante tal situación la Corte Constitucional estableció que si existía discriminación pues los hijos de los agentes se encontraban en la misma situación que los hijos de los oficiales, suboficiales y personal civil de la policía, no existiendo justificación para regular un trato diferenciado, en ese sentido la corte consideró esta circunstancia como un *“típica omisión legislativa relativa que desconoce el principio de igualdad.”*

Esta sentencia considerada por la doctrina como “aditiva” o en términos de la corte como “integradora”, consideró necesario ampliar la regulación más beneficiosa para los hijos de los agentes de la policía nacional, de conformidad con el principio de igualdad establecido por el Art. 13 de la Constitución.

c) Sentencia C-007 del 2001¹¹⁶.- En esta sentencia que es considerada como interpretativa manipulativa, la Corte resuelve sobre la demanda de inconstitucionalidad del numeral 6 del Art. 140 del Código Civil, que regula la nulidad del matrimonio que establece: *“cuando no ha habido libertad en el consentimiento de la mujer por haber sido ésta robada violentamente, a menos que consienta en él estando fuera del poder del raptor”*

La Corte consideró que existía una inconstitucionalidad por omisión relativa, existiendo un vacío legal, donde se negaba al hombre la posibilidad de convalidar el vicio de consentimiento derivado del secuestro, con lo que se

¹¹⁶Disponible en :<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2001/C-007-01.htm>. Consultado el 19/10/2016.

violaba el principio de igualdad consagrado en el Art. 13 de la Constitución; siendo por ende discriminatorio e inconstitucional. No obstante, también tuvo en consideración que, si expulsaba del ordenamiento jurídico la expresión “de la mujer”, la disposición del numeral 6 del Art. 140 del Código Civil, quedaría sin titular de derecho, por lo que dejó vigente dicha disposición, pero condicionándola a que, en virtud de la igualdad de los sexos, tanto la causal de nulidad como la posibilidad de convalidación del matrimonio, pueda ser alegada por cualquiera de los contrayentes.

d) Sentencia C-699 de 2008¹¹⁷.- En este caso la Corte analiza la constitucionalidad de los artículos 3 (numeral 8º) y 126 de la ley 1116 de 2006, en la cual el legislador estableció el régimen de insolvencia empresarial en Colombia excluyendo expresamente de su aplicación a las personas naturales. La mencionada ley derogó el régimen de procesos concursales contenido en la ley 222 de 1995, el cual incluía a las sociedades y a las personas naturales comerciantes como para personas naturales no comerciantes. El tema a decidir era si la ausencia de un régimen de insolvencia aplicable a los deudores personas naturales no comerciantes, resultaba una omisión legislativa absoluta contraria a la Constitución.

La Corte¹¹⁸, en el marco de este proceso de inconstitucionalidad, resolvió declarar la exequibilidad (constitucionalidad) de las disposiciones normativas demandadas y exhortó al Congreso de la República para que expida un régimen de insolvencia para personas naturales no comerciantes. En lo que respecta a la declaratoria de exequibilidad, la Corte sustentó su decisión en lo siguiente: en primer lugar, por cuanto en el marco de la cláusula general de competencias, el Congreso se encuentra en total libertad de establecer

¹¹⁷Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-699-07.htm>. Consultado el 19/10/2016.

¹¹⁸ GÓMEZ VÁSQUEZ, Mateo, 2013, Omisiones Legislativas Absolutas y Limites Intrínsecos del Control de Constitucionalidad. Tesis de Grado para obtener el título de abogado, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas, p. 70.

marcos diferenciados para el régimen de insolvencia de personas naturales no comerciante y sociedades y personas naturales comerciante, dadas la diferencias de unos y otros. En segundo lugar, no existe un mandato constitucional que le imponga al legislador el deber de establecer un marco legal para el régimen de insolvencia de personas naturales no comerciantes, y adicionalmente porque hay otros instrumentos normativos que garantizan los derechos de los deudores en esta condición.

Asimismo, la Corte Constitucional exhorta al legislativo que por “razones de conveniencia” elabore un cuerpo normativo que sistematice la insolvencia de personas naturales no comerciantes.

Es decir, no obstante que la corte constitucional tuvo una decisión inhibitoria, pues su competencia no comprende controlar las omisiones legislativas absolutas, procede a exhortar al legislador para que desarrolle una ley de sistematización del régimen de insolvencia, cuestión que es discutible, ya que en todo caso no estaríamos ante un caso de una decisión inhibitoria.

e) Sentencia C-728 de 2009¹¹⁹. En este caso la corte resolvió sobre la constitucionalidad del artículo 27 de la ley 48 de 1993 en el sentido de establecer si el legislador incurrió en una omisión legislativa relativa por no incluir dentro de las exenciones en todo tiempo a la prestación del servicio militar obligatorio a los objetores de conciencia. La Corte Constitucional declaró exequible (constitucional) el artículo 27 de la Ley 48 de 1993, es decir consideró que no existía omisión inconstitucional legislativa relativa, por ende, su decisión fue inhibitoria. No obstante, exhortó al Congreso para que regule lo concerniente a la objeción de conciencia frente al servicio militar. La decisión de la Corte se fundamentó en que el escenario planteado por la demanda escapaba del control abstracto de constitucionalidad. Asimismo, consideró que el derecho a la objeción de conciencia es un derecho subjetivo que carece de una regulación legal que garantice su vigencia y ejercicio y, en

¹¹⁹Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-728-09.htm>. Consultado el 19/10/2016.

esa medida dirigió su exhorto al Congreso.

Nótese aquí que la Corte Constitucional si bien no efectúa un control de una omisión absoluta, no obstante, realiza una exhortación al legislador, como un “medio procesal válido” para paliar la inactividad del legislador. Este tipo de decisiones de la Corte han sido cuestionadas por algunos que consideran que el exhorto al legislador para regular una determinada materia constituye una decisión de fondo (no inhibitorias) no obstante que la corte ha señalado que no tiene competencia para conocer omisiones legislativas absolutas.

f) Sentencia C-577 de 2011¹²⁰. En el presente caso, la demanda cuestiona la definición legal de matrimonio (artículo 113 del Código Civil, inciso 1º del artículo 2º de la Ley 294 de 1996 e inciso 1º del artículo 2º de la Ley 1361 de 2009), en el cual le correspondió a la Corte determinar si, pese a que la unión heterosexual y la de parejas homosexuales constituyen tipos de familia, existe un mandato constitucional que imponga aplicar a las parejas homosexuales, que deseen conformar una familia y solemnizar su unión, la misma forma jurídica prevista para dar lugar a la familia heterosexual surgida de la expresión del consentimiento en que se hace consistir el matrimonio. La Corte corroboró que no existe una omisión legislativa relativa por tratarse de situaciones no semejantes la de las parejas del mismo sexo y las heterosexuales, pero que no obstante ello configura familia y en esa medida requieren de una norma que reconozca contractualmente el vínculo que tienen. De esta forma la Corte dirigió un exhorto con término cerrado (20 de junio de 2013) que, en caso de incumplirse, tendría una resolución alternativa (sentencia aditiva) a través de la introducción de una legislación supletiva y abstracta, que le permita a las parejas homosexuales formalizar su vínculo ante jueces y notarios¹²¹. Lo peculiar de esta sentencia- al igual que la

¹²⁰Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-577-11.htm>. Consultado el 19/10/2016.

¹²¹ GÓMEZ VÁSQUEZ, Mateo, 2013, Omisiones Legislativas Absolutas y Limites Intrínsecos del Control de Constitucionalidad. Tesis de Grado para obtener el título de abogado, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. p. 72

anterior- es que, no obstante, la corte señala que no es competente para controlar omisiones legislativas absolutas, exhorta al legislador para que legisle sobre los derechos de las parejas del mismo sexo con la finalidad de eliminar el déficit de protección que, según los términos de esta sentencia, afecta a las mencionadas parejas. En este último caso, la corte va más allá del exhorto y sugiere una regulación supletoria en caso de incumplimiento del legislador para garantizar los derechos fundamentales de las parejas del mismo sexo.

SUB CAPITULO IV: JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO CON RELACIÓN A LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN.

Los pronunciamientos que el Tribunal Constitucional ha establecido respecto a situaciones de inconstitucionalidad por omisión se han ido incrementando con el transcurrir de los años, en el cual se aprecian decisiones respecto a estos temas en los procesos constitucionales de amparo y cumplimiento (como última instancia), y también mediante el proceso de inconstitucionalidad (como instancia única).

1.- EXPEDIENTE Nº 0083-1992-AA/TC

Esta sentencia de fecha 11 de diciembre de año 1997, es el primer pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre un caso de inconstitucionalidad por omisión, con relación al recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia de la Segunda Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República, de fecha dieciséis de marzo de 1992, que, declaró haber nulidad en la resolución de vista del veintinueve de abril de 1991, la cual confirmó la apelada del diecinueve de noviembre de mil novecientos noventa, declarando improcedente la Acción de Amparo interpuesta por la Asociación de Servidores Civiles del Ejército y otros, contra el Supremo Gobierno, representado en el Ministro de Defensa y el Procurador Público a cargo de los Asuntos del Ministerio de Defensa.

A modo de antecedente, podemos señalar que lo que se demandaba era una omisión proveniente del Gobierno y particularmente del Ministerio de Defensa, al no cumplir con reglamentar el artículo 60° del Decreto Legislativo N° 608, publicado el once de julio de mil novecientos noventa. Fundamentan su reclamo en la transgresión de sus derechos constitucionales a la vida, la igualdad, el bienestar, la remuneración justa, el principio de irrenunciabilidad de los derechos adquiridos y los demás derechos fundamentales reconocidos

por la Constitución de 1979.

Cabe precisar que el artículo 60° del Decreto Legislativo N° 608 dispuso la incorporación del personal civil nombrado de los Ministerios de Defensa e Interior, en la categoría remunerativa de oficiales y subalternos de las mismas instituciones; esta incorporación en el aspecto remunerativo debería ser reglamentada mediante Decreto Supremo refrendado por los Ministerios de Defensa e Interior en el plazo de (90) días calendario contados a partir de la vigencia del Decreto Legislativo. Posteriormente el 20 de Julio de 1990 se expidió el Decreto Supremo N° 024-1990- IN, que reglamentó el numeral 60 para personal Civil nombrado del Ministerio del Interior en las categorías remunerativas de oficiales y subalternos de la Policía Nacional; sin embargo, no se había reglamentado respecto al personal civil nombrado del Ministerio de Defensa, es por ello que los demandantes solicitaron -mediante proceso de amparo- se expida el reglamento correspondiente.

El Tribunal Constitucional al resolver el caso, considera que el artículo 60° del Decreto Legislativo N° 608°, es un tipo de norma “programática”, y, por tanto, generadora de una obligación por parte del Estado, sin embargo, esta norma no posee solamente los caracteres de aquellas que solo requieren para su vigencia, de una previa reglamentación legal, sino que también requiere la necesaria habilitación de condiciones económicas para que su ejercicio efectivo. Así señala:¹²² *“No en vano, forma parte de una norma de contenido eminentemente presupuestal. El problema en cuestión, no es entonces, un asunto baladí, sino que colinda directamente con la Teoría Constitucional y la explicación que aquella otorga a la operatividad inmediata o mediata de unas normas constitucionales por sobre otras”.*

¹²²Expediente N° 0083-1992-AA/TC

En esa línea argumentativa, el Tribunal Constitucional señaló que...*"si bien....se puede tornar exigible un norma que solo requiera previa reglamentación y cuyo incumplimiento se ha venido prolongando durante un periodo de tiempo notoriamente irrazonable, no se puede aplicar el mismo criterio, esto es, el de demandar la exigibilidad de una norma, cuando aquella, además de la reglamentación, demanda la creación de condiciones económicas, como ocurre en el presente caso, ya que ello, no es ni podría ser, materia de evaluación conforme a criterios jurisprudenciales, sino de exclusiva competencia política. Asumir una idea contraria (subraya el TC), sería obligar a los jueces, ya sea ordinarios o especializados a emitir fallos no precisamente ajustados a Derecho sino a la discrecionalidad correspondiente sólo a los órganos políticos"*. Este razonamiento lo concuerda con la Disposición General y Transitoria de la Constitución de 1979, que disponía: *"Las disposiciones constitucionales, que irrogan nuevos gastos e inversiones, se aplican progresivamente..."*, motivo por el que la propia Ley N° 23506, haciendo eco de tal opción, señalo, en su artículo 25°, que *"No dan lugar a la acción de amparo los derechos a que se refiere la Sexta de las Disposiciones Generales y Transitorias de la Constitución"*.

Este fundamento fue la razón suficiente para que el Tribunal confirme la resolución de la Segunda Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República y declare improcedente la Acción de Amparo interpuesta.

El criterio establecido por el Tribunal Constitucional de aquél entonces fue que una norma que no es reglamentada por el ejecutivo por un tiempo irrazonable y que para su implementación también requiere de condiciones económicas no puede ser exigible judicialmente. No obstante el Tribunal, dejó abierta la posibilidad de que estas normas programáticas sean exigibles judicialmente solo cuando requieran reglamentación, en efecto: *"...se puede tornar exigible una norma que solo requiera previa reglamentación y cuyo incumplimiento se ha venido prolongando durante un periodo de tiempo"*

*notoriamente irrazonable...”, no siendo imposible “demandar la inconstitucionalidad por omisión legislativa proveniente de los Poderes Públicos...en tanto a la Constitución no solo se transgrede por lo que se hace, sino por lo que se deja de hacer”.*¹²³

Al respecto, muestro mi desacuerdo con el fallo, pues aquí podemos notar lo que la doctrina constitucional denomina “omisión de tipo relativa o parcial”, ya que se vulneró el principio de igualdad, al reglamentarse las categorías remunerativas del personal Civil nombrado del Ministerio del Interior en las categorías remunerativas de oficiales y subalternos de la Policía Nacional, excluyéndose las categorías remunerativas respecto al personal civil nombrado del Ministerio de Defensa. No obstante, ello, el tribunal constitucional nos da ya una serie de elementos que configuran una situación de inconstitucionalidad por omisión: i) La Constitución no solo se transgrede por lo que se hace, sino por lo que se deja de hacer; ii) La exigibilidad de una norma que solo requiera previa reglamentación y cuyo incumplimiento se ha venido prolongando durante un periodo de tiempo notoriamente irrazonable; iii) la omisión legislativa proviene de los Poderes Públicos, en este caso se adscribe a la concepción amplia de esta institución procesal, es decir, que la omisión inconstitucional no solo puede provenir del legislativo sino de los poderes públicos en general.

2.- EXPEDIENTE N.º 1365-2000-AC/TC

Esta sentencia del tribunal constitucional de fecha veintidós de julio del año dos mil dos, es respecto al recurso extraordinario interpuesto por la Asociación Colegio Profesional de Profesores del Perú (demandante) contra la sentencia de la Sala Corporativa Transitoria Especializada en Derecho Público de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente

¹²³ Expediente N° 0083-1992-AA/TC.

la acción de cumplimiento.

A modo de antecedente podemos señalar que la demandante con fecha dieciséis de agosto de mil novecientos noventa y nueve, interpone proceso de cumplimiento contra el Ministerio de Educación a efectos de que cumpla con el mandato establecido en la Ley N° 25231 y, por consiguiente, constituya una comisión encargada de elaborar y aprobar mediante decreto supremo el Estatuto del Colegio Profesional de Profesores del Perú. Entre los fundamentos de su demanda señala que la Ley N° 25231 que creó el Colegio Profesional de Profesores del Perú, en su Primera Disposición Transitoria, ordenaba al Ministerio de Educación constituir una comisión encargada de elaborar el estatuto del referido colegio, y que además en su Tercera Disposición Transitoria expresaba imperativamente que el estatuto será aprobado mediante decreto supremo en el término de noventa días calendario a partir de la vigencia de dicha ley; sin embargo a partir del tiempo transcurrido, las distintas autoridades del Ministerio de Educación son renuentes a acatarla, por lo que sus derechos legales vienen siendo transgredidos.

El Tribunal Constitucional resolvió siguiendo el criterio fijando anteriormente, es decir, de que existen normas programáticas exigibles judicialmente cuando requieran reglamentación, ya que afectan los mandatos establecidos en la ley. En el presente caso, por varios años no se cumplía la Ley 25237 que ordenaba al Poder Ejecutivo constituir una comisión encargada de elaborar los estatutos de un colegio profesional y la aprobación de tales estatutos mediante decreto supremo, dentro del plazo de noventa días calendario. El tribunal estableció que, a pesar de contener un mandato claro, no se le ha dado cumplimiento, por lo que declaró fundada la demanda

constitucional interpuesta disponiendo expresamente¹²⁴ “...cumplir con los mandatos establecidos en las Disposiciones Transitoria Primer y Tercera de la Ley N° 25231 y, en su momento, iniciar los trámites a efectos de su aprobación mediante decreto supremo...”.

Cabe precisar que por mandato constitucional el poder ejecutivo tiene la potestad de reglamentar las leyes, pero en este caso se verifica una omisión por parte del ejecutivo (ministerio de educación), ya que la Ley N° 25231 fue publicada con fecha ocho de junio de mil novecientos noventa, sin que haya sido reglamentada, en el término de noventa días calendario a partir de la vigencia de dicha ley; siendo que la demanda de cumplimiento de interpuso con fecha dieciséis de agosto de mil novecientos noventa y nueve, es decir la omisión inconstitucional se ha venido prolongando durante un periodo de tiempo notoriamente irrazonable.

3.-EXPEDIENTE N° 2945-2003-AA/TC

Esta sentencia conocida mayormente como el “caso Meza García” es de vital importancia pues el Tribunal Constitucional dejaría sentada su posición respecto a la exigibilidad judicial de los derechos económicos, sociales y culturales ante supuestos de inconstitucionalidad por omisión del Estado.

A modo de antecedente señalamos que se trata de una demanda de amparo, cuya pretensión es que el Estado peruano (Ministerio de Salud) otorgue atención médica integral a la demandante Azanca Alhelí Meza García mediante la provisión constante de medicamentos necesarios para el tratamiento del VIH/SIDA, así como la realización de los exámenes periódicos y pruebas de CD4 y carga viral que el médico tratante disponga.

¹²⁴Expediente N.° 1365-2000-AC/TC

La demandante señala que desde el año 1996 en que fue diagnosticado de tener VIH, el Estado (Ministerio de Salud) no ha cumplido con otorgarle un tratamiento integral de salud, recetándole medicamentos genéricos que no son suficientes, no contando con los recursos económicos necesarios para el tratamiento de su enfermedad, es por eso que es obligación del Estado brindarle la atención integral para la protección de su salud de conformidad con el principio de respeto a la dignidad de la persona, a la protección de sus derechos a la vida y la salud, así como su derecho a una atención médica integral para la enfermedad de VIH/SIDA, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7° de la Ley N.° 26626(Ley del Plan Nacional de Lucha contra el Sida y ETS) y los artículos 7° y 9° de la Constitución¹²⁵.

El Cuadragésimo Tercer Juzgado Especializado en lo Civil de Lima declaró fundada la demanda, sustentando que la Ley N.° 26626 establece que las personas con VIH/SIDA tienen atención a un tratamiento médico integral. Luego, la parte demandada interpone recurso de apelación, que es resuelto por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima que, reformando la decisión de primera instancia, declara fundada en parte la demanda, razón por la cual, la demandante acude al Tribunal Constitucional vía recurso extraordinario.

El Tribunal Constitucional en los fundamentos de su decisión, parte de la existencia incuestionable de un Estado Social de Derecho y de los elementos

¹²⁵En la contestación de la demanda, la Procuradora Pública del Ministerio de Salud utilizó como argumento que si bien el respeto de la dignidad de la persona, así como a la vida e integridad física, constituyen derechos fundamentales ello no implica una obligación por parte del Estado de prestar atención sanitaria ni facilitar medicamentos en forma gratuita a la demandante ni a otra persona, siendo la única excepción el caso de las madres gestantes infectadas con el VIH y todo niño nacido de madre infectada, según lo dispuesto en el artículo 10 del Decreto Supremo N.° 004-97-SA, Reglamento de la Ley N.° 26626; señalando de manera “falaz”, que, según los artículos 7° y 9° de la Constitución, el derecho a la salud y la política nacional de salud constituyen normas programáticas que representan un mero plan de acción para el Estado, más que un derecho concreto.

que lo integran (la existencia de condiciones mínimas y su identificación con los fines de su contenido social), pronunciándose respecto al carácter programático de los derechos económicos y sociales, particularmente de su naturaleza exigible muy discutida por la doctrina y jurisprudencia, estableciendo que *“cuando se habla de exigencia, nos referimos al derecho de requerir que el Estado adopte las medidas adecuadas para el logro de fines sociales, pues no en todos los casos los derechos sociales son por sí mismos jurídicamente sancionables, al ser necesario el soporte presupuestal para su ejecución (...)No se trata... de meras normas programáticas de eficacia mediata, como tradicionalmente se ha señalado para diferenciarlos de los denominados derechos civiles y políticos de eficacia inmediata, pues justamente su mínima satisfacción representa una garantía indispensable para el goce de los derechos civiles y políticos. De este modo, sin educación, salud y calidad de vida digna en general, mal podría hablarse de libertad e igualdad social, lo que hace que tanto el legislador como la administración de justicia deban pensar en el reconocimiento de los mismos en forma conjunta e interdependiente¹²⁶”*.

Asimismo señala que *“Si bien...la efectividad de los derechos sociales requiere un mínimo de actuación del estado a través del establecimiento de servicios públicos, así como de la sociedad mediante la contribución de impuestos, ya que toda política social necesita de una ejecución presupuestal, también lo es que estos derivan en obligaciones concretas por cumplir, por lo que los estados deben adoptar medidas constantes y eficaces para lograr progresivamente la plena efectividad de los mismos en igualdad de condiciones para la totalidad de la población”* por lo que *“...los derechos sociales deben interpretarse como verdaderas garantías del ciudadano frente al Estado dentro de una visión que busca revalorar la eficacia jurídica de los*

¹²⁶ Expediente N° 2945-2003-AA/TC Fj. 11

mandatos constitucionales y por ende, la vigencia de la constitución¹²⁷". Es decir "El reconocimiento de estos derechos implica, entonces, superar su concepción programática, perfeccionando los mandatos sociales de la Constitución, así como la obligación del Estado, en la cual se impongan metas cuantificables para garantizar la vigencia del derecho"¹²⁸.

En opinión del profesor Sáenz Dávalos, no le convence strictu sensu al tribunal, la denominación de "derechos programáticos" en el entendido de que con ella se pretende condicionar la eficacia inmediata del derecho. A su juicio, antes que hablar de un carácter programático en el derecho, es preferible considerar la satisfacción de un mínimo vital, como presupuesto de todo derecho social o económico, pues es dicho elemento el que acarrea responsabilidades (verdaderas obligaciones) sobre el Estado y también sobre la sociedad¹²⁹.

Asimismo, es interesante el argumento del tribunal respecto a la obligación de los estados de adoptar medidas constantes y eficaces para lograr de manera progresiva la vigencia efectiva de los derechos sociales, buscando siempre la eficacia jurídica de los mandatos constitucionales y, por ende, la vigencia de la constitución.

Ahora con respecto a la exigibilidad del derecho a la Salud, el Tribunal Constitucional señala *"los derechos sociales, como la salud pública, no pueden ser exigidos de la misma manera en todos los casos, pues no se trata de prestaciones específicas, en tanto dependen de la ejecución presupuestal para el cumplimiento de lo exigido, lo contrario supondría que cada individuo*

¹²⁷ Expediente N° 2945-2003-AA/TC Fj. 13.

¹²⁸ Expediente N° 2945-2003-AA/TC Fj 14.

¹²⁹ SÁENZ DÁVALOS, Luis. "La protección procesal de los derechos constitucionales programáticos". Material de Estudios del Diplomado en Derecho Constitucional y Derechos Humanos. Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, Lambayeque, 2007. p. 10.

podría exigir judicialmente al Estado un puesto de trabajo o una prestación específica de vivienda o salud en cualquier momento. En consecuencia, la exigencia judicial de un derecho social dependerá de factores tales como la gravedad y razonabilidad del caso, su vinculación o afectación de otros derechos y la disponibilidad presupuestal del Estado, siempre y cuando puedan comprobarse acciones concretas de su parte para la ejecución de políticas sociales¹³⁰.

Este fundamento es de singular importancia, pues el Tribunal señala que los derechos sociales no pueden ser exigidos de la misma manera en todos los casos, en ese sentido, establece los requisitos para la exigencia judicial de un derecho social, siendo los siguientes: i) la gravedad y razonabilidad del caso, ii) su vinculación o afectación de otros derechos; y iii) disponibilidad presupuestal del Estado.

Con relación al cumplimiento de estos requisitos en el presente caso, el Tribunal resalta la vinculación del derecho a la salud con el derecho a la vida: *“La salud es derecho fundamental por su relación inseparable con el derecho a la vida, y la vinculación entre ambos derechos es irresoluble, ya que la presencia de una enfermedad o patología puede conducirnos a la muerte o, en todo caso, desmejorar la calidad de la vida. Entonces, es evidente la necesidad de proceder a las acciones encaminadas a instrumentalizar las medidas dirigidas a cuidar la vida, lo que supone el tratamiento orientado a atacar las manifestaciones de cualquier enfermedad para impedir su desarrollo o morigerar sus efectos, tratando, en lo posible, de facilitar los medios que al enfermo le permitan desenvolver su propia personalidad dentro de su medio social”¹³¹.*

¹³⁰ Expediente N° 2945-2003-AA/TC Fj 33

¹³¹ Expediente N° 2945-2003-AA/TC Fj 28

Respecto a la gravedad del caso, el colegiado consideró como evidente que el grave estado de salud de la demandante llega a comprometer inminentemente su propia vida, pues conforme advirtió de la documentación que obra en el expediente, su nivel de CD4 en la sangre es de 37 mm³, es decir, muy por debajo de la normal para esta enfermedad, por lo que representa un riesgo de contraer nuevas enfermedades, más aún si el demandante también padece de cáncer a la tiroides.

Con relación a la disponibilidad presupuestal, si bien fue un argumento de defensa del Estado en el proceso, sosteniendo que conforme la undécima disposición final y transitoria: *“Las disposiciones de la Constitución que exijan nuevos y mayores gastos públicos se aplican progresivamente”*, por lo que el Estado no podría atender lo solicitado por la recurrente, ya que se trata de un gasto no presupuestado, sin embargo el tribunal interpreta el correcto alcance de la undécima disposición final y transitoria de la Constitución de 1993, considerando que *“aún cuando el presupuesto de la República se sustenta en el principio de legalidad, y que es inadmisibles la ejecución de gastos no aprobados en la Ley de Presupuesto Anual, ello no resulta un alegato con fuerza suficiente frente a la amenaza o vulneración de derechos, pues es el caso que, sin involucrar mayores recursos de los ya presupuestados, los mismos puedan destinarse priorizando la atención de situaciones concretas de mayor gravedad o emergencia, como en el caso de autos. Por consiguiente, consideramos que la recaudación presupuestal no puede ser entendida literalmente como un objetivo en sí mismo, olvidando su condición de medio para conseguir el logro de objetivos estatales, con fines de lograr una máxima atención a la protección de los derechos de los ciudadanos¹³²”*.

¹³²Expediente N° 2945-2003-AA/TC Fj 35

De esta manera el tema presupuestal no puede constituir un argumento de fuerza para desconocer la eficacia de un derecho social fundamental como la salud, en condiciones de gravedad como en el presente caso, ya que, sin incluir mayores recursos de los ya presupuestados, estos pueden ser destinados priorizando situaciones concretas de mayor gravedad o emergencia.

Asimismo, agrega que el *“principio de progresividad en el gasto a que hace alusión la undécima disposición final y transitoria de la Constitución, no puede ser entendido con carácter indeterminado y, de este modo, servir de alegato frecuente ante la inacción del Estado, pues para este Colegiado la progresividad del gasto no está exenta de observar el establecimiento de plazos razonables, ni de acciones concretas y constantes del Estado para la implementación de políticas públicas... “Lo declarado en la undécima disposición final y transitoria de nuestra Constitución es concordante con el artículo 2.1 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que precisa que los estados se comprometen a adoptar medidas hasta el máximo de recursos que se disponga para lograr, progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos en el Pacto, entre ellos la salud. Es evidente que el estado peruano no puede eximirse de esta obligación, ni tampoco asumirla como un ideal de gestión, pues se trata de una obligación perentoria a ser cumplida, si bien de manera progresiva, siempre en plazos razonables y acompañados de acciones concretas¹³³”*.

En opinión de Sáenz Dávalos¹³⁴ el principio de progresividad no es a entender del tribunal, una norma que sin más legitime al estado a una suerte de invocación discrecional como pretexto a la carencia de habilitación económica o presupuestal que exigen las normas concernientes con los

¹³³ Expediente N° 2945-2003-AA/TC Fj. 37

¹³⁴ SÁENZ DÁVALOS, Luis. Ob Cit. p. 10

derechos prestacionales. De lo que se trata es pues de considerar su aplicación como un mandato, bien que paulatino, plenamente obligatorio, tanto más si se toma en cuenta que la eficacia de los derechos económicos y sociales depende ello.

Además, el tribunal señala “...como jueces constitucionales, sin entrar a cuestionar la política de salud, per se, consideramos necesario analizar la actuación del estado en el presente caso, al haberse alegado la afectación de derechos de la demandante que ponen en riesgo su propia vida, Si bien es cierto que en el caso de países en desarrollo, como el nuestro, es difícil exigir una atención y ejecución inmediata de las políticas sociales para la totalidad de la población , este Tribunal reitera que tal justificación es válida solo cuando se observen concretas acciones del estado para el logro del resultados; de lo contrario, esta falta de atención devendría en situaciones de inconstitucionalidad por omisión¹³⁵”.

El fundamento antes indicado es trascendente pues se reconoce que, en materia de los derechos sociales, como el derecho a la salud no podría justificarse una inacción prolongada por parte del Estado, ya que devendría en una situación de omisión inconstitucional. Por lo tanto, el juez constitucional está habilitado a controlar situaciones de inconstitucionalidad por omisión cuando se alegue la afectación de derechos fundamentales.

Por último, el Tribunal Constitucional concluye concediendo protección jurídica a un derecho social, como lo es el derecho a la salud, fundamentando su decisión no solo por la afectación potencial del derecho fundamental a la vida, sino por razones de la propia legislación de la materia atendiendo a lo establecido en la Constitución de 1993, en sus artículos 7° y 9°, respecto al

¹³⁵Expediente N° 2945-2003-AA/TC Fj. 39

derecho a la protección de su salud y la responsabilidad del Estado de determinar la política nacional de salud, al igual que normar y supervisar su aplicación; teniendo en cuenta la Ley de Desarrollo Constitucional N.º 26626 que encargó al Ministerio de Salud la elaboración del Plan Nacional de Lucha contra el VIH/SIDA y las enfermedades de transmisión sexual (artículo 7º reconoce a toda persona con VIH/SIDA el derecho a la atención integral y a la prestación previsional que el caso requiera); y por último, la Ley N.º 28243, que establece la atención integral de salud es continua y permanente, indicando que la gratuidad es progresiva para el tratamiento antirretroviral, con prioridad en las personas en situaciones de vulnerabilidad y pobreza extrema.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional declara FUNDADA la acción de amparo; ordenando que se considere a la demandante en el grupo de pacientes que recibirán tratamiento integral contra el VIH/SIDA por parte del Ministerio de Salud, lo que incluirá la provisión de medicamentos y análisis correspondientes, según lo dispuesto por los médicos del hospital tratante y exhortando a los poderes públicos a que se cumpla lo dispuesto en el artículo 8º de la Ley N.º 26626, debiendo considerarse como inversión prioritaria el presupuesto para la ejecución del Plan de Lucha contra el SIDA.

Rescato la importancia de este fallo, no solo por el criterio asumido por el tribunal en sus fundamentos jurídicos, sino porque también (aunque el tribunal no lo señale en sus fundamentos) se verificó el caso de una omisión inconstitucional relativa, pues el artículo 6 de la Ley 26626 (Ley del Plan Nacional de Lucha contra el Sida y ETS) establecía que: “Toda persona con VIH/SIDA tiene derecho a la atención médica integral y a la prestación previsional que el caso requiera”, no obstante tiempo después se aprueba su reglamento (Decreto Supremo N°004-97-SA) en el cual condiciona dicho tratamiento integral solo para el caso de las madres gestantes infectadas con

VIH y de los niños nacidos de madre infectada), es decir vía reglamentaria se excluyó del beneficio a varios grupos de personas infectadas de VIH, como aquellas en condición de extrema pobreza, en la cual estaba considerada la demandante, vulnerándose el principio constitucional de igualdad

4.- EXPEDIENTE N° 2016-2004-AA/TC

Este caso similar al anterior, en el cual mediante proceso de amparo se demanda¹³⁶ al Estado (Ministerio de Salud) para que otorgue atención médica integral al demandante José Luis Correa Condori en su condición de paciente de VIH SIDA, mediante la provisión constante de medicamentos necesarios para su tratamiento, así como con la realización de exámenes periódicos y pruebas de CD4 y carga viral que el médico tratante disponga, de conformidad con los artículos 7° y 9° de la Constitución, y el artículo 7° de la Ley N.° 26626, Ley del Plan Nacional de Lucha contra el SIDA y ETS (Enfermedades de Transmisión Sexual).

El Decimosexto Juzgado Especializado en lo Civil de Lima declaró fundada la demanda, en virtud al artículo 7° de la Ley N.° 26626, señalando que es obligación del Estado facilitarle el acceso inmediato a los servicios de salud bajo su cargo y el tratamiento adecuado que garantice su derecho a la vida, de conformidad con la Constitución y los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos. Ante esta decisión la parte demandada interpone recurso de apelación, que es resuelto por la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima que revocando la apelada, declaró improcedente la demanda, argumentando que la Undécima Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política establece que las disposiciones de la Carta Magna que exijan nuevos o mayores gastos se aplican progresivamente, por lo que

¹³⁶El demandante señala que desde el año 2002, fecha en que se le diagnosticó que padecía VIH, el Estado no ha cumplido con otorgarle un tratamiento integral, solicita al Estado cumpla su obligación de atender su salud, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7° de la Ley N.° 26626.

debe concluirse que las pretensiones de la demanda no resultan amparables, ya que si bien el Estado debe orientar la política nacional de salud hacia el acceso adecuado a los servicios de salud de toda persona, ello debe realizarse paulatinamente y de acuerdo a las posibilidades de la economía nacional, razón por la cual, la demandante acude al Tribunal Constitucional vía recurso extraordinario.

Los fundamentos jurídicos son similares a los señalados en el caso Meza García, en el cual el tribunal destaca su reiterada posición respecto a la exigibilidad de un derecho social como la salud pública, señalando que no puede ser exigido de la misma manera en todos los casos, pues no se trata de prestaciones específicas, ya que dependen de la ejecución presupuestal para el cumplimiento de lo exigido; así señaló como criterio reiterado que:

“La exigencia judicial de un derecho social dependerá de factores tales como la gravedad y razonabilidad del caso, su vinculación o afectación de otros derechos y la disponibilidad presupuestal del Estado, siempre y cuando se compruebe que puede efectuar acciones concretas para la ejecución de políticas sociales¹³⁷”.

En ese orden de ideas, y según el caso en concreto, el tribunal comprueba el grave estado de salud del demandante, el cual a criterio del tribunal, compromete su propia vida, pues conforme aprecia de la documentación que obra en el expediente, para que se diagnostique SIDA, el contenido de CD4 (Defensas) en la sangre debe ser inferior a 100 mm³, observándose que, en el caso del demandante, el nivel de CD4 se encuentra por debajo del referido promedio lo que, por las características de esta enfermedad, representa un riesgo para el paciente de contraer cualquier otra enfermedad adicional, ya que el organismo no cuenta con defensas suficientes para autoprotegerse.

¹³⁷Expediente N° 2016-2004-AA/TC Fj. 32.

El Tribunal enfatiza la vinculación del derecho a la salud con el derecho a la vida: *“La salud es derecho fundamental por su relación inseparable con el derecho a la vida, y la vinculación entre ambos derechos es irresoluble, ya que la presencia de una enfermedad o patología puede conducirnos a la muerte o, en todo caso, desmejorar la calidad de la vida. (...) El derecho a la salud comprende la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser, lo que implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento; acciones que el Estado debe efectuar tratando de que todas las personas, cada día, tengan una mejor calidad de vida. Ello comporta una inversión en la modernización y fortalecimiento de todas las instituciones encargadas de la prestación del servicio de salud, así como la puesta en marcha de políticas, planes y programas en ese sentido”*¹³⁸.

Con relación al principio de progresividad en el gasto al que se refiere la Undécima Disposición Final y Transitoria de la Constitución, el tribunal reitera su posición en el sentido de que este principio no puede ser entendido con carácter indeterminado, pues no está exento de observar el establecimiento de plazos razonables, ni de acciones concretas y constantes del Estado para la implementación de políticas públicas, ya que configuraría situaciones de inconstitucionalidad por omisión, pues en el caso del derecho a la salud pública *“no representa prestaciones específicas por sí mismas, pues dependen de la disponibilidad de medios con que cuente el Estado, lo que, sin embargo, de ninguna manera puede justificar la inacción prolongada, como se ha subrayado en los fundamentos anteriores, ya que ello devendría en una omisión constitucional”*¹³⁹.

¹³⁸Expediente N° 2016-2004-AA/TC Fj. 27

¹³⁹Expediente N° 2016-2004-AA/TC. Fj. 48.

De este modo, este Tribunal se pronuncia a favor del demandante justificando su decisión no sólo por la afectación potencial del derecho fundamental a la vida, sino por razones fundadas en la propia legislación de la materia, que ha dispuesto las previsiones para la máxima protección de los enfermos de SIDA, a través de la Ley N.º 28243, que modifica la Ley N.º 26626; y teniendo en cuenta que actualmente se viene promocionando una campaña de tratamiento gratuito de antirretrovirales para pacientes en condiciones de pobreza o necesidad, en cuyo grupo debe ser considerado el demandante.

En ese sentido el Tribunal declaró FUNDADA la demanda de amparo, ordenando que se considere al demandante en el grupo de pacientes que recibirán tratamiento integral contra el VIH/SIDA por parte del Ministerio de Salud, lo que incluirá la provisión de medicamentos y análisis correspondientes. Además, exhorta a los poderes públicos a que cumplan con lo dispuesto en el artículo 8º de la Ley N.º 26626, debiendo considerarse como inversión prioritaria el presupuesto para la ejecución del Plan de Lucha contra el SIDA.

Al igual que el caso anterior, resaltó la importancia de este fallo, no solo por el criterio asumido por el tribunal en sus fundamentos jurídicos, sino porque también (aunque el tribunal no lo señale en sus fundamentos) se verificó el caso de una omisión inconstitucional relativa, pues el artículo 6 de la Ley 26626 (Ley del Plan Nacional de Lucha contra el Sida y ETS) establecía que: “Toda persona con VIH/SIDA tiene derecho a la atención médica integral y a la prestación previsional que el caso requiera”, no obstante tiempo después se aprueba su reglamento (Decreto Supremo N°004-97-SA) en el cual condiciona dicho tratamiento integral solo para el caso de las madres gestantes infectadas con VIH y de los niños nacidos de madre infectada), es decir vía reglamentaria se excluyó del beneficio a varios grupos de personas

infectadas de VIH, como aquellas en condición de extrema pobreza, en la cual estaba considerada la demandante, vulnerándose el principio constitucional de igualdad.

5.-EXPEDIENTE N° 1956-2004-AA/TC

Se trata de un proceso de amparo, en la cual doña Martha Rivera Lhoiry, en representación de su hija Martha Olinda Combe Rivera, interpone demanda contra el Seguro Social de Salud (EsSalud) cuya pretensión es que la entidad demandada se abstenga de amenazar y vulnerar el derecho fundamental a la salud de su hija Martha Combe Rivera, quién pese a su delicado cuadro clínico (esquizofrenia paranoide crónica y hemiplejia) , por decisión medica se le pretende deshospitalizar a pesar de no haberse acreditado fehacientemente su estado de recuperación.

El Quincuagésimo Quinto Juzgado Civil de Lima, declara infundada la demanda, considerando que la referida paciente, en opinión de su médico tratante, se encontraba en condiciones de ser dada de alta, por lo que no advierte amenaza o sustracción por parte de la demandada en su condición de aseguradora de la paciente, máxime si no se aportó medio probatorio que permitiera establecer lo contrario a lo opinado por el médico tratante en relación con el estado de alta de la paciente. Luego esta decisión es apelada por la parte demandada y la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, revocando la apelada, declara improcedente la demanda, por considerar fundamentalmente que no se ha acreditado fehacientemente la amenaza o vulneración del derecho invocado. Ante esta situación la demandante interpone recurso extraordinario ante el Tribunal Constitucional.

El Tribunal en los fundamentos jurídicos de su sentencia señala las obligaciones del Estado frente a los derechos sociales: *“Existe...en el estado social y democrático de derecho una estructura sustentada en la consecución*

de objetivos antes que en una reserva de actuaciones. Lo que el poder tiene de abstención opera en lo fundamental, respecto de los derechos individuales y políticos, lo que, en cambio, tiene de dinámico se reconduce al ámbito de los derechos económicos, sociales y culturales, y todo ello, dentro de los imperativos expresamente reconocidos por la Constitución. Esta lógica permite considerar que, así como el Estado incumple la Constitución cuando de la inobservancia de las prohibiciones frente a los derechos individuales y políticos se trata, de igual modo la incumple o deja de lado cuando se abstiene de materializar las obligaciones que frente a los derechos sociales, económicos y sociales le impone el ordenamiento. La inconstitucionalidad, por tanto, puede ser motivada tanto por acciones como de omisiones de los poderes públicos, y queda claro que, en cualquiera de ambas hipótesis, y dentro de lo ponderable de cada caso, se impone el correctivo por medio del proceso constitucional¹⁴⁰.

En opinión de Sáenz Dávalos¹⁴¹, la concepción que tras esta argumentación se refleja, permite considerar que para el Supremo Interprete de la Constitución, el Estado Social impone compromisos de actuación constante frente a los derechos sociales, económicos y culturales, los que sin embargo no dependen de una simple voluntad discrecional de los poderes públicos, sino de auténticas obligaciones de carácter imperativo. La presencia de aquellas permite considerar que a la Constitución se le vulnera tanto cuando dichos poderes se comportan en forma contraria a lo que aquella prohíbe, como cuando no cumplen (se abstienen) con lo que la norma fundamental, expresamente manda. Parece pues implícito, en tal raciocinio el mensaje que muchos años atrás dejara sentado el Tribunal Constitucional Alemán.

¹⁴⁰ Expediente N° 1956-2004-AA/TC. Fj. 5

¹⁴¹ SAENZ DAVALOS, Luis. Ob Cit. Pág. 16.

Asimismo, el tribunal reconoce el instituto de la inconstitucionalidad por omisión, ya que considera que la constitución puede ser vulnerada por acción y por omisión. Y lo más importante es que reconoce que la forma de corregir una situación de inconstitucionalidad por omisión es a través de un proceso constitucional, el mismo que, al no existir en nuestro ordenamiento jurídico un proceso constitucional específico de inconstitucionalidad por omisión, se entiende es el proceso constitucional de amparo (en el presente caso). Además, que se adhiere a la concepción amplia del instituto, pues considera que la inconstitucionalidad por omisión no solo puede provenir del poder legislativo, sino de los poderes públicos en general.

Respecto al derecho a la salud, el tribunal señaló que *“Dentro de los componentes del Estado social queda claro que el reconocimiento y promoción del derecho a la salud ocupa un papel trascendental, en tanto dicho atributo representa parte del conglomerado de derechos sociales que bajo la forma de obligaciones se imponen al Estado a efectos de ser promovido en condiciones materiales y fuentes de acceso. (...) Los servicios de salud, por consiguiente, cobran vital importancia en una sociedad, pues de su existencia y funcionamiento depende no solo el logro de mejores niveles de vida para las personas que la integran, sino que incluso en la eficiencia de su prestación se encuentran en juego la vida y la integridad de los pacientes¹⁴²”*.

Queda claro que la salud es un derecho cuyo desarrollo y condiciones el Estado se encuentra obligado a promover ya sea mediante programas, políticas y planes o garantizar su correcto funcionamiento, todo esto es compatible en un estado social de derecho. Esto quiere decir que, en determinada situación concreta, una omisión prolongada de los deberes del

¹⁴²Expediente N° 1956-2004-AA/TC. Fj. 7

estado respecto al derecho a la salud, será susceptible de ser corregida mediante un proceso constitucional.

Con relación al caso concreto, el tribunal aprecia que según documentación que obra en el expediente “la enfermedad de la paciente no solo tiene carácter crónico, sino que, por su condición y por la propia conducta que asume, lleva múltiples hospitalizaciones a lo largo de los años que la viene padeciendo. En los mismos documentos (particularmente en el informe social) se puntualiza, además, que “la paciente vive sólo con su madre” y “que se encuentra en silla de ruedas”, así como que los ingresos económicos percibidos no son altos, lo que evidentemente deja entrever que aquellos no alcanzarían para cubrir las necesidades elementales que pudiese presentar una paciente con una enfermedad de las características detalladas. Finalmente, entre las sugerencias y recomendaciones del informe médico, se subraya la “necesidad de cuidados de enfermería”, y de “contar con un tratamiento permanente ambulatorio”, lo que no se condice con el informe social (que, como se dijo, puntualiza en la necesidad de realizar una serie de gastos) ni con la propia evaluación médica que se hizo, ya que el solo hecho de necesitar de un cuidado especializado (el de una enfermera) indica que se debe estar pendiente de la paciente¹⁴³, en ese sentido entiende que¹⁴⁴ “el hecho de que el hospital haya dado de alta a la paciente sin tomar en consideración que de sus propias conclusiones y sugerencias se desprende la necesidad de un tratamiento que, aunque tenga carácter ambulatorio, asume naturaleza permanente, demuestra contradicciones irresolubles entre los informes que expidieron sus diversas dependencias, lo que no permite verificar que la entidad emplazada (EsSalud) haya obrado con los suficientes elementos y la debida ponderación de circunstancias para limitar las prestaciones de salud a las que la persona en cuyo favor se interpone la

¹⁴³Expediente N° 1956-2004-AA/TC. Fj. 15.

¹⁴⁴Expediente N° 1956-2004-AA/TC . Fj. 16.

demanda tiene derecho. En dicho contexto, queda claro que, efectivamente, se estaría atentando contra los derechos constitucionales invocados”.

En ese sentido el tribunal a pesar que encuentra ciertas contradicciones entre los informes médicos emitidos por entidad demandada respecto al estado de salud de Martha Olinda Combe Rivera, lo que genera ciertas dudas (es decir no existe grado de certeza), opta por un pronunciamiento favorable ya que se encuentra comprometido un derecho fundamental tan importante como la protección integral a la salud y la necesidad de su tutela jurisdiccional inmediata, por lo que declara fundada la demanda y ordena que el Hospital Hermilio Valdizán continúe con la hospitalización de doña Martha Olinda Combe Rivera, mientras no se defina, con toda claridad y precisión, que su estado de salud puede ser objeto de atención médica ambulatoria. En este pronunciamiento el tribunal constitucional consolida su posición respecto a la tutela jurisdiccional de los derechos sociales, económicos y culturales, en el caso específico respecto al derecho a la salud, resaltando en los fundamentos jurídicos de la sentencia del tribunal constitucional la posibilidad de corregir una situación de inconstitucionalidad por omisión mediante un proceso constitucional.

Si bien no se trata de una pretensión de omisión legislativa, la importancia de esta sentencia radica en sus fundamentos jurídicos, ya que el tribunal estableció que la inconstitucionalidad proviene tanto por acciones como por omisiones de los poderes públicos, y en ambos casos puede ser corregida por medio del proceso constitucional.

6.-EXPEDIENTE 2002-2006-AC/TC

Se trata de una demanda de cumplimiento interpuesta por Pablo Miguel Fabián Martínez y otros, contra el Ministerio de Salud y la Dirección General de Salud Ambiental (Digesa), solicitando que los demandados cumplan con

los siguientes mandatos:

a) Diseñar e implementar una estrategia de salud pública de emergencia que tenga como objetivo la recuperación de la salud de los afectados por contaminantes en la ciudad de La Oroya, de acuerdo con lo establecido por La Ley General de Salud¹⁴⁵; b) Se declare en Estado de Alerta a la ciudad de La Oroya, conforme el Decreto Supremo 074-2001-PCM¹⁴⁶ (Reglamento de Estándares Nacionales de Calidad Ambiental del Aire); y, c) se establezcan programas de vigilancia epidemiológica y ambiental de conformidad con lo estipulado por el artículo 15 del Decreto Supremo 074-2001-PCM, Reglamento de Estándares Nacionales de Calidad Ambiental del Aire.

Los demandantes sostienen que el Ministerio de Salud y la Dirección General de Salud Ambiental (Digesa) han omitido cumplir las mencionadas disposiciones legales, lo que ha ocasionado una situación de emergencia ya que los niveles de intoxicación de plomo y otros componentes en la sangre de niños y madres gestantes de La Oroya se han venido incrementado considerablemente en los últimos años, lo que se evidencia en

¹⁴⁵ Los demandantes exigen el cumplimiento, entre otros, de los siguientes artículos de la Ley 26842, General de Salud: Artículo 103.- La protección del ambiente es responsabilidad del Estado y de las personas naturales y jurídicas, los que tienen la obligación de mantenerlo dentro de los estándares que, para preservar la salud de las personas, establece la Autoridad de Salud competente. Artículo 105.- Corresponde a la Autoridad de Salud competente dictar las medidas necesarias para minimizar y controlar los riesgos para la salud de las personas derivados de elementos, factores y agentes ambientales, de conformidad con lo que establece, en cada caso, la ley de la materia. Artículo 106.- Cuando la contaminación del ambiente signifique riesgo o daño a la salud de las personas, la Autoridad de Salud de nivel nacional dictará las medidas de prevención y control indispensables para que cesen los actos o hechos que ocasionan dichos riesgos y daños.

¹⁴⁶ Solicitan el cumplimiento de los artículos 23 y 25 del Decreto Supremo 074-2001-PCM, que establecen: Artículo 23.- La declaración de los estados de alerta tiene por objeto activar en forma inmediata un conjunto de medidas destinadas a prevenir el riesgo a la salud y evitar la exposición excesiva de la población a los contaminantes del aire que pudieran generar daños a la salud humana. El Ministerio de Salud es la autoridad competente para declarar los estados de alerta, cuando se exceda o se pronostique severamente la concentración de contaminantes de aire, así como para establecer y verificar el cumplimiento de las medidas inmediatas que deberán aplicarse, de conformidad con la legislación vigente y el inciso c) del Art. 25 del presente reglamento. Producido un estado de alerta se hará de conocimiento público y se activarán las medidas previstas con el propósito de disminuir el riesgo a la salud. El Ministerio de Salud propone a la Presidencia del Consejo de Ministros los Niveles de Estado de Alerta Nacionales, los que serán aprobados mediante Decreto Supremo. Artículo 25.- Del Ministerio de Salud.- El Ministerio de Salud, sin perjuicio de las funciones legalmente asignadas, tiene las siguientes: (...) c) declarar los estados de alerta a que se refiere el Artículo 23 del presente reglamento (...).

investigaciones realizadas por Digesa en el año 1999, donde se estableció, entre una de las conclusiones, que el 99.1% de las personas analizadas sobrepasaba el límite de nivel de plomo en la sangre recomendado por la Organización Mundial de la Salud (OMS).

El Vigésimo Segundo Juzgado Civil de Lima, con fecha 1 de abril del 2005, declara fundada la demanda argumentando que las entidades demandadas no han acatado las funciones y actuaciones establecidas en las disposiciones correspondientes (Ley General de Salud y Decreto Supremo 074-2001-PCM), luego, la Procuradora Pública encargada de los asuntos judiciales del Ministerio de Salud-Dirección General de Salud Ambiental (Digesa) apela la sentencia, siendo resuelta por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que revocando la apelada, declara improcedente la demanda, argumentando que el mandato cuyo cumplimiento solicita no es exigible y que la controversia requiere de un análisis probatorio complejo, que no es posible en un proceso constitucional, ante dicho pronunciamiento, los demandantes acuden al Tribunal Constitucional vía recurso de agravio constitucional.

El Tribunal Constitucional en su sentencia inicia su fundamentación jurídica con el tema de la exigibilidad de los derechos sociales, señalando respecto a su preceptividad diferida que *“no implica en modo alguno el desconocimiento de la condición de derechos fundamentales que ostentan los derechos sociales, o que el reconocimiento de estos como derechos fundamentales vaya a depender de su nivel de exigibilidad (que cuenten con mecanismos jurisdiccionales para su protección). Hay que recordar que los derechos sociales son derechos fundamentales por su relación e identificación con la dignidad de la persona y porque así se encuentran consagrados en nuestra*

Constitución”¹⁴⁷, tal como lo establece el artículo 3 de la Constitución. Según este criterio, la clasificación que se realice sobre si determinado derecho es de naturaleza operativa o programática o por su nivel de exigibilidad no determina en modo alguna la condición de derechos fundamentales que ostentan los derechos sociales.

Así señala que la exigibilidad, entonces, se constituye en una categoría vinculada a la efectividad de los derechos fundamentales, pero no determina si un derecho es fundamental o no. Por ello, *“(...) en el Estado social y democrático de derecho, la ratio fundamentalis no puede ser privativa de los denominados derechos de defensa, es decir, de aquellos derechos cuya plena vigencia se encuentra, en principio, garantizada con una conducta estatal abstencionista, sino que es compartida también por los derechos de prestación que reclaman del Estado una intervención concreta, dinámica y eficiente, a efectos de asegurar las condiciones mínimas para una vida acorde con el principio-derecho de dignidad humana”*¹⁴⁸.

Es decir, el estado no solo debe respetar el contenido mínimo de los derechos fundamentales, sino que también debe tener un rol de acción ante aquellos derechos denominados “prestacionales” que también son fundamentales pero que requieren una serie de conductas positivas del estado para lograr su plena efectividad.

Asimismo, el Tribunal señala que” (...) sostener que los derechos sociales se reducen a un vínculo de responsabilidad política entre el constituyente y el legislador, no solo es una ingenuidad en cuanto a la existencia de dicho vínculo, sino también una distorsión evidente en cuanto al sentido y coherencia que debe mantener la Constitución (...). En consecuencia, la

¹⁴⁷Expediente 2002-2006-AC/TC. Fj. 13.

¹⁴⁸Expediente 2002-2006-AC/TC. Fj. 14.

*exigencia judicial de un derecho social dependerá de factores tales como la gravedad y razonabilidad del caso, su vinculación o afectación de otros derechos y la disponibilidad presupuestal del Estado, siempre y cuando puedan comprobarse acciones concretas de su parte para la ejecución de políticas sociales”*¹⁴⁹. De esta manera, el Tribunal reitera su posición respecto a los requisitos o condiciones que permiten la exigibilidad judicial de los derechos sociales, tal como lo indicó en el caso Meza García y Correa Condori.

Ahora, otro tema importante es respecto a la protección «indirecta» del derecho a la salud mediante el proceso de cumplimiento, en la cual se establece que procederá siempre y cuando exista un mandato claro, concreto y vigente contenido en una norma legal o en un acto administrativo, mandato que precisamente se deberá encontrar en una relación indisoluble con la protección del referido derecho fundamental, señalando además que “*se encuentra el imperativo de que tales funcionarios y autoridades cumplan los respectivos mandatos dentro de los plazos asignados, bajo responsabilidad de ley, y que, de no encontrarse fijados tales plazos, los mandatos se acaten dentro de un plazo razonable y proporcional, debiendo tenerse siempre en consideración el nivel de urgente atención que requieren determinados derechos, principalmente los fundamentales, que pueden resultar afectados por el incumplimiento de los mandatos*”¹⁵⁰.

Es interesante destacar este criterio, pues si bien nuestra Constitución Política en su artículo 200 inciso 6 señala que la Acción de Cumplimiento procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin embargo el incumplimiento de dichos mandatos puede ocasionar la vulneración de un derecho fundamental, en

¹⁴⁹Expediente 2002-2006-AC/TC. Fj. 15.

¹⁵⁰Expediente 2002-2006-AC/TC. Fj. 26.

ese sentido es procedente que mediante proceso de cumplimiento sea posible la protección indirecta de derechos fundamentales, tales como el derecho a la salud, ante las omisiones de los funcionarios públicos que incumplen con los mandatos establecidos dentro de los plazos asignados por ley.

El Tribunal, al analizar el caso en concreto respecto al estado de salud de la población de La Oroya aprecia que de los estudios realizados que obran en el expediente, se acreditó la existencia de exceso de contaminación en el aire de la ciudad de La Oroya, y que en el caso de contaminación por plomo en la sangre, especialmente en los niños, sobrepasa el límite máximo establecido por la Organización Mundial de la Salud, lo que sin duda requiere que Ministerio de Salud, en su condición de ente rector del sector Salud (artículo 2 de la Ley 27657 del Ministerio de Salud), adopte medidas de protección, recuperación y rehabilitación de la salud de las personas que habitan en la ciudad.

En ese sentido considera que *“la pretensión de los demandantes debe estimarse en parte, toda vez que, si bien el Ministerio de Salud ha adoptado determinadas medidas, establecidas en la Ley 26842, General de Salud, y en el Decreto Supremo 074-2001-PCM, Reglamento de Estándares Nacionales del Calidad Ambiental del Aire, su cumplimiento no ha sido eficaz, sino más bien parcial e incompleto”*¹⁵¹, ya que desde la entrada en vigencia de los mencionados artículos de la Ley 26842 (21 de enero de 1998) y del referido Reglamento (25 de junio de 2001), ha transcurrido en exceso un plazo razonable para que el Ministerio de Salud, en especial la Dirección General de Salud Ambiental (Digesa), cumpla eficazmente los mandatos contenidos en las mencionadas disposiciones. En realidad, han transcurrido

¹⁵¹Expediente 2002-2006-AC/TC. Fj. 56.

más de 7 años sin que el Ministerio de Salud implemente un sistema de emergencia que proteja, recupere y rehabilite la salud de la población afectada, cuya sangre se encuentra contaminada con plomo.

Nótese que el colegiado utiliza la expresión “plazo razonable”, que es considerado un requisito o presupuesto por la doctrina constitucional que permite verificar una situación de inconstitucionalidad por omisión, además que la omisión proviene de una entidad pública (otro presupuesto o requisito), que en el presente caso, el Ministerio de Salud en particular el Digesa, no ha cumplido eficazmente con lo establecido con la ley que no es más que implementar estrategias para la protección del derecho a la salud de los pobladores de la Oroya, que el mismo Estado (Ministerio de Salud- Digesa) se encuentra obligado a promover para garantizar su correcto funcionamiento. En ese orden de ideas se estaría ante una omisión inconstitucional parcial o relativa, pues si bien el legislador ha dictado la ley que desarrolla un precepto constitucional (en este caso Ley 26842, Ley General de Salud, y el Decreto Supremo 074-2001-PCM, Reglamento de Estándares Nacionales del Calidad Ambiental del Aire), sin embargo, su cumplimiento por parte del Ministerio de Salud y Digesa ha sido parcial e incompleto.

El colegiado respecto al mandato contenido en las referidas disposiciones, señala que su cumplimiento *“es responsabilidad del Ministerio de Salud, se encuentra indisolublemente ligado a la protección del derecho fundamental a la salud de los niños y mujeres gestantes de La Oroya, cuya sangre se encuentra contaminada con plomo, tal como se ha acreditado en autos. No es válido sostener que la protección de este derecho fundamental, por su dimensión de derecho social, deba diferirse en el tiempo a la espera de determinadas políticas de Estado. Tal protección debe ser inmediata, pues la grave situación que atraviesan los niños y mujeres gestantes contaminados,*

exige del Estado una intervención concreta, dinámica y eficiente, dado que, en este caso, el derecho a la salud se presenta como un derecho exigible y, como tal, de ineludible atención. Por tanto, debe ordenarse al Ministerio de Salud que, en el plazo de 30 días, implemente un sistema de emergencia para atender la salud de las personas contaminadas con plomo, en el caso de la ciudad de La Oroya, a efectos de lograr su inmediata recuperación”¹⁵².

Según esta consideración del tribunal hace referencia al mandato constitucional implícito que en este caso es la protección del derecho a la salud de los niños y madres gestantes de la Oroya, que constituye también un presupuesto o requisito para determinar una situación de inconstitucionalidad por omisión; con lo que, sumados a los señalados anteriormente, no existiría duda que estamos ante un caso de inconstitucionalidad por omisión por parte del Estado.

Respecto a la segunda y tercera pretensión del demandante, el tribunal considera que deben estimarse, toda vez que el Ministerio de Salud no ha realizado las acciones eficaces tendientes a declarar en estado de alerta a la ciudad de La Oroya, pese a la evidente existencia de exceso de concentración de contaminantes del aire, así como se acreditó que el Ministerio de Salud ha omitido establecer “eficazmente” acciones destinadas a establecer programas de vigilancia epidemiológica y ambiental, incumpliendo de esta manera, el mandato contenido en los artículo 15 y 23 del Decreto Supremo 074-2001-PCM, así como en el artículo 105 de la Ley 26842.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional falla declarando Fundada en parte la demanda de cumplimiento ordenando que el Ministerio

¹⁵² Expediente 2002-2006-AA/TC. Fj. 61.

de Salud, en el plazo de treinta (30) días, implemente un sistema de emergencia para atender la salud de las personas contaminadas por plomo en la ciudad de La Oroya, además implementar los respectivos planes de acción para el mejoramiento de la calidad del aire y declarar el estado de Alerta en la ciudad de La Oroya.

7.-EXPEDIENTE 00006-2008-AI/TC

La sentencia de este particular caso conocido como “Hoja de Coca 2”, versa sobre la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Presidente de la República contra los artículos 1º y 2º de la Ordenanza Regional 022-2007 del Gobierno Regional de Puno que declara patrimonio cultural, regional, etnobotánico a la planta de coca, señalando que no es competencia constitucional del Gobierno Regional de Puno, sino que el diseño de las políticas nacionales y sectoriales es competencia exclusiva del Gobierno Nacional.

No obstante, el tribunal constitucional declararía FUNDADA la demanda de inconstitucionalidad, es interesante para efectos del presente trabajo analizar lo referente a los fundamentos jurídicos que tratan por vez primera en nuestra jurisprudencia constitucional de manera más extensa sobre la “Eficacia de las sentencias constitucionales, omisiones legislativas y función de colaboración del Tribunal Constitucional”.

Para llegar al tema, el colegiado recuerda que, con anterioridad, también se expidió una sentencia similar al presente caso: Expedientes 0020-2005-PI/TC y 0021-2005-PI/TC (acumulados), en la cual el Supremo Intérprete declaró inconstitucionales ordenanzas emitidas por los Gobiernos Regionales de Huánuco y Cuzco que declaraban patrimonio cultural, regional, etnobotánico, etc. a la planta de coca. En aquella ocasión el Tribunal Constitucional exhortó al Congreso de la República, a reconocer a la hoja de coca como Patrimonio

Cultural de la Nación, así señaló que: *“Todo lo dicho, evidencia que desde hace siglos el uso tradicional (chaccheo, mágico religioso, ceremonial y medicinal) de la planta de la hoja de coca, forma parte de la identidad cultural de los pueblos originarios del Perú. Por ello, este Colegiado comparte la preocupación de los demandados por el ocio del legislador nacional al no haber reconocido expresamente al uso tradicional de la planta como patrimonio cultural inmaterial de la nación. En tanto dicha inercia legislativa persista se corre el riesgo de generar una inconstitucionalidad por omisión, no sólo por afectar el derecho a la identidad cultural de muchos peruanos (artículo 2º 19 de la Constitución), sino también por afectar el derecho a la igualdad (artículo 2º 2 de la Constitución). Por tales motivos se exhorta al Congreso de la República a incluir a la planta de la hoja de coca en la lista de cultivos reconocidos como Patrimonio Natural de la Nación, por la Ley N.º 28477. En igual sentido, se exhorta al INC, a iniciar los trámites administrativos para evaluar la conveniencia técnica de la declaración del uso tradicional de la planta de hoja de coca como patrimonio cultural inmaterial, de conformidad con el ordenamiento internacional¹⁵³.”*

Sin embargo, transcurrieron más de dos años y el Congreso de la República no cumplió con reconocer a la hoja de coca como Patrimonio Cultural de la Nación, configurándose así un supuesto de omisión legislativa que es pasible de control por parte del tribunal.

Ahora ya en el tema “inconstitucionalidad por omisión”, el tribunal desarrolla esta institución procesal señalando que *“conforme ha sido reconocido de manera creciente por la doctrina constitucional, en la situación actual de desarrollo del Derecho Procesal Constitucional, mediante el proceso de control de constitucionalidad de la ley, no sólo es posible el control de las*

¹⁵³ Expedientes 0020-2005-PI/TC y 0021-2005-PI/TC.

actuaciones positivas del legislador a través de la emisión de leyes, sino que también, en muchos casos, se vuelve imperativo la vigilancia de su desidia o inacción, cuando dicha inactividad viene ordenada por imperio de la Constitución. En tal sentido en el Derecho comparado se ha reconocido que estamos frente a un supuesto de omisión legislativa controlable en sede de la justicia constitucional: a) cuando ha transcurrido un periodo razonable y el órgano legislativo no ha emitido la norma exigida desde la Constitución; b) la existencia de un mandato claro sobre la obligación de legislar; c) la posibilidad de integración por parte del órgano jurisdiccional, de modo que el ocio del legislador pueda ser superado con la actuación del órgano jurisdiccional ¹⁵⁴.

Se admite entonces que en el nuevo derecho procesal constitucional no solo se controlan las actuaciones positivas del legislador, sino también es posible el control de las omisiones normativas del legislador cuando el mandato ordenado proviene de la Constitución. Y también establece tres requisitos que identifican cuando nos encontramos ante una situación de inconstitucionalidad por omisión susceptible de control por la jurisdicción constitucional, los que no son los únicos, pues la doctrina constitucional más autorizada incluye uno más: “Resultado Inconstitucional”, que significa los “efectos inconstitucionales” o “efectos no queridos por el constituyente” como consecuencia de la omisión normativa, pues no toda omisión resulta inconstitucional.

También hubiera sido interesante que el tribunal se haya pronunciado si ambas clases de omisiones (absoluta y relativa) pueden estar sujetas a control jurisdiccional, ya que, por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia solo se declara competente de controlar las omisiones inconstitucionales relativas como lo hemos desarrollado en el capítulo anterior. Existe también otro detalle importante, y es que cuando se refiere al

¹⁵⁴ Expediente 00006-2008-AI, Fundamento 36.

plazo razonable señala “y el órgano legislativo no ha emitido norma exigida desde la Constitución”, lo que parecería indicar que el tribunal se adhiere a la concepción restringida de esta institución procesal, es decir que solo pueden ser materia de control las omisiones del legislador, sin embargo, el criterio que el tribunal ha desarrollado a través de sus sentencias sobre inconstitucionalidad por omisión, es que puede ser materia de control jurisdiccional la omisión normativa inconstitucional no solo proveniente del órgano legislativo, sino también del poder ejecutivo.

Volviendo a la sentencia materia de análisis, el tribunal al referirse a la inconstitucionalidad por omisión como proceso constitucional autónomo reconoce que si bien la Constitución Peruana no lo contempla expresamente, como lo hace la Constitución portuguesa de 1976 o la brasileña de 1988, no obstante, el fundamento del control de las omisiones legislativas debe ubicarse “no sólo en el efecto normativo y, por tanto, vinculante de las normas constitucionales, sino en la misma práctica del control de constitucionalidad que se ha venido desarrollando en los últimos años y en el que el rol del Tribunal Constitucional ha sido de permanente colaboración con la actividad legislativa en un esfuerzo por sentar las bases del Estado Constitucional en nuestro país. Esta colaboración ha permitido no sólo declarar la incompatibilidad de leyes dictadas por el Parlamento, sino también, con frecuencia, a través de las sentencias interpretativas y exhortativas, sin declarar la inconstitucionalidad de una norma sometida a control, el Tribunal Constitucional ha podido alertar al legislador a efectos de promover su actuación en determinado sentido a efectos de no incurrir en supuestos de evidente inconstitucionalidad”¹⁵⁵.

¹⁵⁵ Expediente 00006-2008-AI, Fundamento 37.

Es decir, queda claro que para el tribunal el fundamento del control de la inconstitucionalidad por omisión no solo es la fuerza normativa de la constitución, que es de obligatorio cumplimiento tanto para los poderes públicos; sino que además “la práctica que ha venido desarrollando el mismo Tribunal Constitucional” sobre control de constitucionalidad, sentando las bases de un estado constitucional de derecho. El Tribunal en su sentencia, también desarrolla otros fundamentos del control de las omisiones legislativas, indicando que ha reafirmado la necesidad de la inclusión del control de las omisiones, entre otras razones, en virtud a: a) la necesidad de reivindicar el valor normativo de la Constitución, b) la reivindicación de la naturaleza “social” del Estado constitucional, en el entendido, de que los derechos tradicionalmente postergados o dejados al ocio del legislador son, por lo general, los derechos sociales; c) la necesidad de relacionar el poder constituyente con el poder constituido, permitiendo un desarrollo responsable de los contenidos de la Constitución; d) la naturaleza y rol actual que han asumido los Tribunales Constitucionales en su labor de defensa de lo que la Constitución ordena; y, e) finalmente, la necesidad de tomar en serio las “obligaciones constitucionales”, en este caso, las que corresponden en esencia al legislador de cara a la vigencia y efectividad de los derechos fundamentales¹⁵⁶ .

Cabe precisar que, a los conocidos fundamentos del control de omisiones legislativas, tales como prevalecer la fuerza normativa de la constitución, la naturaleza social del estado constitucional, la supremacía normativa, es de resaltar como fundamento la necesidad de garantizar la vigencia efectiva de los derechos fundamentales.

¹⁵⁶Expediente 00006-2008-AI, Fundamento 41

Asimismo, el tribunal menciona el tema del principio de división de poderes en el marco del actual desarrollo del Estado Constitucional, y es comprensible si nos encontramos ante la difícil tarea que debe enfrentar un juez constitucional ante una situación de inconstitucionalidad por omisión, donde es necesario establecer los alcances de sus funciones, así señala que el principio de división de poderes *“se complementa con el principio de colaboración de los poderes del Estado, permitiendo que también los jueces participen de la labor de creación de normas a través de sus interpretaciones o, en otros supuestos, activando la acción legislativa en determinado sentido a efectos de lograr desarrollos compatibles con la real vigencia de los derechos fundamentales. En este marco, el control de las omisiones del legislador se corresponde con una tesis básica respecto del valor de la Constitución como marco, pero también como orden fundamental”*¹⁵⁷. Sobre el particular es posible sostener que un juez constitucional no solo puede ejercer control constitucional sobre una omisión del legislador o de cualquier otro órgano del estado, sin que pueda colisionar con el principio de división de poderes (entendido como “colaboración de poderes”), sino que también ante la omisión normativa, pueda crear el derecho ya sea a través de sus interpretaciones, siempre que garantice la vigencia de los derechos fundamentales.

En los fundamentos de la sentencia, se resalta también el papel de la jurisdicción constitucional con relación al control de las omisiones legislativas, indicando que *“ Si no fuera posible desde la jurisdicción constitucional la exigencia de determinadas acciones al legislador en sentido positivo, buena parte del modelo de garantía de los derechos no serían posibles de atender, puesto que el Estado Constitucional se sustenta no sólo en un haz de posibilidades de acción negativa por parte del Estado, sino que la naturaleza*

¹⁵⁷Expediente 00006-2008-AI, Fundamento 38.

*misma del Estado Social y Democrático de Derecho, importa una serie de acciones positivas sin las cuales el modelo sería incompleto. De modo que la necesidad de que los órganos judiciales puedan activar la acción de los demás poderes, no hay que buscarla necesariamente en un mandato expreso del constituyente, en la medida que se trata de un mandato más sustancial que formal y que responde a la misma esencia del modelo de reparto de atribuciones y competencias de los poderes públicos para hacer efectiva la tutela de los derechos fundamentales*¹⁵⁸.

No hay duda a que, si bien en nuestra Constitución no existe un proceso de inconstitucionalidad por omisión, es posible a través de la jurisdicción constitucional actual, propiciar un activismo judicial de manera que se corrija las omisiones de los poderes públicos, especialmente con sus deberes de desarrollo de los derechos denominados programáticos o prestacionales que requieren de acciones positivas por parte del Estado, en el marco de un estado social y democrático de derecho.

Ahora, tratándose de derechos fundamentales, el tribunal ha señalado que *“corresponde a los jueces la tutela de los derechos constitucionales en el actual Estado Constitucional, y son ellos quienes pueden establecer una línea de diálogo y comunicación con el Poder Legislativo a través de sus sentencias”*¹⁵⁹. Ante este fundamento del Tribunal Constitucional, surge la interrogante ¿Qué proceso de tutela de derechos es el idóneo para controlar constitucionalmente una omisión legislativa?, la respuesta sería que atendiendo a la naturaleza de los procesos constitucionales sería el proceso constitucional de amparo, sin embargo, más adelante veremos que el tribunal ha reafirmado en el Expediente 5427-2009-PC/TC que mediante el proceso de cumplimiento también es posible el control de omisiones inconstitucionales

¹⁵⁸Expediente 00006-2008-AI, Fundamento 40

¹⁵⁹Expediente 00006-2008-AI, Fundamento 44

normativas.

Luego el colegiado desarrolla la clasificación de omisiones legislativas, señalando que se suele distinguir las omisiones absolutas u omisiones del legislador de las omisiones relativas u omisiones de la ley. Las primeras están referidas a los silencios totales del legislador sobre determinadas materias cuya regulación o tratamiento legislativo viene exigido desde la Constitución y cuya exigencia por el órgano jurisdiccional puede tornarse en necesaria para la eficacia efectiva de la norma fundamental. Las omisiones de la ley u omisiones relativas en cambio están referidas al silencio de la ley en extremo que no haya sido normado causando perjuicio en la tutela de los derechos. Se presentan en el control de constitucionalidad de un precepto normativo en el que, como ha señalado la jurisprudencia alemana, se constata, “la exclusión arbitraria o discriminatoria de un beneficio”. De ahí que el parámetro por excelencia del control de las omisiones relativas sea el principio constitucional de igualdad.¹⁶⁰.

Sin duda interesante esta importante y tradicional clasificación de las omisiones legislativas que hace el tribunal constitucional, basada en la distinción que realizara el profesor alemán Wessel a mediados del siglo XX respecto a las clases de omisiones legislativas, no obstante, la doctrina constitucional ha desarrollado ya otras clasificaciones (omisión formal y material; omisión que afecta o no derechos fundamentales, omisión evitable e inevitable).

El tribunal también realiza una novedosa distinción entre las “omisiones constitucionalmente explícitas”, que son las tradicionalmente conocidas, es decir las que contravienen un mandato constitucional explícito de legislar y

¹⁶⁰Expediente 00006-2008-AI, Fundamento 43

susceptibles de control en sede jurisdiccional siempre que se trate de un mandato explícito y la inacción del legislador se haya comprobado a lo largo de un periodo razonable; y por otro lado, existe el supuesto en que la constatación de la omisión, sólo se pone en evidencia como consecuencia de la interpretación judicial de los derechos fundamentales o del desarrollo de las cláusulas orgánicas de la Constitución en los que se pueda constatar que los contenidos constitucionales no son posibles sin la intermediación legislativa, estas son denominadas “omisiones de configuración jurisprudencial”, que se conforman como mandatos normativos que se proyectan con efecto erga omnes conforme al artículo 204 de la Constitución y los art. 81 y 82 del Código Procesal Constitucional.

Con relación al caso en concreto, el Tribunal Constitucional considera que al haberse pronunciado sobre el tema anteriormente (Expedientes 0020-2005-PI/TC y 0021-2005-PI/TC), habiendo exhortado al Congreso de la República a incluir a la planta de la hoja de coca en la lista de cultivos reconocidos como Patrimonio Natural de la Nación, y transcurrido un plazo razonable desde aquel entonces (más de dos legislaturas ordinarias), sin que se haya normado al respecto, se ha configurado un supuesto de omisión legislativa de “configuración jurisprudencial” del derecho fundamental a la identidad cultural que había sido previamente desarrollado por el Tribunal respecto a la necesidad de que el Estado actúe reconociendo legislativamente las diversas manifestaciones culturales y tradicionales. Nótese aquí que la inconstitucionalidad por omisión se produce por la vulneración del derecho fundamental a la identidad cultural, así concluye de la siguiente manera: “En este sentido, el Tribunal considera que el legislador está obligado a actuar en la próxima legislatura emitiendo una ley que recoja las aspiraciones de los pueblos andinos y amazónicas que ven reflejada parte de su identidad constitucionalmente reconocida, en el cultivo, uso y tratamiento en general de la planta de la hoja de coca. Esto además en la necesidad de prevenir

permanentes conflictos frente a la frustración que genera la inactividad de los poderes públicos con relación al reconocimiento de este tipo de derechos tan profundamente arraigados en la cosmovisión de las diferentes nacionalidades y culturas que habitan en nuestro territorio nacional¹⁶¹”.

En opinión del profesor argentino Bazán¹⁶², más allá del resultado del proceso, el fallo es de notable relevancia, pues el TC asume claramente y sin equívoco el fenómeno de la inconstitucionalidad por omisión y con apoyo en aportes doctrinarios y jurisprudenciales extranjeros, delinea un conjunto de elementos significativos para dar cuerpo a una suerte de modelo teórico de la figura en el escenario jurídico peruano.

8.- EXPEDIENTE N.º 0014-2007-PI/TC

Se trata de una demanda de inconstitucionalidad interpuesta por más del 25% del número legal de congresistas, representados por don Yonhy Lescano contra determinados artículos de la Ley N.º 28991: “Ley de Libre Desafiliación Informada, Pensión Mínima y Complementarias, y Régimen Especial de Jubilación Anticipada”, publicada en el diario oficial El Peruano, el 27 de marzo de 2007.

Los demandantes consideran que los artículos 1º y 2º de la Ley 28991, son contrarios al principio-derecho a la igualdad (artículo 2º 2 de la Constitución) y al derecho fundamental a la información (artículos 2º 4 y 65º de la Constitución), al haber omitido incluir todas las causales de desafiliación del Sistema Privado de Pensiones desarrolladas en la STC 1776-2004-PA.

¹⁶¹Expediente 00006-2008-AI, Fundamento 47.

¹⁶²BAZAN Víctor. Control de las Omisiones Inconstitucionales e Inconvencionales. Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos. 1era Edición. Bogotá. Diciembre de 2014. p. 803.

En los fundamentos jurídicos de su sentencia, el tribunal recuerda que en la STC 1776-2004-PA, tuvo ocasión de desarrollar los supuestos del retorno del sistema privado al sistema público de pensiones, los cuales son tres: a) el caso del aportante que en el momento de trasladarse del sistema público al sistema privado de pensiones, ya cumplía con los requisitos para obtener una pensión en el Sistema público de pensiones; b) el caso en el que la afiliación al sistema privado de pensiones tenía como antecedente una indebida, insuficiente y/o inoportuna información por parte de las AFPs o de la Administración Pública; y, c) el caso del trabajador cuyas condiciones laborales impliquen un riesgo para su vida o su salud.

El tribunal verifica que, en el presente caso, de los tres supuestos que autorizan el retorno al sistema público de pensiones desarrollados en la STC 1776-2004-PA, el único no contemplado por la Ley 28991, es el supuesto de los trabajadores que optaron por trasladarse al sistema privado de pensiones como consecuencia de una indebida, insuficiente y/o inoportuna información por parte de las AFPs o de la Administración Pública.

Es de particular importancia el fundamento¹⁶³ de la sentencia, en la cual el tribunal señala que (...) *“aún cuando los recurrentes no lo han planteado en estos términos, lo que en concreto denuncian es la existencia de una inconstitucionalidad por omisión”*; es decir el tribunal entiende que lo que se demanda es una inconstitucionalidad por omisión y pese a ello resuelve el caso (respecto a este extremo de la pretensión), teniendo en cuenta que en nuestro ordenamiento jurídico no existe una vía procesal específica como el proceso de inconstitucionalidad por omisión.

¹⁶³STC N.º 0014-2007-PI/TC, fundamento 9

En ese sentido, el tribunal abre la posibilidad de que, según el caso concreto, vía proceso de inconstitucionalidad por acción pueda demandarse una situación de inconstitucionalidad por omisión; es interesante este criterio porque a pesar de no estar regulado el proceso de inconstitucionalidad por omisión, no deniega la justicia constitucional, pues ello está proscrito por la Constitución, lo que hace más bien es adecuar la situación de inconstitucionalidad por omisión al proceso constitucional incoado.

Ahora con relación a los derechos fundamentales que vulneran los artículos 1° y 2° de la Ley N.° 28991, el colegiado no comparte el parecer de los demandantes en relación con la supuesta violación del principio-derecho a la igualdad en la que incurrirían de la ley, no obstante sí lo hace en relación con la alegada violación del derecho fundamental a la información; tal como lo señalo en aquella ocasión en los fundamentos 39 y 40 de la STC 1776-2004-PA, que “...la ausencia de información, que induce a una persona a cambiarse de sistema de pensiones, no sólo comporta un vicio de la voluntad que afectaría con la sanción de nulidad el acto de traslado mismo, sino que, además, ello se ha efectuado con violación del derecho fundamental de ser informados en forma veraz (sentencia recaída en el Expediente N.° 0905-2001-AA/TC), generándose así la violación del derecho a la pensión. Así las cosas, el TC considera necesario expresar que juzga constitucionalmente legítimo disponer la posibilidad de ejercer el derecho al retorno parcial a todos aquellos que se trasladaron del SNP al SPP bajo la creencia de que percibirían un bono de reconocimiento o también si estaban en la creencia equivocada respecto a las bondades del SPP.(...).El acceso a una información veraz no sólo es un derecho fundamental del ser humano, sino también un presupuesto esencial de la elección libre”¹⁶⁴.

¹⁶⁴STC N.° 0014-2007-PI/TC, fundamento 15.

Nótese aquí la inconstitucionalidad por omisión del legislador al no incluir en la Ley Nro. 28991 el supuesto de los trabajadores que optaron por trasladarse al sistema privado de pensiones como consecuencia de una indebida, insuficiente y/o inoportuna información por parte de las AFPs o de la Administración Pública, ha ocasionado la vulneración del derecho fundamental a la información y a la pensión.

Asimismo, en el punto resolutivo 4 de la referida STC 1776-2004-PA, el Tribunal Constitucional exhortó al legislador a que emita, en el más breve plazo, las normas que viabilicen la desafiliación del sistema privado de pensiones, según los supuestos desarrollados en su fundamentación, en los cuales se encontraba la causal de indebida información. No obstante, el legislador más bien omitió incluir esta causal en la Ley Nro. 28991. Aquí pues el tribunal verifica una situación de inconstitucionalidad por omisión, señalando los efectos que esta genera: *“la omisión en la que ha incurrido el legislador, ha terminado de hacerse evidente y significativamente lesiva de los derechos fundamentales a la información y a la pensión, luego de no haber incluido la causal de desafiliación ya aludida, a pesar de que este Tribunal, luego de ejercer su función de supremo intérprete de la Constitución, la había considerado como constitucionalmente vinculante. De ahí que el legislador, en este caso, ha incurrido en lo que este Colegiado ha denominado una omisión de aquello que había sido configurado jurisprudencialmente como vinculante”*¹⁶⁵

Se trata de una omisión legislativa de configuración jurisprudencial, es decir cuando el órgano legislativo no cumple con lo ordenado por el Tribunal Constitucional mediante una jurisprudencia vinculante. Cabe precisar que el tribunal desarrolló esta clase de omisión legislativa en el Expediente 00006-

¹⁶⁵STC N.º 0014-2007-PI/TC, fundamento 17.

2008-AI-TC (Caso Hoja de Coca 2).

Así pues, dado que su exhortación hacia el legislador no había merecido atención por parte de este último, dijo el TC que era necesario cubrir la omisión legislativa a partir del ejercicio de una interpretación concretizadora de la Constitución, de alcance general, y vinculante para todo poder público y privado, señalando la siguiente regla:“(…) en atención a lo expuesto, y en vista de que resulta constitucionalmente exigible establecer una regla de Derecho vinculante y con alcance general que permita cubrir la inconstitucional omisión legislativa, el Tribunal Constitucional, como supremo intérprete de la Constitución (artículo 201° y 202° de la Constitución y 1° de su Ley Orgánica), de conformidad con los artículos 81° y 82° del CPCConst., y en interpretación del artículo 65° de la Constitución, establece que: “Constituye causal de desafiliación del SPPrP y de consecuente derecho de retorno al SPuP, la acreditación de que la decisión de afiliarse al SPPrP fue consecuencia de una indebida, insuficientey/o inoportuna información por parte de la AFP o de la Administración pública¹⁶⁶”.

En este caso, el tribunal constitucional desarrollando su labor creadora interpreta constitucionalmente la norma, añadiendo un supuesto no contemplado en esta, con la finalidad de salvar la omisión incurrida por el legislador, garantizando en el presente caso la vigencia de los derechos fundamentales a la información y la pensión. Este tipo de sentencia es conocida por la doctrina y jurisprudencia constitucional como “aditiva”, es decir aquella que suple los defectos de la omisión o el desarrollo normativo deficiente. También consideramos que nos encontramos ante una omisión relativa o parcial, ya que, si bien existe un desarrollo legislativo, éste ha sido una regulación defectuosa o insuficiente. Cabe precisar que el tribunal

¹⁶⁶STC N.º 0014-2007-PI/TC, fundamento 20

constitucional al interpretar la norma creando una nueva causal no contemplada en la Ley Nro. 28991, no vulnera en nada el principio de división de poderes, ya que según lo establecido en la STC 00006-2008-AI-TC (Caso Hoja de Coca 2): El principio de división de poderes *“se complementa con el principio de colaboración de los poderes del Estado, permitiendo que también los jueces participen de la labor de creación de normas a través de sus interpretaciones o, en otros supuestos, activando la acción legislativa en determinado sentido a efectos de lograr desarrollos compatibles con la real vigencia de los derechos fundamentales*¹⁶⁷.

Por estas consideraciones, el Tribunal declaró fundada la demanda de inconstitucionalidad, y, en consecuencia, inconstitucional la omisión legislativa incurrida por el legislador, añadiendo – vía interpretación- una nueva causal de desafiliación la acreditación de una indebida, insuficiente y/o inoportuna información.

Nótese que la figura de la inconstitucionalidad por omisión, inicialmente pensada en términos de la ausencia de una legislación exigida directamente por la Constitución, es también aplicable al supuesto del incumplimiento de una sentencia exhortativa vinculante del Tribunal Constitucional por el Congreso de la República, ya que tales exhortaciones constituyen la “concretización” o “intermediación interpretativa” efectuada por el Tribunal Constitucional, de las normas constitucionales. Por ende, la desobediencia o inercia legislativa frente a una sentencia exhortativa configura un supuesto de inconstitucionalidad por omisión de origen jurisprudencial¹⁶⁸.

¹⁶⁷STC N.º 00006-2007-PI/TC, Fundamento 40

¹⁶⁸ ETO CRUZ Gerardo. Ob Cit. Pág. 514.

9.- EXPEDIENTE 04227-2009-PHD/TC

Este caso es relevante para los fines de esta investigación porque el tribunal constitucional detecta un supuesto de inconstitucionalidad por omisión y exhorta además al congreso de la república a debatir, prioritariamente, sobre el Proyecto de Ley N.º 4455/2010-CR.

A modo de antecedente podemos decir que Jhonny Robert Colmenares Jiménez interpone demanda de Habeas Data contra la Superintendencia de Banca y Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (SBS), solicitando que se declare la violación de su derecho constitucional a la autodeterminación informativa y se ordene que se suprima la información de riesgos vinculada al reporte de deuda con el Banco Continental registrada en su base de datos. Refiere que, no obstante haber cancelado la deuda que mantenía con el Banco Continental, éste reporta, desde el año 1997 hasta la fecha, en forma mensual y de manera continuada, la existencia de dicha deuda, ocasionándole un grave perjuicio ya que no puede acceder a fuentes de crédito.

El Séptimo Juzgado Especializado en lo Civil de Arequipa declaró improcedente la demanda, considerando que no se ha determinado la existencia o no de la deuda, lo que no podía resolverse mediante este proceso constitucional. Asimismo, la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa confirmó la apelada por similares argumentos; ante esta decisión el demandante interpone recurso de agravio constitucional.

Al respecto, el Tribunal Constitucional, verifica que, para el caso de las centrales privadas de riesgo, el legislador ha considerado límites temporales de registro y publicidad para algunos supuestos de información adversa (artículos 9, inciso d), y 10 de la Ley 27489). Así también y en lo que se refiere al ámbito público, el artículo 85.2 de la Ley de Títulos Valores (Ley N.º 27287)

prevé límites de tiempo de 5 y 3 años, respectivamente, según sea que el título valor no haya sido pagado o éste ya se encuentre cancelado totalmente. Esta información está centralizada en el Registro Nacional de Protestos y Moras de la Cámara de Comercio de Lima, el mismo que tiene carácter público¹⁶⁹.

Similares plazos no han sido considerados para el caso de la Central de Riesgo de la SBS. Evidentemente, la determinación de tal regulación no es competencia del Tribunal Constitucional sino del legislador. Corresponde a éste, en ejercicio de sus competencias, ponderar abstractamente los diversos supuestos de información adversa y establecer plazos finales diferenciados de registro y publicidad. Si bien, actualmente existe el Proyecto de Ley N. ° 4455/2010-CR, presentado el 11 de noviembre de 2010, cuya finalidad precisamente es regular sobre la Central de Riesgos de la SBS, en tanto no se legisle sobre la materia, se incurrirá en un supuesto abstracto de inconstitucionalidad por omisión, que es menester poner en conocimiento del Congreso de la República¹⁷⁰.

De esta manera el tribunal comprueba lo siguiente: i) una regulación deficiente de la ley respecto a los límites temporales de registro y publicidad para algunos supuestos de información adversa que brinda la Central de Riesgo de las SBS, y ii) la existencia del Proyecto de Ley N. ° 4455/2010-CR, presentado el 11 de noviembre de 2010, que regula el tema de información que brinda las centrales de riesgo al respecto; y considera que en tanto no se regule esta materia se configuraría un supuesto de inconstitucionalidad por omisión, el cual en términos doctrinarios será considerado como una omisión inconstitucional relativa por deficiencia de la ley que afecta el derecho fundamental a la autodeterminación informativa.

¹⁶⁹Expediente 04227-2009-PHD/TC, Fundamento 13.

¹⁷⁰Expediente 04227-2009-PHD/TC, Fundamento 14

Luego, el tribunal deja en claro que la inexistencia de un plazo legal de permanencia de datos negativos no confiere a la Central de Riesgos de la SBS la competencia para mantener sin plazo el registro de información adversa, más aún si el derecho a la autodeterminación informativa exige que los datos mantenidos en un banco informático sean actuales y veraces, ya que existe la obligación de respetar el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la autodeterminación informativa, a pesar de que el legislador no lo haya regulado este tema en específico. Así señala que “*Los derechos fundamentales no están a expensas de lo que el legislador haga o, como en este caso, deje de hacer. Ellos “valen” (es decir, vinculan) por sí mismos y no porque exista una ley que declare tal vinculación*”¹⁷¹.

En su fundamentación, el tribunal señala que el vacío legislativo de la Ley 26702 en materia de límites temporales de registro y publicidad de información adversa y su eventual integración mediante las reglas de la Ley 27489 –que la regula para el caso de las centrales privadas de riesgos– comporta que se haya declarado judicialmente la extinción de la obligación y hayan transcurrido 2 años desde su extinción. No obstante, en el caso en concreto, el Tribunal Constitucional constata que el recurrente no ha acreditado la existencia de dicha declaración judicial de extinción de la obligación, ya que ha tomado conocimiento de que entre el recurrente y el Banco Continental existe un proceso de obligación de dar suma de dinero que está pendiente de resolución y se carece de información sobre si en dicho proceso el recurrente ha solicitado acogerse a la prescripción extintiva y, de ser el caso, cuál fue el pronunciamiento que éste obtuvo de los tribunales ordinarios. De más está decir que tal declaración judicial de extinción de la obligación no puede ser sustituida por un pronunciamiento en ese sentido por

¹⁷¹Expediente 04227-2009-PHD/TC, Fundamento 15.

los órganos de la justicia constitucional. Esta es una competencia ajena al ámbito *ratione materiae* del Tribunal¹⁷². Aquí el tribunal comparte el criterio adoptado por las instancias precedentes, en lo que respecta a que no se ha determinado la extinción de la obligación, cuestión que no podría ventilarse en un proceso constitucional.

Por lo que el máximo intérprete señala que no siendo posible determinar si la información cuyo registro en la Central de Riesgos de la SBS ha permanecido por más de 2 años desde que la obligación se ha extinguido, corresponde desestimar la pretensión. Sin embargo, en lo que respecta al supuesto de inconstitucionalidad por omisión detectado por el tribunal, en su parte resolutive señala: *“EXHORTA al Congreso de la República a debatir, prioritariamente, sobre el Proyecto de Ley N.º 4455/2010-CR, a fin de que no siga incurriendo en un supuesto de inconstitucionalidad abstracta por omisión, tal como se ha advertido en la presente sentencia”*¹⁷³.

En este caso se verifica un caso de inconstitucionalidad por omisión relativa por parte del legislador, que afecta el derecho fundamental a la autodeterminación informativa.

10. EXPEDIENTE 5427-2009-PC/TC

A modo de antecedente señalamos que la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva (AIDSEP) interpuso demanda de cumplimiento contra el Ministerio de Energía y Minas con la finalidad de que dé cumplimiento al Convenio N.º 169 de la OIT y, en consecuencia, adecue sus normas, reglamentos y directivas al texto del mencionado tratado internacional respecto a los derechos a la consulta, a la tierra y al territorio, y a los recursos naturales.

¹⁷² Expediente 04227-2009-PHD/TC, Fundamento 15.

¹⁷³ Ídem.

Los demandantes señalan que a pesar de que el Convenio 169 de la OIT fue suscrito por el Estado Peruano y ratificado por el Congreso de la República mediante Resolución Legislativa N.º 26253 –promulgada y publicada el 2 de diciembre de 1993 y vigente desde el 2 de febrero del año 1995, el Ministerio de Energía y Minas no ha cumplido con el desarrollo normativas en los temas relativos al derecho de consulta, tierras, territorios y recursos naturales.

El pronunciamiento tanto en primera y segunda instancia, fue el de declarar improcedente la demanda, pues las instancias de mérito consideraron que el mandato cuyo cumplimiento se solicita es controvertido y se requiere la confrontación de normas que se han emitido sobre la materia, lo cual no puede realizarse en un proceso constitucional como el de cumplimiento.

Cuando el caso llega al Tribunal Constitucional, en los fundamentos jurídicos de su sentencia, examina la jerarquía normativa del Convenio N° 169 de la OIT, en la que concluye que tiene rango constitucional: *“Al respecto, debe recordarse que, conforme lo ha señalado este Colegiado en reciente jurisprudencia, el Convenio 169 de la OIT tiene rango constitucional y forma parte del parámetro o bloque de constitucionalidad, con la consiguiente posibilidad no sólo de resistir infracciones provenientes de fuentes infraconstitucionales (fuerza pasiva), sino de innovar nuestro ordenamiento jurídico, incorporando en éste, en tanto derecho vigente, los derechos reconocidos por aquél a título de derechos de rango constitucional (fuerza activa)”*¹⁷⁴.

En ese sentido, se determina que existiría un problema de orden procesal, ya que el proceso de cumplimiento tiene por finalidad ordenar el cumplimiento de normas legales o actos administrativos, más no de normas de rango

¹⁷⁴ STC 5427-2009-PC/TC, FJ. 9.

constitucional, ante ello, el colegiado considera que *“antes que ser un impedimento para el cumplimiento exigido, representa más bien un argumento de fuerza para requerir judicialmente su efectivización. Y es que si en nuestro ordenamiento se brinda adecuada protección al derecho a la efectividad de las disposiciones legales o los actos administrativos, con mayor razón se puede exigir, a través de este proceso, se tutele el derecho a convertir en realidad jurídico-constitucional aquello que está inscrito en una norma de rango constitucional”*¹⁷⁵; es decir abre la posibilidad de que mediante el proceso de cumplimiento sea posible requerir la efectivización de una disposición constitucional ante la renuencia del funcionario o autoridad pública, a pesar que según nuestra Constitución Política del Perú y Código Procesal Constitucional hacen referencia a que se dé cumplimiento a una norma legal o acto administrativo.

Luego el tribunal examina la figura de la inconstitucionalidad por omisión y la posibilidad de su control por el juez constitucional en el derecho comparado, en el cual reconoce que en algunos países como Portugal, Brasil, Costa Rica, Venezuela, Ecuador, Provincia de Rio Negro (Argentina) y algunos Estados Mexicanos (Veracruz, Chiapas, Coahuila) existe una exigencia jurídico-constitucional de controlar las omisiones normativas en que puedan incurrir las autoridades competentes y que originan como resultado la vulneración de los derechos fundamentales de las personas, fenómeno que en doctrina constitucional se conoce como la “inconstitucionalidad por omisión”, y que lo han regulado mediante un proceso específico como la acción de inconstitucionalidad por omisión.

Sin embargo, ante la inexistencia en nuestro ordenamiento jurídico de un proceso constitucional específico que permita el control constitucional de las

¹⁷⁵STC 5427-2009-PC/TC, FJ. 9.

omisiones normativas inconstitucionales, no significa que no sea posible un control: *“Ello no quiere decir, sin embargo, que el sistema constitucional se encuentre desvalido o indefenso frente a las infracciones a la Constitución que se producen por omisiones normativas absolutas o relativas. Afirmar lo contrario sería tanto como reconocer que el carácter normativo de la Constitución es sólo un rótulo decorativo desprovisto de toda entidad sustancial¹⁷⁶”*, aquí el tribunal reconoce la posibilidad de control no solo de las omisiones relativas, sino también absolutas, a diferencia de la corte constitucional colombiana que solo se ha declarado competente para conocer las omisiones constitucionales relativas, además no le falta razón al señalar que de no existir control de las omisiones inconstitucionales el principio de fuerza normativa constitucional sería una mera declaración lírica, carente de efectos vinculantes, lo que resulta inaceptable en un estado constitucional de derecho.

Así las cosas, el tribunal se pregunta si el proceso constitucional de cumplimiento es el mecanismo procesal adecuado para controlar una situación de inconstitucionalidad por omisión. Al respecto señala que *“detenerse en la no configuración del proceso de cumplimiento para controlar las omisiones normativas inconstitucionales, cuando no existe a su vez ningún otro mecanismo procesal que dé respuesta a la problemática jurídica planteada, sería tanto como denegar justicia constitucional lo cual, como ya se dijo, también está prohibido por la Constitución Ante la aparente solución distinta que muestran dos disposiciones constitucionales (la primera que no ha previsto el control de las omisiones normativas inconstitucionales a través del proceso de cumplimiento y la segunda que obliga al juez a no dejar de impartir justicia por vacío o deficiencia de la ley) este Tribunal estima que es su deber inexcusable preferir aquella que más favorece la defensa de la*

¹⁷⁶STC 5427-2009-PC/TC, FJ. 19.

*Constitución, la persona y su dignidad y, por ello, aquella que mejor resguarda sus derechos fundamentales. Ello se desprende no sólo del principio de unidad de la Constitución al cual ha recurrido este Colegiado en constante jurisprudencia (STC 5854-2005-PA/TC, Caso Lizana Puelles, FJ. 37-39), sino del argumento mucho más fuerte, que se deriva del artículo 1 de la Constitución, según el cual el Estado y con él el sistema de administración de justicia, están al servicio de la persona humana y deben buscar como fin último la protección de su dignidad y no, en sentido contrario, convertirse en un obstáculo para la tutela de los derechos fundamentales*¹⁷⁷. El Tribunal considera entonces que el proceso de cumplimiento debe ser “adecuado” o “redimensionado” para dar respuesta a la pretensión planteada por la parte demandante.

El fundamento jurídico antes indicado sustenta la tesis que a través del proceso de cumplimiento es posible controlar una situación de inconstitucionalidad por omisión, pues a pesar de que no existe un proceso constitucional específico que corrija las omisiones inconstitucionales, ya que se debe privilegiar la disposición constitucional que obliga al juez a no dejar de impartir justicia por vacío o deficiencia de la ley, en ese sentido, se debe dar preferencia a la disposición que garantice la defensa de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos fundamentales.

El tribunal también resalta que aparte de la obligación estatal de desarrollar normativamente un tratado internacional que tiene rango constitucional se encuentra¹⁷⁸ *“la garantía de los derechos fundamentales de un grupo que goza de especial protección constitucional como los pueblos indígenas y que se presenta además como de gran relevancia constitucional, dado el delicado conflicto social que en los últimos años ha estado nuestro país (...) Dicho*

¹⁷⁷ STC 5427-2009-PC/TC, FJ. 23.

¹⁷⁸ Ídem.

conflicto justamente vino marcado por la ausencia del mecanismo de la consulta, ordenado por el Convenio N° 169 de la OIT, y que hoy pretende hacerse cumplir a través del presente proceso de cumplimiento". Es de destacar aquí dos cosas importantes: i) Que la omisión de los poderes públicos puede generar conflictos sociales, situación conocida por la doctrina como "resultado no querido por el constituyente" y ii) Que la inconstitucionalidad por omisión puede generar la afectación de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, respecto a esto último, el tribunal recordó que el proceso de cumplimiento se proyecta no sólo como un procedimiento destinado a dar cumplimiento a lo ordenado en la ley o un acto administrativo, sino que puede ser un instituto idóneo para brindar indirectamente tutela eficaz a un derecho fundamental que se encuentra afectado por la omisión de las autoridades competente(tal como lo estableció en el Caso Pablo Miguel Fabián Martínez, STC 2002-2006-PA/TC).

Ahora con relación a la responsabilidad del Ministerio de Energía y Minas en la omisión normativa inconstitucional, verifica que, de la normativa de las competencias de su sector, el deber de reglamentación que corresponde satisfacer al Ministerio de Energía y Minas, es solo en relación al derecho a la consulta previa e informada de los pueblos indígenas, reconocido en el artículo 6º, inciso 2 del Convenio N° 169.

Una vez delimitado el ámbito de su deber de reglamentación del Ministerio de Energía y Minas, se analizan los supuestos que configuran una situación de inconstitucionalidad por omisión, que son conocidos también por la doctrina como presupuestos, elementos o requisitos, siendo a criterio del tribunal los siguientes: a) La existencia de un mandato constitucional de regulación normativa; b) Transcurso de un periodo de tiempo razonable; c) Efecto inconstitucional de la omisión o resultado inconstitucional.

Sobre el primer requisito: existencia de un mandato constitucional de regulación normativa¹⁷⁹ consiste en la obligación constitucional de regulación, esto es, a la exigencia que se deriva directamente de la Constitución de emanación de una regulación específica que atienda un mandato constitucional, dicha obligación *“se encuentra dentro del marco más específico de lo constitucionalmente necesario, es decir, dentro de aquella obligación impuesta por la Constitución de desarrollar normativamente un precepto constitucional con el objeto de lograr su plena eficacia. En esta categoría pueden ubicarse aquellos mandatos constitucionales que establecen “encargos directos de legislar”, o “mandatos que suponen indefectiblemente la necesidad de legislación para poder ser efectivos, como sucede por ejemplo en el supuesto de las normas que contienen derechos sociales prestacionales y que comúnmente se conocen como cláusulas programáticas.”* En ese sentido la obligación de desarrollo de un mandato constitucional generalmente está relacionado con normas que reconocen derechos prestacionales o programáticos, con la finalidad de que lograr su plena eficacia.

Con relación al caso concreto, el tribunal reconoce que el Convenio 169 no contiene una norma expresa que obligue a las autoridades del Estado a emitir normas conducentes a efectivizar los derechos reconocidos por aquél, no obstante, ello *“este Tribunal encuentra que la obligación del Estado de adoptar medidas de derecho interno para efectivizar los derechos establecidos en un tratado de derechos humanos, no es un deber cuya fuente tenga que buscarse en un artículo expreso de ese mismo tratado. En primer lugar, porque sería errado sostener que un tratado de derechos humanos directamente aplicable y vinculante para un Estado Parte, tolera al mismo tiempo su inoperancia fruto de la no regulación a nivel interno de los derechos en él reconocidos. Y, en segundo lugar, porque una interpretación distinta*

¹⁷⁹STC 5427-2009-PC/TC, FJ. 33.

implicaría desconocer que los tratados de derechos humanos deben interpretarse no sólo de buena fe y atendiendo a su objeto y propósito (artículo 31 de la Convención de Viena), sino también en atención al principio pro homine, es decir, prefiriendo la interpretación que mejor favorezca a la protección de los derechos humanos por aquél reconocidos. Es por esta razón que, en la doctrina, se ha señalado que los tratados de derechos humanos, a diferencia de los tratados ordinarios, prescriben obligaciones de carácter esencialmente objetivo que deben ser garantizadas o implementadas colectivamente, habida cuenta de que en dichos tratados existe un predominio de consideraciones de interés general u ordre public que trascienden los intereses individuales de las Parte Contratantes”¹⁸⁰, con este razonamiento se justifica que el Estado Peruano se encuentra obligado a desarrollar normativamente el contenido mínimo de las disposiciones respecto al derecho a la consulta previa que reconoce el Convenio 169 de la OIT.

Respecto al requisito consistente en Transcurso de un periodo de tiempo razonable, el tribunal señala *“este elemento de la inconstitucionalidad por omisión normativa supone el lapso de tiempo transcurrido en exceso entre el momento en que se asume la obligación de desarrollar normativamente la disposición constitucional (que es el momento mismo en que se dicta la norma constitucional) y el momento en que debe cumplirse la obligación de llevar a cabo dicho desarrollo normativo”¹⁸¹, ahora este plazo puede estar establecido expresamente en la Constitución como no puede estarlo. En el supuesto que la Constitución no haya establecido el plazo en el cual deba emitirse la norma de desarrollo constitucional, queda a la apreciación del juez constitucional establecer el exceso del tiempo transcurrido- lo que se verifica en el presente caso en concreto, pues han pasado ya quince años desde la suscripción del Convenio 169 de la OIT (el Estado peruano aprobó el*

¹⁸⁰ STC 5427-2009-PC/TC, FJ. 35.

¹⁸¹ STC 5427-2009-PC/TC, FJ. 43.

Convenio 169 de la OIT a través de la Resolución Legislativa N.º 26253, del 2 de diciembre de 1994, entrando en vigencia a partir del 2 de febrero de 1995), tiempo suficiente para el Ministerio de Energía y Minas reglamente el procedimiento para llevar a cabo el derecho a la consulta previa.

Por último respecto al presupuesto consistente en el *“Efecto inconstitucional de la omisión o resultado inconstitucional”*¹⁸², el tribunal señala *“para que el juez constitucional declare la inconstitucionalidad de la omisión normativa es necesario que esta omisión se concrete en verdaderos actos inconstitucionales, que pueden estar representados por violaciones graves y manifiestas de los derechos fundamentales o por la negación absoluta de su goce y disfrute efectivo, como puede ser en el caso de la falta de implementación de un derecho social prestacional por falta de desarrollo normativo.”*, considerando que en el caso en concreto, la falta de regulación en el país del derecho a la consulta previa e informada, ha menoscabado los derechos de los pueblos indígenas de nuestro país y ha originado diversos conflictos sociales, como el conflicto sucedido en la localidad de Bagua el día 5 de Junio del 2009, ocasionando muchos actos de violencia y varias muertes, solo por el hecho de no haberse implementado un derecho fundamental recogido en un tratado internacional (Convenio 169), verificándose así el efecto inconstitucional de la omisión.

Luego de acreditar una situación de inconstitucionalidad por omisión en el presente caso, el tribunal analiza si nos encontramos ante una inconstitucionalidad por omisión absoluta o relativa, así verifica que de la normativa infralegal emitida por el Ministerio de Energía y Minas¹⁸³, el

¹⁸² STC 5427-2009-PC/TC, FJ. 43.

¹⁸³ Entre estas normas están: Decreto Supremo N.º 020-2008-EM, que aprueba el Reglamento de Participación Ciudadana en Actividades Mineras; Decreto Supremo N.º 071-2006-EM, que crea el Programa Minero de Solidaridad con el Pueblo; Decreto Supremo N.º 012-2008-EM, que aprueba el Reglamento de Participación Ciudadana para la realización de Actividades de Hidrocarburos; Decreto Supremo N.º 015-2006-EM, que aprueba el Reglamento para la Protección Ambiental en las Actividades de Hidrocarburos.

colegiado considera que no se ha configurado un supuesto de incumplimiento total del deber de reglamentación por parte del Ministerio de Energía y Minas, ya que se ha emitido alguna normativa infralegal con el fin de implementar el derecho a la consulta en las materias propias de su sector, teniendo en cuenta además que¹⁸⁴ “ *el deber de reglamentación no se satisface con la mera emisión de la normativa infralegal propiamente dicha, sino que también se requiere que dicha normativa se adecue al contenido sustancial del derecho a la consulta, tal y como se encuentra regulado en el Convenio N° 169. De esta manera, la entidad demandada no habría incurrido en un supuesto de incumplimiento total, pero sí en un supuesto incumplimiento parcial o de reglamentación insuficiente o defectuosa, lo cual debe ser igualmente corregido. Y es que como la doctrina constitucional ha reconocido, la comisión de la omisión normativa inconstitucional no sólo puede ser de carácter total, cuando no se ha llevado a cabo ningún desarrollo normativo que cumpla el mandato constitucional, sino que también puede presentarse una omisión normativa inconstitucional parcial, cuando aún existiendo una normativa, ésta no ha llegado a completar aquello que está ordenado por la Constitución, supuesto en el cual es irrelevante si dicho incumplimiento parcial se ha producido por una errónea interpretación de la norma constitucional, una deficiente valoración de las circunstancias de hecho, la exclusión arbitraria de un grupo que debió estar incluido en la regulación o la expresa decisión de la autoridad de no completar el mandato impuesto por la Carta Fundamental*”.

En ese orden de ideas, a criterio del tribunal estamos aquí ante una inconstitucionalidad por omisión relativa, pues existe pues una regulación deficiente, considerando que los reglamentos emitidos no han logrado desarrollar idóneamente el derecho a la consulta previa en los términos

¹⁸⁴STC 5427-2009-PC/TC, FJ. 53

establecidos en los artículos 6.1, 6.2 y 15.2 del Convenio 169 de la OIT, por lo que declara Fundada la demanda de cumplimiento, ordenando al Ministerio de Energía y Minas emitir, en el marco de sus competencias, un reglamento especial que regule el derecho a la consulta previa e informada a los pueblos indígenas respetando los principios que dicho tratado establece.

Para un sector de la doctrina¹⁸⁵ se aplicó, aunque sin decirlo expresamente, esta fórmula o categoría de la “inconveniencia por omisión” para resolver el caso de la ausencia de reglamentación del derecho a la consulta previa en nuestro país, en un escenario en el que incluso no existía una Ley propiamente dicha que pudiera ser reglamentada. En efecto, en dicha oportunidad, el Tribunal Constitucional valoró que la desidia del Estado (específicamente, el Ministerio de Energía y Minas) en implementar este derecho en sus decisiones y políticas, vulneraba el Convenio 169 de la OIT que reconocía este derecho, y, por ende, suponía el incumplimiento de una obligación internacional pasible de ser controlada en sede constitucional.

En opinión de Gómez Sánchez¹⁸⁶, considera que la sentencia analizada ha permitido identificar el incumplimiento del Estado respecto a los mandatos establecidos en los tratados de derechos humanos a los que se encuentra obligado, circunstancia de la que surge la interrogante sobre el mecanismo legal a ser utilizado para exigir y verificar su ejecución. Es así que arribamos al proceso de cumplimiento, proceso constitucionalizado que resguarda el derecho de petición respecto a la ejecución del principio de eficacia en el ejercicio de la función pública, pero que requiere la verificación de ciertos supuestos para su recurrencia.

¹⁸⁵ ETO CRUZ Gerardo. “Treinta años de Jurisdicción constitucional en el Perú”. Centro de Estudios Constitucionales. Tomo II. Primera Edición, junio 2014. Lima. p. 525.

¹⁸⁶ GOMEZ SANCHEZ TORREALVA, Francisco. (2011). Tutela del proceso de cumplimiento frente a la inconstitucionalidad por omisión. Lima. Gaceta Constitucional. p. 76.

Cabe destacar también en esta sentencia los fundamentos de voto de los magistrados Vergara Gotelli y Mesia Ramírez y los votos singulares de Beaumont Callirgos, Álvarez Miranda y Calle Hayen quienes no comparten los fundamentos jurídicos que refieren que la inconstitucionalidad por omisión puede ser objeto de control a través del proceso constitucional de cumplimiento, ya que la Constitución expresamente establece en su artículo 200.2 que el proceso de amparo procede contra “el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución, asimismo el artículo 44.5 del Código Procesal Constitucional, señala que si “el agravio consiste en una omisión, el plazo no transcurrirá mientras ella subsista”. Por lo que consideran que en el ámbito constitucional como en el legal se encuentra previsto que el proceso de amparo es el mecanismo idóneo y satisfactorio para controlar la inconstitucionalidad por omisión o la también denominada “inconvencionalidad por omisión”.

Es de resaltar que todos los magistrados del tribunal constitucional comparten la posición de que la inconstitucionalidad por omisión o inconvencionalidad por omisión puede ser objeto de control, a pesar de que no existe un proceso constitucional específico, y además que este control se puede dar a través de un proceso constitucional de amparo o de cumplimiento. Solo existe discrepancia respecto a quienes consideran que el proceso de amparo es el adecuado e idóneo para el control de las omisiones inconstitucionales (los magistrados Vergara Gotelli, Mesia Ramírez, Beaumont Callirgos, Álvarez Miranda y Calle Hayen), mientras los magistrados Landa Arroyo y Eto Cruz han considerado mediante el proceso de cumplimiento es posible ejercer dicho control.

11-EXPEDIENTE STC 00019-2012- PI/TC

El presente caso el Colegio de Profesores del Perú, a través de su representante Don Manuel Eusebio Rodríguez Rodríguez, interpone demanda de inconstitucionalidad respecto al artículo 18 de la Ley Nro. 29944 que versa sobre los requisitos para postular a la carrera pública magisterial, basándose entre (otros) argumentos que la ley impugnada señala una serie de requisitos para participar en el concurso que habilita el ingreso a la carrera pública magisterial, pero no incluye (omite) la colegiación obligatoria exigida por la ley de creación del Colegio de Profesores en concordancia con el artículo 20 de la Constitución.

Por su parte el apoderado del Congreso de la República señala en su contestación de demanda que no existe omisión legislativa que pueda ser objeto de control constitucional, pues no está ordenado por la Constitución el requisito de colegiatura para acceder a la carrera pública magisterial. Asimismo, señala que el constituyente, en el artículo 20 de la Constitución, dispuso que es el legislador ordinario quien debe determinar en qué casos la colegiatura será obligatoria y que, respecto de la postulación a la carrera pública magisterial, decidió no incorporarlo, lo cual no resulta inconstitucional.

Es interesante los fundamentos jurídicos que señala el Tribunal constitucional en su sentencia, respecto a la inconstitucionalidad por omisión, indicando que *“constituye una herramienta jurídica idónea para controlar las negligencias en que pueda incurrir la autoridad competente a la hora de legislar y encuentra sustento en el principio de fuerza normativa de la constitución que atraviesa el paradigma mismo del Estado Constitucional contemporáneo”*¹⁸⁷.

¹⁸⁷ STC 00019-2012-PI/TC Fj 6

El tribunal destaca que de conformidad con el principio de fuerza normativa de la constitución es posible controlar una situación de inconstitucionalidad por omisión, no obstante la sentencia materia de análisis es una que resuelve una demanda de inconstitucionalidad por acción, es decir, es posible controlar mediante este proceso constitucional las omisiones inconstitucionales, tendencia que sigue también la corte constitucional colombiana, aunque esta última solo controla las omisiones inconstitucionales relativas.

El tribunal señala además que el carácter normativo que la Constitución ostenta no solo significa que las disposiciones en ella contenidas no sean infringidas o desconocidas por las autoridades, funcionarios o personas (es decir que no se ingrese en el ámbito de lo constitucionalmente prohibido), sino que aquellas obligaciones que ella señala, entre las que puede encontrarse la de desarrollar normativamente determinado precepto constitucional, sean cumplidas de modo efectivo y adecuado (es decir que se cumpla con lo constitucionalmente ordenado). Sólo de esta manera se puede garantizar la plena y completa realización del proyecto constitucional que una comunidad política ha abrigado a través de su Norma Fundamental¹⁸⁸.

El tribunal aquí vuelve a reiterar el carácter normativo de la constitución como fundamento del control de la inconstitucionalidad por omisión y también resalta la obligación de desarrollar los preceptos normativos de la constitución en los casos que así lo requieran, lo que debe ser cumplido de manera efectiva y adecuada.

Con relación a la necesidad de la inclusión del control de las omisiones, tal como lo hizo en casos anteriores (Hoja de Coca 2, Libre Desafiliación,

¹⁸⁸ STC Nro. 00019-2012-PI/TC Fj 7

Aidesep), el tribunal desarrolla las siguientes razones, de singular importancia:¹⁸⁹:

- La necesidad de reivindicar el valor normativo de la Constitución
- La reivindicación de la naturaleza "social" del Estado constitucional, en el entendido de que los derechos tradicionalmente postergados o dejados al ocio del legislador son, por lo general, los derechos sociales.
- La necesidad de relacionar el poder constituyente con el poder constituido, permitiendo un desarrollo responsable de los contenidos de la Constitución.
- La naturaleza y el rol actual que han asumido los Tribunales Constitucionales en su labor de defensa de lo que la Constitución ordena.
- La necesidad de tomar en serio las "obligaciones constitucionales", en particular, las que corresponden en esencia al legislador de cara a la vigencia y efectividad de los derechos fundamentales.

Respecto al caso en concreto, el artículo 20 de la Constitución establece que *"Los colegios profesionales son instituciones autónomas con personalidad de derecho público La Ley señala los casos en que la colegiación obligatoria"*. Según la interpretación del tribunal respecto a este artículo, señala que el constituyente a derivado al legislador la facultad de determinaren qué casos resulta exigible la colegiatura para el ejercicio de la actividad profesional.

En ese sentido el máximo intérprete de la constitución consideró que del mandato constitucional y de la interpretación jurisprudencial realizada, se deduce que cuando la Ley 29944 omite incluir el requisito de colegiatura para postular a la carrera magisterial no incumple algún aspecto que se encuentre constitucionalmente ordenado. Asimismo, la eliminación del requisito de colegiatura no resulta inconstitucional quedando la materia en el ámbito de libertad de configuración del legislador. Por estas consideraciones el tribunal

¹⁸⁹STC Nro. 00019-2012-PI/TC Fj 8

declara infundada la demanda.

Nótese que el Tribunal Constitucional reconoce la importancia de la “Inconstitucionalidad por Omisión” como herramienta idónea para controlar las omisiones del legislador, sin embargo, en el presente caso, la falta del requisito de “colegiatura” para acceder a la carrera pública magisterial formaba parte de la “libre configuración del legislador”. Por ello es importante resaltar que no toda omisión del legislador es considerada inconstitucional.

12.- EXPEDIENTE 00020-2012-PI/TC

Se trata de una demanda de inconstitucionalidad interpuesta, por el 25% del número legal de Congresistas de la República, contra Ley 29944, Ley de Reforma Magisterial, la misma que tiene como objeto (entre otros aspectos) que se declare la inconstitucionalidad por omisión de la Ley 29944, de Reforma Magisterial, en la medida en que no reconoce la deuda laboral que tiene el Estado con los profesores de la Ley 24029, por incumplimiento en el pago del concepto de preparación de clases y evaluación.

Los demandantes sostienen que la ley impugnada omite incluir un artículo que reconozca dicha deuda, perjudicando los intereses de los profesores de la Ley 24029 ya que dificulta las acciones legales para hacer efectivo el cobro de dicha acreencia laboral que es de carácter irrenunciable, vulnerándose el principio de que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales y el carácter irrenunciable de los derechos laborales, reconocidos en los artículos 23 y 26 de la Constitución Política del Perú.

Con relación a la inconstitucionalidad por omisión de la Ley 29944, el tribunal recuerda que a través de su jurisprudencia “ha *precisado que mediante el proceso de inconstitucionalidad no sólo es posible el control de las*

*actuaciones positivas del legislador, sino también de sus omisiones (fundamento 36 de la STC 0006-2008-PI-TC. En este último caso, la actuación del Tribunal está relacionada con lo que es constitucionalmente necesario y que, no obstante ello no ha sido atendido por el legislador (fundamento 16 de la STC 00014-2007-PI-TC), facultad que encuentra su fundamento en los principios de fuerza normativa de la Constitución (fundamento 12 de la STC 5427-2009-PC/TC) y de colaboración de los poderes del Estado, a efectos de lograr desarrollos compatibles con la real vigencia de los derechos fundamentales(fundamento 38 de la STC 0006-2008-PI/TC)*¹⁹⁰.Con lo que se reitera una vez más que mediante el proceso de inconstitucionalidad por acción es posible el control de una inconstitucionalidad por omisión, de conformidad con los principios de fuerza normativa de la Constitución y colaboración de los poderes del Estado, con la finalidad de garantizar la vigencia de los derechos fundamentales.

Entrando al caso concreto, el tribunal advierte que los accionantes invocan la existencia de una omisión relativa, en ese sentido corresponde dilucidar si la Ley impugnada incurre o no en el supuesto de exclusión arbitraria o discriminatoria de un beneficio, así considera que *“De las disposiciones constitucionales supuestamente vulneradas (tercer párrafo del artículo 23 y artículo 26.2 de la Constitución) no se desprende obligación alguna para que la Ley 29944 establezca el marco normativo de las relaciones entre el Estado y los profesores que prestan servicios para él, que precisamente deba reconocer dicha deuda laboral”*¹⁹¹.Asimismo, porque conforme el artículo 1 de la Ley Nro. 29944,la deuda laboral invocada por los demandantes no forma parte del objeto regulado por la ley, por lo que no se puede concluir que ésta excluye o desconoce de manera arbitraria dicha deuda. En ese sentido, no

¹⁹⁰STC Nro. 00020-2012-PI/TC Fj 98

¹⁹¹STC Nro. 00020-2012-PI/TC Fj 101.

existe inconstitucionalidad por omisión en la ley cuestionada, en consecuencia, declara infundada la demanda de inconstitucionalidad.

El razonamiento que emplea el tribunal en el presente caso, es que no existía un mandato constitucional expreso que ordene al legislador el reconocimiento de la deuda laboral que tiene el Estado con los profesores de la Ley 24029, es decir no se cumplía con un presupuesto o requisito que configura una situación de inconstitucionalidad por omisión. Además, que el objeto de la ley impugnada no tenía relación con la pretensión demandada.

13.-EXPEDIENTE NRO. 00021-2012-PI/TC

Se trata de una demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra la Ley 29944, de Reforma Magisterial, cuya pretensión es tanto la “inconstitucionalidad por acción” de diversos artículos de la Ley 29944, así como la declaración de inconstitucionalidad por omisión respecto a los siguientes extremos: i) Por considerar que no se incluye en su ámbito de aplicación a los profesores de las instituciones educativas privadas y de los institutos tecnológicos, a los auxiliares de educación y a los cesantes y jubilados; ii) Del primer y segundo párrafo de la Segunda Disposición Complementaria, Transitoria y Final, que sólo regula la situación de los profesores nombrados sin título pedagógico y la de los auxiliares de educación; iii) De la interpretación del artículo 71.a.9, en el sentido de que se reconozca licencias con goce de haber a los dirigentes sindicales del ámbito nacional.

El Tribunal analiza la pretensión, indicando que no solo puede ser materia de control constitucional una disposición legal a través de un proceso de inconstitucionalidad por acción, sino también se puede controlar una situación de inconstitucionalidad por omisión “*Una demanda de inconstitucionalidad busca en principio la expulsión de una disposición legal viciada en su*

constitucionalidad, la que quedará sin efecto (artículo 204 de la Constitución). Sin embargo, en la doctrina y la jurisprudencia constitucional también se ha reconocido como petitum de un proceso de control abstracto la declaración de inconstitucionalidad por omisión y la interpretación de normas con rango de ley (fundamento 37 de la STC 0006-2008-PI/TC; fundamento 18 de la STC 5427-2009-PC/TC, y fundamentos 7 y 8 de la STC 0032-2010-PI/TC)¹⁹²; además el tribunal enfatiza que “En reiterada jurisprudencia este Tribunal ha establecido su competencia para conocer de la figura de la inconstitucionalidad por omisión; pues aun cuando la Constitución no contempla de manera expresa la posibilidad del control de esta clase de omisiones, el fundamento de dicha potestad radica en el principio de supremacía constitucional (artículo 51 de la Constitución), del que se desprende el efecto normativo de las disposiciones constitucionales (fundamentos 12 y 15 de la STC 5427-2009-PC/TC); el principio de colaboración de poderes del Estado, en virtud del cual el Tribunal Constitucional ha venido prestando permanente colaboración con la actividad legislativa (fundamento 37 de la STC 0006-2008-PI/TC); y la necesidad de adecuar los cauces jurídicos del Estado constitucional a la exigencia de las nuevas formas del Estado de derecho y de nuevos derechos (fundamento 16 de la STC 5427-2009-PC/TC)”¹⁹³. Por lo que el tribunal reitera una vez más su posición respecto al control de las omisiones inconstitucionales, a través del proceso de inconstitucionalidad, tal como lo hizo también en casos similares recaídos en el Exp. Nro. 00020-2012-PI/TC y Exp. Nro. 00021-2012-PI/TC.

El tribunal analiza cada uno de las pretensiones de inconstitucionalidad por omisión con relación a la Ley 29944, entre los más importantes fundamentos encontramos los siguientes:

- Respecto a la pretensión que considera que la Ley 29944 incurre en

¹⁹²STC 00021-2012-PI/TC Fj 1

¹⁹³ STC 00021-2012-PI/TC Fj 3.

inconstitucionalidad por omisión legislativa relativa porque excluye a los docentes que laboran en instituciones privadas, vulnerando el principio-derecho de igualdad, reconocido en el artículo 2.2 de la Constitución, el colegiado recuerda que la igualdad, como principio y derecho fundamental, no implica la exigencia de un trato igual siempre y en todos los casos, sino únicamente a quienes se encuentran en idéntica situación. En ese sentido considera que el objeto de la Ley 29944 es el de regular las relaciones entre el Estado y los docentes que prestan servicios en instituciones públicas, más no privadas, por lo que concluye que su situación no es idéntica, tal es así que esta diferencia “se encuentra plasmada en los artículos 57 y 61 de la Ley 28044, General de Educación, que establecen que el profesor en las instituciones educativas del Estado se desarrolla profesionalmente en el marco de una carrera pública, y que los docentes de las instituciones educativas privadas participan del régimen laboral de la actividad privada. Tal diferenciación de trato no es extraña ni opuesta, a partir de una lectura a contrario sensu del artículo 15 de la Constitución, según el cual “El profesorado en la enseñanza oficial es carrera pública (...)”, lo que supone, implícitamente, que las demás formas de docencia -por ejemplo, las privadas- se sustraen de la carrera pública docente”¹⁹⁴. En ese sentido desestima la pretensión: “Por ello, debe rechazarse la denuncia de que la Ley 29944 contiene una omisión legislativa inconstitucional por no incluir (o excluir) a los profesores de instituciones educativas privadas de su ámbito de regulación”¹⁹⁵.

En este extremo no se demostró la vulneración del principio-derecho a la igualdad, ya que los docentes que laboran en instituciones privadas no se encuentran en una situación idéntica que los docentes de las instituciones educativas del Estado, en consecuencia, no se

¹⁹⁴STC 00021-2012-PI/TC Fj 23.

¹⁹⁵ STC 00021-2012-PI/TC Fj 24.

configura una situación de inconstitucionalidad por omisión relativa.

- Con relación a la pretensión que considera que la Ley 29944 incurre en inconstitucionalidad por omisión legislativa relativa al no incluir a los docentes sin título pedagógico, los auxiliares de educación y los profesores de institutos tecnológicos, en un régimen normativo que regule su situación jurídica que la derogada Ley 24029 les reconocía, al respecto, el tribunal rechaza de plano la pretensión, toda vez que la Segunda y Tercera Disposición Complementaria, Final y Transitoria de la Ley 29944 expresamente prescriben que los docentes nombrados sin título pedagógico, los auxiliares de educación y los profesores de institutos tecnológicos de la Ley 24029 se rigen por la presente ley, en todo lo que les corresponda. En ese sentido el tribunal considera que no existe fundamento constitucional para sostener que los docentes sin título pedagógico, los auxiliares de educación y los profesores de institutos tecnológicos carecen de un marco normativo permanente que regule su situación jurídica, independientemente de si ello efectivamente es exigible en virtud de un mandato constitucional, por lo que la demanda en este extremo también debe ser desestimada¹⁹⁶.
- En relación a la pretensión que señala que se vulnera el principio de igualdad al excluir a los docentes cesados y jubilados del ámbito de aplicación de la Ley 29944, a pesar de que la derogada Ley 24029 sí les otorgaba beneficios, al respecto, el tribunal se basa en que *“el principio-derecho de igualdad no se vulnera cada vez que dos colectivos reciben un trato diferenciado, sino solo cuando estos también se hallan comprendidos en un mismo supuesto de hecho, y dicho tratamiento diferenciado es injustificado”*¹⁹⁷, lo que en el presente caso es indudable de que los docentes cesados y jubilados se hallan en una situación jurídica y fáctica distinta a la de los profesores en

¹⁹⁶STC Nro. 00021-2012-PI/TC Fj 28.

¹⁹⁷STC Nro. 00021-2012-PI/TC Fj 40.

actividad, lo que justifica que estén excluidos de la Ley 29944. Por lo que el tribunal desestima la pretensión al considerar que este argumento carece de toda fundamentación constitucional.

Nótese que hasta aquí el tribunal desestima las pretensiones de inconstitucionalidad por omisión demandadas, al no haberse acreditado la vulneración del principio-derecho a la igualdad.

- Por último, los demandantes objetan la inconstitucionalidad del artículo 71.a.9 de la Ley 29944, por vulnerar el derecho a la libertad sindical, según la cual las licencias con goce de haber solo corresponden a los dirigentes sindicales del ámbito nacional, y no a los de la esfera regional y provincial, por lo que solicitan al tribunal una interpretación de este artículo.

Al respecto el tribunal consideró que *“es necesario conferir un sentido interpretativo al artículo 71.a.9 de la Ley 29944, que precise que el derecho de recibir una licencia sindical con goce de remuneraciones, a partir de una interpretación de la Constitución conforme al referido Convenio 151 de la OIT, les asiste a todos los dirigentes sindicales por el tipo de actividad que realicen, según lo requieran, dentro de lo razonable y en proporción del ámbito territorial y demás factores que deberá considerar el reglamento”*¹⁹⁸.

Es de verse que el tribunal si bien declara infundada la demanda de inconstitucionalidad por omisión en todos sus extremos, en la parte resolutive de su sentencia, procede a *“INTERPRETAR el artículo 71.a.9 de la Ley de Reforma Magisterial en el sentido que el derecho por licencia sindical al cual se refiere éste, debe interpretarse de conformidad al Convenio 151 de la Organización Internacional del Trabajo”*, configurándose así un tipo de sentencia aditiva, que es definida en el voto singular del magistrado Blume Fortini de la siguiente

¹⁹⁸STC 00021-2012-PI/TC Fj 125.

manera: *Frente a casos de inconstitucionalidad por omisión, la sentencia constitucional aditiva actúa como una herramienta integradora y correctiva, pues, sin eliminar la norma impugnada y aplicando los postulados constitucionales que rigen el Estado Constitucional y que se proyectan, así como vinculan, hacía todo el ordenamiento jurídico, suple aquellos defectos de omisión o de desarrollo deficiente, llenando o completando un vacío o laguna normativa*¹⁹⁹. Nótese que si bien se declara infundada la demanda de inconstitucionalidad por omisión respecto a estos extremos, el tribunal procede a interpretar el artículo 71.a.9, de la Ley de Reforma Magisterial, esto que pareciera inconsistente, es posible, tal como lo explica el magistrado Blume Fortini en su voto singular al señalar que *“en razón que, como lo apunta la doctrina, para la expedición de las sentencias aditivas no constituye un elemento esencial o imprescindible el sentido del fallo, por lo que pueden expedirse tanto cuando es estimatorio como cuando es desestimatorio”*.²⁰⁰

No obstante el resultado del fallo, la importancia de esta sentencia radica en el análisis que realiza el tribunal constitucional respecto a la no configuración de una situación de inconstitucionalidad por omisión relativa en el presente caso, además de que con relación a la pretensión de inconstitucionalidad por omisión del art. 71.a.9, el tribunal decide “salvar la norma”, interpretándola conforme a la Constitución (más precisamente conforme a un tratado internacional), añadiendo un supuesto no establecido en la ley. Este tipo de sentencia es considerada en la jurisprudencia como aditiva, y son las que generalmente se utilizan para resolver situaciones de inconstitucionalidad por omisión relativa.

¹⁹⁹STC Nro. 00021-2012-PI/TC Fundamento de Voto del Magistrado Blume Fortini Fj. 2

²⁰⁰STC Nro. 00021-2012-PI/TC Fundamento de Voto del Magistrado Blume Fortini Fj. 4

14.- EXPEDIENTE 0013-2014-PI/TC

El presente caso se trata de un auto del Tribunal Constitucional, que en un primer momento, resolvió declarar INADMISIBLE la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados del Callao contra la Ley N° 29245 y el Decreto Legislativo N° 103.

Si bien no es una sentencia que resuelve un proceso constitucional de la libertad en última instancia, o una sentencia de inconstitucionalidad, su importancia radica en los fundamentos jurídicos adoptados por el colegiado respecto a la calificación jurídica de una demanda de inconstitucionalidad por omisión, con la particularidad de que se trata de una decisión de los nuevos integrantes del Tribunal Constitucional a diferencia de los casos anteriores, y por ello, es necesario conocer cuál es su posición al respecto.

Se trata de una demanda inconstitucionalidad por omisión interpuesta por el Colegio de Abogados del Callao contra varias disposiciones de la Ley N° 29245. Esta posibilidad de demandar la inconstitucionalidad no solo por acción sino también por omisión, ha sido reconocida por la jurisprudencia del tribunal constitucional (STC 0006-2008-PI/TC, STC 5427-2009-PC/TC) en la cual ha mostrado su posición favorable a su control por la jurisdicción constitucional, a pesar que la Constitución no contempla de manera expresa un proceso específico como sucede en el derecho comparado. Este tipo de control se fundamenta en el principio de supremacía constitucional, fuerza normativa de la constitución y el principio de colaboración de poderes.

No obstante, para demandar la inconstitucionalidad por omisión de una ley, utilizando la vía del proceso de inconstitucionalidad por acción, el tribunal señala que *“dada la naturaleza del proceso de inconstitucionalidad, sólo cabría controlar a través suyo las omisiones de carácter normativo”*²⁰¹, así añade que dado que, según la Constitución, es una garantía constitucional "La Acción de inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen

²⁰¹STC Nro. 00013-2014-PI/TC Fj 23

rango de ley (...)" (artículo 200.4), el control de una omisión a través de este tipo de proceso parte de la impugnación de una norma concreta (norma con rango de ley, emitida por la entidad competente), que, a juicio de un accionante, no respeta la obligación total impuesta por el poder constituyente. En consecuencia, al invocarse un silencio de la norma con rango de ley impugnada, sólo corresponde solicitar en esta vía el control de denominadas omisiones relativas donde el órgano de producción normativa en falta sea el destinatario del mandato constitucional.

En ese sentido el colegiado establece que la posibilidad de control de una omisión legislativa en un proceso de inconstitucionalidad, se referirá respecto a una norma de rango de ley, además de que se trate de omisiones inconstitucionales relativas, asumiendo el mismo criterio que la Corte Constitucional de Colombia.

Entonces no solo reconoce la jurisprudencia constitucional anterior respecto la necesidad del control de un supuesto de inconstitucionalidad por omisión, sino que agrega que estas pueden ser “omisiones del legislador o de alguna otra autoridad estatal en el desarrollo normativo”²⁰², es decir, el tribunal se adhiere a la posición amplia, es decir que el control de las omisiones inconstitucionales que no solo provengan del legislador sino de cualquier autoridad pública.

No obstante, el nuevo tribunal constitucional considera reformular los supuestos que configuran una situación de inconstitucionalidad por omisión, para un uso adecuado de este tipo de control, lo cual dependerá de la clase de omisión que sea materia de análisis. Si se trata de una omisión absoluta su configuración dependerá de que concurren los siguientes requisitos²⁰³:

²⁰² STC Nro. 00013-2014-PI/TC Fj 25

²⁰³ STC 00013-2014-PI/TC Fj 26

- Que exista un mandato constitucional concreto que establece la obligación de desarrollo normativo, referido a un ámbito específico claramente identificable;
- Que haya transcurrido un periodo razonable y el órgano de producción normativa no haya emitido la norma exigida desde la Constitución; y
- Que la omisión produzca un efecto o resultado inconstitucional, referido a la ineficacia del mandato constitucional que establece la obligación de desarrollo normativo, o a aquellas violaciones graves y manifiestas de los derechos fundamentales, como es el caso de la negación absoluta de su goce y disfrute efectivo (falta de implementación o desarrollo normativo de un derecho social).

Si se trata de una inconstitucionalidad por omisión relativa, la configuración de una omisión relativa depende de la concurrencia de tres requisitos ²⁰⁴:

- Que exista un mandato constitucional que establezca la obligación de desarrollo normativo, referido a un ámbito específico claramente identificable, mandato que siempre proviene del propio texto constitucional.
- Que la norma emitida obvie una parte inescindible de la materia a regular u omita de forma arbitraria a algún destinatario de la misma, afectando algún derecho fundamental o tornando en ineficaz alguna disposición constitucional.
- Verificar la posibilidad de integración por parte del órgano jurisdiccional frente al ocio del órgano normativo.

En la sentencia también se desarrolla el alcance que tendría una decisión del tribunal constitucional respecto a una demanda fundada de inconstitucionalidad por omisión, existiendo dos posibilidades: i) La declaración de inconstitucionalidad de la omisión y la integración normativa por parte del órgano jurisdiccional, ii) La declaración de inconstitucionalidad

²⁰⁴ STC 0013-2014-PI/TC Fj 28

de la omisión, y la exhortación al órgano competente para corregir la situación inconstitucional, dentro de un plazo razonable, siendo que si transcurrido el plazo, el órgano legislativo no cumple con el desarrollo normativo, el Tribunal estará habilitado para establecer —a modo de principios o interpretación concretizadora de la Constitución— lineamientos generales de aplicación provisional para que cese dicha situación inconstitucional.

Con relación al caso en concreto el tribunal si bien en un primer momento mediante resolución de fecha 28 de enero de 2015, el Tribunal declaró inadmisibile la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados del Callao entre otras razones porque el demandante no había justificado adecuadamente la inconstitucionalidad por omisión de la Ley Nro. 29245, posteriormente mediante Auto 2 de fecha 18 de marzo del 2015 resolvió admitir la demanda de inconstitucionalidad contra diversas disposiciones de la Ley 29245.

15.- EXPEDIENTE N° 00676-2012-PC/TC

Se trata de una demanda de cumplimiento interpuesta por Florencio Jesús Navarro Sánchez contra el Presidente de la República, con la finalidad de que cumpla con expedir la reglamentacion sobre la elección popular de los Jueces de Paz conforme lo establece los artículos 150º, 152º y 2 inc. 20 de la Constitución.

Se puede advertir que el demandante solicita se cumpla una disposición constitucional mediante proceso de cumplimiento (la Constitución solo se refiere al cumplimiento a una norma legal o ejecución de un acto administrativo firme), no obstante, esta posibilidad ha sido aceptada por el Tribunal Constitucional según lo resuelto en la STC 5427-2009-AC-TC.

En Primera y Segunda Instancia (Juzgado Mixto de Huaraz y Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Ancash) se declaró improcedente la demanda por considerar que la pretensión del recurrente no se ajusta al precedente del Tribunal Constitucional recaído en el Expediente N.º 00168-2005-PC/TC.

El caso llega al tribunal constitucional y verifica que tanto la Ley N.º 28545 (derogada) y la Ley N.º 29824 de Justicia de Paz (vigente), dispone que los procesos de elección y selección de jueces de paz son reglamentados por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial. Sin embargo, en el presente caso, la demanda no ha sido dirigida contra la autoridad competente pues debió ser interpuesta contra el Presidente del Poder Judicial, quien preside el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial. En ese sentido, el tribunal declara improcedente la demanda por cuanto el emplazado (Presidente de la República) carece de legitimidad para obrar pasiva; esta decisión es adoptada por unanimidad.

Sin embargo, merece especial atención el fundamento de voto del magistrado Eto Cruz, que estando conforme con el fallo, consideró oportuno resaltar algunos fundamentos en relación a la inconstitucionalidad por omisión y su tutela a través del proceso de cumplimiento, señalando que ello es posible ya que el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia ya había señalado que *“con base en el principio de regularidad del ordenamiento jurídico, el cual supone, como ya se dijo, la efectividad de las normas que conforman dicho sistema normativo, este Tribunal debe también reconocer la existencia de un principio general de la efectividad de las disposiciones constitucionales. Y es que, si la eficacia inherente a toda norma jurídica se postula en relación a las normas legales y actos administrativos, con mayor razón deberá serlo también con relación a las normas constitucionales, que son las que ostentan la mayor jerarquía en nuestro ordenamiento jurídico”*²⁰⁵.

²⁰⁵Expediente 5427-2009-AC-TC Fj. 15

Asimismo, recuerda que mediante el proceso de cumplimiento es posible verificar situaciones de inconstitucionalidad por omisión, siempre que concurren tres requisitos específicos: a) la existencia de un mandato constitucional de regulación normativa; b) el transcurso de un período de tiempo razonable; y, c) el efecto inconstitucional de la omisión o resultado inconstitucional.

En ese sentido si bien en el presente caso verifica²⁰⁶ *“la existencia de un mandato expreso de regulación normativa que se deriva directamente de la Constitución. En efecto, el artículo 152º de nuestro Texto Fundamental señala con claridad que “[l]os jueces de Paz provienen de elección popular. Dicha elección, sus requisitos, el desempeño jurisdiccional, la capacitación y la duración en sus cargos son normados por ley”*, sin embargo, según la Ley N° 29827, de Justicia de Paz, vigente, el proceso de elección popular y el de selección deben ser reglamentados por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, por lo que el demandado no podía ser el Presidente de la República, lo que constituye una causal de improcedencia.

El magistrado Eto Cruz en su voto singular, concluye señalando el tipo de omisión inconstitucional que nos encontramos en el presente caso, la cual se encuadraría en *“la categoría de una omisión normativa inconstitucional indirecta, que es la que se genera como consecuencia de la falta de reglamentación de aquello que ha sido desarrollado en una ley y que debe, a su vez, ser detallado en un reglamento para dar cabal cumplimiento a lo dispuesto por el Texto Constitucional”*²⁰⁷.

²⁰⁶Expediente 0676-2012-AC-TC Fj. 07

²⁰⁷Expediente 0676-2012-AC-TC Fj. 11.

16.- STC 00008-2012-PI/TC

El presente caso si bien no trata de una demanda de inconstitucionalidad por omisión, existe un voto singular del magistrado Calle Hayen donde detecta una omisión inconstitucional y realiza una interpretación aditiva, que para efectos de la presente investigación es conveniente ilustrar. Se trata de una demanda de inconstitucionalidad interpuesta por diez mil seiscientos nueve ciudadanos contra el artículo 1º de la ley 28704, que modifica el artículo 173º, inciso 3), del Código Penal (sobre Violación sexual si la víctima tiene entre catorce años de edad y menos de dieciocho), alegando que su contenido es incompatible con el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad de los adolescentes.

Si bien el tribunal constitucional declara fundada la demanda e inconstitucional el inciso 3) del artículo 173º del Código Penal por haber considerado que se vulneró el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores de edad entre 14 años y menos de 18, es de resaltar el voto singular del magistrado Calle Hayen, quién siguiendo el mismo razonamiento con relación al respeto al derecho del libre desarrollo de la personalidad del menor reconocido por la Convención sobre los Derechos del Niño y el artículo IX del Título preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, señala que “*atendiendo a las estadísticas respecto al inicio sexual de los adolescentes en comparación con otros países que el inicio sexual de los adolescentes se inicia a los 12 años; al respecto el Perú no es ajeno a ello, tal es así que se ha permitido la entrega de métodos anticonceptivos en los colegios, con lo cual demuestra que el inicio sexual de los adolescentes es evidente, máxime si los mismos adolescentes se expresan señalando que la ley debe favorecerlos y no perseguirlos; esto demuestra una clara omisión de parte del legislador respecto a la inimputabilidad de las relaciones sexuales entre menores de 14 a 18*²⁰⁸”.

²⁰⁸Expediente 00008-2012-PI-TC Fj. 14.

Es decir, a criterio del magistrado Calle Hayen, existe una situación de inconstitucionalidad por omisión del legislador, ya que, dada la realidad social, era evidente el deber del estado de considerar inimputables las relaciones sexuales entre menores de 14 a 18, en consonancia con el derecho el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores. También consideró necesario elaborar una sentencia interpretativa aditiva, procediendo a interpretar el texto que se considera incompleto por atentar con el bien superior del niño en su libre desarrollo de su personalidad. En ese sentido su voto es porque se declare infundada la demanda y *“INTERPRETESE que el inciso 3) del artículo 173º del Código Penal, conforme a los fundamentos del presente voto y atendiendo a su real pretensión, no es inconstitucional siempre que se interprete que: La relación sexual consentida entre adolescentes menores de 14 a 18 años está exenta de responsabilidad pena²⁰⁹”*.

Mediante estas consideraciones, a criterio del magistrado Calle Hayen, era posible salvar la disposición legal (*inciso 3) del artículo 173º del Código Penal*), determinando que es un caso de inconstitucionalidad por omisión y realizando una interpretación constitucional de la norma antes citada. Lo indicado hasta aquí confirma la tendencia que sigue el tribunal constitucional respecto a los alcances de una sentencia de inconstitucionalidad por omisión, siendo dos principalmente: i) Declarar una situación de inconstitucionalidad por omisión y realizar integración normativa, ii) Declarar una situación de inconstitucionalidad de la omisión, y exhortar al órgano competente para corregir la situación inconstitucional, dentro de un plazo razonable.

²⁰⁹ Expediente 00008-2012-PI-TC

17.- EXPEDIENTE 0017-2014-PI/TC

Si bien el análisis de este caso se centra en un Auto de Admisibilidad del Tribunal Constitucional, considero de interés algunos fundamentos aquí expuestos. Se trata de la calificación jurídica de la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por más de cinco mil ciudadanos contra diversos artículos de la Ley 30057, del Servicio Civil.

Respecto a la pretensión es de resaltar lo siguiente: *Que, de conformidad con lo establecido en el artículo 204 de la Constitución y reiterada jurisprudencia de este Tribunal, mediante un proceso de inconstitucionalidad sólo es posible solicitar la declaración de inconstitucionalidad de una norma con rango de ley, tanto por acción como por omisión y, excepcionalmente, requerir su interpretación*²¹⁰. Queda pues consolidada la postura jurisprudencial del tribunal constitucional respecto al control de las omisiones inconstitucionales mediante el proceso de inconstitucionalidad, sin que sea necesario incorporar en nuestra carta fundamental un nuevo proceso constitucional de “inconstitucionalidad por omisión”, tal como existe en Venezuela, Ecuador, Brasil, como en otros países.

En el presente caso el tribunal advierte que se solicita la inconstitucionalidad por omisión de la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 30057, en tanto ésta se limita a excluir de su aplicación a los obreros de los gobiernos regionales y omite incluir -dentro de este grupo de servidores exceptuados- a los demás funcionarios y servidores de los gobiernos regionales²¹¹, siendo que la parte demandante ha cumplido con determinar los argumentos que sustentan cada una de sus pretensiones y cumpliendo los requisitos establecidos en el código procesal constitucional, el tribunal resuelve admitir la demanda.

²¹⁰Expediente 017-2014-PI-TC Fj 6

²¹¹Expediente 017-2014-PI-TC Fj 9

18.- EXPEDIENTE N° 03133-2011-PA/TC

El presente caso trata de una demanda de amparo interpuesta por don Raúl Abigilio Rivera García contra la Unidad de Gestión Educativa Local de Huancayo solicitando que se declare inaplicable el artículo 1º de la Ley 28047; y se ordene a la demandada que descuente el 6% de su remuneración pensionable como aporte destinado al fondo de pensiones de los trabajadores comprendidos en el régimen previsional regulado por el Decreto Ley 20530, en lugar del 27%, como lo viene haciendo desde el mes de agosto del año 2009. Sostiene que si bien el artículo 1º de la Ley 28047 incrementa el porcentaje de dicho aporte, sin embargo, en la STC 0030-2004-AI/TC, se declaró la inconstitucionalidad del mencionado artículo, a pesar de ello, la demandada lo viene aplicando desde que venció la “vacatio sententiae” dispuesta en la mencionada sentencia de inconstitucionalidad, perjudicando su economía.

El Segundo Juzgado Civil de Huancayo declara improcedente la demanda, considerando que la pretensión no está comprendida en ninguno de los supuestos previstos en la STC 01417-2005-AA/TC (caso Anicama), por su parte, la Sala superior confirma la apelada, considerando que, de conforme al precedente vinculante establecido en la STC 00206-2005-PA/TC (caso Baylón), la pretensión debe tramitarse en la vía contencioso-administrativa. La resolución del tribunal constitucional por mayoría resuelve revocar la resolución expedida por la Segunda Sala Mixta de Huancayo de la Corte Superior de Justicia de Junín, de fecha 23 de marzo de 2011, ordenando admitir a trámite la demanda, por considerar que nos encontramos ante un asunto de relevancia constitucional no siendo aplicables los precedentes invocados por las instancias inferiores. Es interesante para el presente trabajo analizar el voto singular de los magistrados Eto Cruz y Mesia Ramírez, respecto a la posibilidad del control de omisión legislativa a través del proceso de amparo. Para estos magistrados las instancias inferiores

incurrieron en error al calificar la demanda, pues consideran que si bien estamos ante un supuesto de amparo en materia laboral, sin embargo se denuncia la aplicación de una norma legal que ha sido declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional, supuesto que no está contemplado en el precedente Baylón (no existe identidad de casos para que sea aplicable la misma regla), encontrándonos más bien ante una “situación excepcional de procedencia de amparo en materia laboral”, a consecuencia de una situación de rebeldía legislativa del Congreso de la República.

Luego realizan una clasificación de las sentencias de inconstitucionalidad, destacando dos tipos de sentencias²¹²:

- a) Sentencias Aditivas: En las que, luego de constatar una inconstitucionalidad por omisión legislativa, el Tribunal “añade” o “integra” algo al texto normativo incompleto, para convertirlo en plenamente constitucional
- b) Sentencias exhortativas: así denominadas porque si bien declaran la inconstitucionalidad de la norma legal en cuestión, el Tribunal no dispone su expulsión inmediata del ordenamiento jurídico, sino que concede al Congreso de la República un plazo para expedir la ley sustitutoria que sea conforme a la Constitución (*vacatio sententiae*). Por ello, debe distinguirse esta sub-modalidad, de la sentencia exhortativa no vinculante, que supone una simple recomendación o sugerencia al legislador, pero sin declaración de inconstitucionalidad alguna.

Es conocido por la doctrina y jurisprudencia que para los casos donde se resuelve una situación de inconstitucionalidad por omisión se hace uso de este tipo de sentencias, con la peculiaridad de que el tribunal distingue entre sentencia exhortativa vinculante y no vinculante.

²¹² Expediente 3133-2011-PA-TC Fj 14

De la sentencia exhortativa vinculante del Tribunal Constitucional, se desprenden tres deberes de ineludible cumplimiento para el Congreso de la República: i) El deber de emitir la norma dentro del plazo concedido por la sentencia; ii) El deber de no emitir una norma idéntica a la declarada inconstitucional; iii) El deber de emitir la norma, dentro del plazo, siguiendo las directrices fijadas por el Tribunal.

En ese sentido, el no cumplimiento con el deber de emitir la norma por el Congreso de la República dentro del plazo concedido por una sentencia exhortativa vinculante, configura una rebeldía legislativa el cual *“se encuadra, en rigor, dentro el esquema de la denominada inconstitucionalidad por omisión de configuración jurisprudencial, según la conceptualización que de esta figura ha realizado el Tribunal Constitucional. En efecto, en la STC N.º 0006-2008-PI/TC ha defendido la tesis de que la inconstitucionalidad por omisión no sólo procede cuando la inercia legislativa vulnera directamente algún precepto de la Constitución, sino también cuando se desconocen mandatos imperativos resultantes de las propias sentencias del Tribunal Constitucional” (STC N.º 0006-2008-PI/TC, fundamento 44)*²¹³. Aquí pues se identifica una situación de inconstitucionalidad por omisión ocasionada por el congreso de la república al desobedecer una sentencia exhortativa vinculante del tribunal constitucional.

Ante esta situación, se desarrolla en el voto singular de la resolución, los mecanismos que reconoce la doctrina para reparar la rebeldía del legislador ante una sentencia exhortativa vinculante del Tribunal Constitucional y son los siguientes²¹⁴:

- a) Intervención del Tribunal Constitucional para sancionar el comportamiento omisivo del legislador. Esta medida consistiría en obligar

²¹³Expediente 3133-2011-PA-TC Fj 26

²¹⁴Expediente 3133-2011-PA-TC Fj 28

compulsivamente al legislador democrático a emitir la ley correspondiente en cumplimiento de la sentencia constitucional.

- b) Activación de procesos constitucionales ante el Tribunal Constitucional. Una segunda medida a tomar en cuenta es la interposición de una demanda de amparo en tutela del derecho fundamental vulnerado por la omisión legislativa, planteada en tales términos por la persona directamente afectada. En este caso, la demanda debe ser tramitada como un amparo por omisión (artículo 2º del Código Procesal Constitucional), y los efectos de la decisión sólo tendrían alcances inter partes. Ésta es, precisamente, la solución planteada por el recurrente en el caso de autos.
- c) Sanción automática del incumplimiento. Esta tercera solución, a diferencia de las anteriores, es una que se prevé directamente en la sentencia exhortativa por el Tribunal Constitucional, de modo ex ante. En tal supuesto, ante la inercia del legislador, la solución será una sola y definitiva: la inconstitucionalidad inmediata de la ley declarada como tal, y la generación de un vacío normativo.
- d) Previsión en la propia sentencia de las consecuencias de la inercia legislativa. Finalmente, si bien esta última medida se adopta igualmente de forma ex ante, difiere de la anterior en que no prevé la inconstitucionalidad inmediata de la ley, sino una solución intermedia, como la declaración de una sentencia aditiva de principio, mediante la cual se otorga la potestad al juez para que repare la omisión legislativa, o de ser el caso, el propio Tribunal Constitucional fija el régimen transitorio en caso de desobediencia a su sentencia exhortativa vinculante.

Es de verse que el proceso constitucional de amparo por omisión constituye un mecanismo que reconoce la doctrina y la jurisprudencia, para reparar la rebeldía del legislador ante una sentencia exhortativa vinculante del Tribunal Constitucional.

Según el caso concreto, se aprecia que en un primer momento el tribunal

constitucional mediante STC N.º 0030-2004-AI, de fecha 2 de diciembre de 2005, declaró inconstitucional el artículo 1º de la Ley N.º 28047 que incrementaba el criterio porcentual de aportaciones destinados al fondo de pensiones de los servidores públicos sujetos al régimen del Decreto Ley 20530, pues consideración del tribunal “además de ser desproporcionado e irrazonable, dicho criterio no respetaba los valores superiores de justicia e igualdad, que ocasionaba un perjuicio económico a las remuneraciones de los trabajadores. En tal sentido *“el Tribunal Constitucional propuso al Congreso de la República que, antes de agosto de 2006, reemplace legislativamente dicho esquema de descuento por un criterio de porcentaje de aportación escalonado, como el que se estableció en el artículo 7º del Decreto Ley 20530. Finalmente, esta sentencia concedió una vacatio sententiae al legislador con el propósito de evitar que la declaración de inconstitucionalidad deje un vacío normativo con efectos perjudiciales sobre el funcionamiento del régimen previsional regulado por el Decreto Ley 20530(...)*²¹⁵”.

No obstante, transcurrido el plazo de la vacatio sententiae sin que el Congreso de la República haya cumplido con su deber de dictar la norma legal que dije un nuevo criterio porcentual, la mencionada sentencia de inconstitucionalidad comenzó a surtir efectos desde el mes de setiembre del 2006, ocasionando así la expulsión del artículo 1º de la Ley 28047 de nuestro ordenamiento jurídico; en consecuencia *“en virtud del principio de legalidad, a partir de la mencionada fecha la Administración ya no estaba facultada para efectuar descuento alguno por dicho concepto, dado que desde entonces no existe en nuestro ordenamiento jurídico norma legal que establezca un criterio porcentual a aplicarse; no obstante, la emplazada ha venido efectuando dicho descuento en las remuneraciones del recurrente invocando*

²¹⁵ Expediente 3133-2011-PA-TC Fj 46

el artículo 1 de la Ley 28047, pese a no formar parte de nuestro ordenamiento jurídico”, es decir el proceder de la demandada es inconstitucional, pues ha realizado descuentos en la remuneración del demandante en virtud a un dispositivo legal declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional.

En ese sentido a criterio de los magistrados Eto Cruz y Mesia Ramírez, la demanda debería estimarse, es decir, declararse fundada “por haberse vulnerado, además del principio de legalidad, la autoridad de la cosa juzgada establecida en el artículo 139º, inciso 2), de la Constitución Política del Perú, en lo que se refiere a las sentencias del Tribunal Constitucional, constituyendo un abierto desacato a la STC 030-2004-AI/TC, que supone, también, una situación de rebeldía legislativa, dado que el Congreso ha incumplido su deber constitucional de legislar sobre una materia respecto de la cual este Colegiado ya se ha pronunciado, haciendo caso omiso a lo decidido, situación que ha traído consigo la vulneración del derecho a la remuneración del recurrente²¹⁶”.

He considerado de importancia este voto singular, porque a diferencia del voto en mayoría (que voto en el sentido que se revoque la resolución expedida por la Segunda Sala Mixta de Huancayo, y se ordene admitir a trámite la demanda) considero que en el presente caso se identifica una situación de inconstitucionalidad por omisión del congreso de la república de configuración jurisprudencial al no expedir en el plazo establecido un nuevo dispositivo legal ordenado según sentencia exhortativa vinculante del tribunal constitucional. A su vez, este control de inconstitucionalidad por omisión puede realizarse a través del proceso de amparo.

²¹⁶Expediente 3133-2011-PA-TC Fj 49

CAPITULO III: RESULTADOS Y DISCUSION

Al iniciar el presente capitulo es preciso tener en cuenta cuales fueron las hipótesis y las variables de la presente investigación:

✓ **HIPÓTESIS.**

“Mediante el proceso de amparo y cumplimiento por omisión inconstitucional normativa, es posible según el caso concreto, garantizar una efectiva protección y ejercicio de los derechos fundamentales de la persona”

✓ **VARIABLES.**

✓ **Variable Independiente:**

Proceso Constitucional de Amparo y Cumplimiento por omisión inconstitucional

✓ **Variable Dependiente:**

Efectiva Protección a los derechos fundamentales de la persona

1. INTERPRETACION DE LOS DATOS

Una vez analizada la jurisprudencia del tribunal constitucional peruano respecto a la inconstitucionalidad por omisión, nos ha permitido contrastar nuestra hipótesis, y hemos concluido que es parcialmente verdadera, ya que el máximo intérprete de la constitución no solo estableció que se puede establecer un control jurisdiccional de la inconstitucionalidad por omisión mediante el proceso constitucional de amparo y cumplimiento, sino que también mediante el proceso de inconstitucionalidad.

Por lo que a continuación procedemos a interpretar los datos contenidos en la presente investigación:

DEL ANALISIS DOCUMENTAL:

Del análisis documental de la presente investigación hemos determinado que si existe la posibilidad de control jurisdiccional de una situación de inconstitucionalidad por omisión.

El tribunal constitucional desde su anterior composición ya señalaba en la STC 0083-1992-PA-TC que no era imposible demandar la inconstitucionalidad por omisión legislativa proveniente de los poderes públicos, con lo cual también se acogería a la concepción amplia en el sentido de que la inconstitucionalidad por omisión no solo proviene del legislativo, sino también puede provenir del poder ejecutivo, posición a la cual nos adherimos.

Posteriormente en la STC 1956-2004-AA/TC, estableció que la inconstitucionalidad, puede ser motivada tanto por acciones como de omisiones de los poderes públicos, y queda claro que, en cualquiera de ambas hipótesis, y dentro de lo ponderable de cada caso, se impone el correctivo por medio del proceso constitucional. Tiempo después, estableció que *“ Si no fuera posible desde la jurisdicción constitucional la exigencia de determinadas acciones al legislador en sentido positivo, buena parte del modelo de garantía de los derechos no serían posibles de atender, puesto que el Estado Constitucional se sustenta no sólo en un haz de posibilidades de acción negativa por parte del Estado, sino que la naturaleza misma del Estado Social y Democrático de Derecho, importa una serie de acciones positivas sin las cuales el modelo sería incompleto. De modo que la necesidad de que los órganos judiciales puedan activar la acción de los demás poderes, no hay que buscarla necesariamente en un mandato expreso del constituyente, en la medida que se trata de un mandato más sustancial que formal y que responde a la misma esencia del modelo de reparto de atribuciones y competencias de los poderes públicos para hacer efectiva la tutela de los derechos fundamentales*²¹⁷.

Ahora, con relación a los argumentos que sustentan el control de situaciones de inconstitucionalidad por omisión, a criterio del tribunal constitucional peruano son los siguientes: a) la necesidad de reivindicar el valor normativo de la Constitución, b) la reivindicación de la naturaleza “social” del Estado constitucional, en el entendido, de que los derechos tradicionalmente

²¹⁷ STC 00006-2008-AI, Fundamento Jurídico 40

postergados o dejados al ocio del legislador son, por lo general, los derechos sociales; c) la necesidad de relacionar el poder constituyente con el poder constituido, permitiendo un desarrollo responsable de los contenidos de la Constitución; d) la naturaleza y rol actual que han asumido los Tribunales Constitucionales en su labor de defensa de lo que la Constitución ordena; y, e) La necesidad de tomar en serio las “obligaciones constitucionales”, en este caso, las que corresponden en esencia al legislador de cara a la vigencia y efectividad de los derechos fundamentales.

Es ese sentido, se admite la posibilidad de que la inconstitucionalidad por omisión pueda ser materia de control mediante los procesos constitucionales vigentes, sin que sea necesario la existencia de un proceso constitucional específico de inconstitucionalidad por omisión, en ese orden de ideas en la STC 5427-2009-PC-TC se estableció que “cuando no existe a su vez ningún otro mecanismo procesal que dé respuesta a la problemática jurídica planteada, sería tanto como denegar justicia constitucional lo cual, como ya se dijo, también está prohibido por la Constitución. Ante la aparente solución distinta que muestran dos disposiciones constitucionales (la primera que no ha previsto el control de las omisiones normativas inconstitucionales a través del proceso de cumplimiento y la segunda que obliga al juez a no dejar de impartir justicia por vacío o deficiencia de la ley) este Tribunal estima que es su deber inexcusable preferir aquella que más favorece la defensa de la Constitución, la persona y su dignidad y, por ello, aquella que mejor resguarda sus derechos fundamentales. Ello se desprende no sólo del principio de unidad de la Constitución al cual ha recurrido este Colegiado en constante jurisprudencia (STC 5854-2005-PA/TC, Caso Lizana Puelles, FJ. 37-39), sino del argumento mucho más fuerte, que se deriva del artículo 1 de la Constitución, según el cual el Estado y con él el sistema de administración de justicia, están al servicio de la persona humana y deben buscar como fin último la protección de su dignidad y no, en sentido contrario, convertirse en un obstáculo para la tutela de los derechos

fundamentales”²¹⁸. Este quizá es una de las principales interpretaciones que realiza el tribunal constitucional para conocer una situación de inconstitucionalidad por omisión, pese a la inexistencia de un proceso constitucional específico.

Esto demuestra también la posibilidad de control de la inconstitucionalidad por omisión a través de la denominada “jurisdicción constitucional de la libertad” en este caso (proceso constitucional de cumplimiento), que, si bien ha sido una decisión muy cuestionada, ya que en la misma sentencia según los fundamentos de voto de los magistrados Vergara Gotelli y Mesia Ramírez y los votos singulares de Beaumont Callirgos, Álvarez Miranda y Calle Hayen no compartieron los fundamentos jurídicos que refieren que la inconstitucionalidad por omisión puede ser objeto de control a través del proceso constitucional de cumplimiento, pues consideraron que en el ámbito constitucional como en el legal se encuentra previsto que el proceso de amparo es el mecanismo idóneo y satisfactorio para controlar la inconstitucionalidad por omisión, posición a la que nos adherimos.

También es conveniente recordar que anteriormente el proceso constitucional de amparo (STC 2945-2003-AA/TC y 2016-2004 -AA/TC) se constituyó en medio idóneo para corregir una situación de inconstitucionalidad por omisión del Estado (Ministerio de Salud) al no proveer a los demandantes de medicamentos necesarios para su tratamiento del VIH/SIDA, así como la realización de los exámenes periódicos y pruebas de CD4 y carga viral. En este proceso se verificó el caso de una omisión inconstitucional relativa, pues el artículo 6 de la Ley 26626 (Ley General de Salud) establecía que: “Toda persona con VIH/SIDA tiene derecho a la atención médica integral y a la prestación previsional que el caso requiera”, no obstante tiempo después se aprueba su reglamento (Decreto Supremo N°004-97-SA) en el cual condiciona dicho tratamiento integral solo para el caso de las madres gestantes infectadas con VIH y de los niños nacidos

²¹⁸ STC 5427-2009-PC-TC Fj 23

de madre infectada), es decir vía reglamentaria se excluyó del beneficio a varios grupos de personas infectadas de VIH, como aquellas en condición de extrema pobreza, en la cual estaba considerada la demandante, vulnerándose no solo el principio constitucional de igualdad de los demandantes sino también el derecho fundamental a la salud. No obstante, ello, el tribunal declara fundada la demanda, concediendo protección jurídica al derecho fundamental a la salud, fundamentando su decisión no solo por la afectación potencial del derecho fundamental a la vida, sino por razones de la propia legislación de la materia atendiendo a lo establecido en la Constitución de 1993, en sus artículos 7° y 9°, respecto al derecho a la protección de su salud y la responsabilidad del Estado de determinar la política nacional de salud, al igual que normar y supervisar su aplicación; teniendo en cuenta la Ley de Desarrollo Constitucional N.° 26626 que encargó al Ministerio de Salud la elaboración del Plan Nacional de Lucha contra el VIH/SIDA y las enfermedades de transmisión sexual (artículo 7° reconoce a toda persona con VIH/SIDA el derecho a la atención integral y a la prestación previsional que el caso requiera); y por último, la Ley N.° 28243, que establece la atención integral de salud es continua y permanente, indicando que la gratuidad es progresiva para el tratamiento antirretroviral, con prioridad en las personas en situaciones de vulnerabilidad y pobreza extrema como en el caso de los demandantes.

Estas sentencias de amparo (STC 2945-2003-AA/TC y 2016-2004 -AA/TC) también son interesantes porque el tribunal asume un criterio de protección de los derechos fundamentales de naturaleza social, los cuales son susceptibles de ser vulnerados por omisión de los poderes públicos, ya que requieren de medidas legislativas y/o presupuestarias para su plena efectividad, no obstante, el tribunal considera que este tipo de derechos *“no representa prestaciones específicas por sí mismas, pues dependen de la disponibilidad de medios con que cuente el Estado, lo que, sin embargo, de ninguna manera puede justificar la inacción prolongada, como se ha subrayado en los fundamentos anteriores,*

*ya que ello devendría en una omisión constitucional*²¹⁹.

Asimismo el tribunal también consideró procedente el control de situaciones de inconstitucionalidad por omisión mediante el proceso de inconstitucionalidad, tal como en un inicio lo estableciera en la paradigmática sentencia 00006-2008-AI-TC, en el cual desarrolla en sus fundamentos jurídicos de manera más extensa la doctrina de la inconstitucionalidad por omisión, señalando que *“En efecto conforme ha sido reconocido de manera creciente por la doctrina constitucional, en la situación actual de desarrollo del Derecho Procesal Constitucional, mediante el proceso de control de constitucionalidad de la ley, no sólo es posible el control de las actuaciones positivas del legislador a través de la emisión de leyes, sino que también, en muchos casos, se vuelve imperativo la vigilancia de su desidia o inacción, cuando dicha inactividad viene ordenada por imperio de la Constitución”*²²⁰; *es decir se puede demandar no solo situaciones de inconstitucionalidad por acción sino también por omisión, precisando que dada la naturaleza del proceso de inconstitucionalidad, sólo cabría controlar las omisiones de carácter normativo (con rango de ley), ya que, según la Constitución, “La Acción de inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley (...)” (artículo 200.4), el control de una omisión a través de este tipo de proceso parte de la impugnación de una norma concreta (norma con rango de ley, emitida por la entidad competente), que, a juicio de un accionante, no respeta la obligación total impuesta por el poder constituyente*²²¹.

Tal criterio lo ha sostenido el tribunal constitucional en las Sentencias 0014-2007-PI-TC; 019-2012-PI-TC; 020-2012-PI/TC; 021-2012-PI/TC; 00013-2014-PI/TC.

Ahora con relación a si las sentencias que resuelven una situación de inconstitucionalidad por omisión (ya sea exhortativa o aditiva) vulneran o no el

²¹⁹ Expediente N° 2016-2004-AA/TC. Fj. 48.

²²⁰ STC N° 00006-2008-AI/TC Fj. 36

²²¹ STC Nro. 00013-2014-PI/TC Fj 23

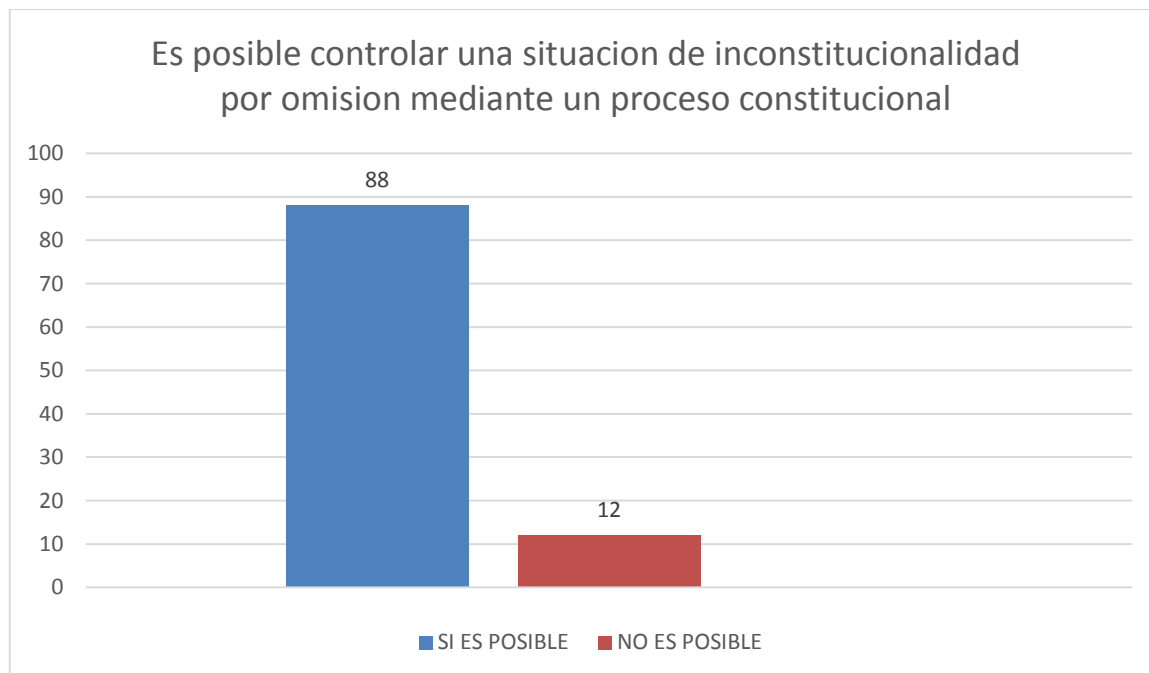
principio de división de poderes, es comprensible la difícil tarea que debe enfrentar un juez constitucional, donde es necesario establecer los alcances de sus funciones, así el tribunal ha establecido que el principio de división de poderes *“se complementa con el principio de colaboración de los poderes del Estado, permitiendo que también los jueces participen de la labor de creación de normas a través de sus interpretaciones o, en otros supuestos, activando la acción legislativa en determinado sentido a efectos de lograr desarrollos compatibles con la real vigencia de los derechos fundamentales. En este marco, el control de las omisiones del legislador se corresponde con una tesis básica respecto del valor de la Constitución como marco, pero también como orden fundamental”*²²². Sobre el particular es posible sostener que un juez constitucional no solo puede ejercer control constitucional sobre una omisión del legislador o de cualquier otro órgano del estado, sin que pueda colisionar con el principio de división de poderes (entendido como “colaboración de poderes”), sino que también ante la omisión normativa, pueda crear el derecho ya sea a través de sus interpretaciones, siempre que garantice la vigencia de los derechos fundamentales.

²²²Expediente 00006-2008-AI, Fj 38.

ENCUESTA Nro. 1

Se realizó la encuesta a 100 abogados, entre litigantes, jueces y fiscales, quienes respondieron las siguientes preguntas:

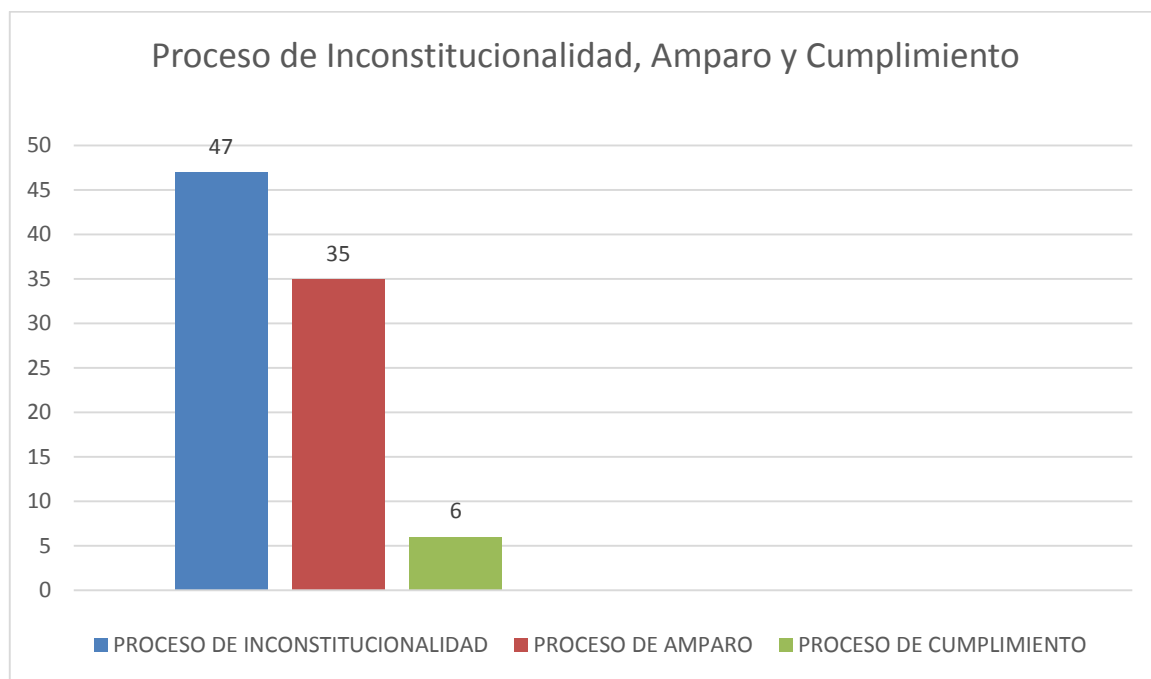
1.- ¿Es posible mediante un proceso constitucional controlar jurisdiccionalmente una situación de inconstitucionalidad por omisión?



Se puede apreciar que 88 abogados indicaron que mediante un proceso constitucional es posible controlar jurisdiccionalmente una situación de inconstitucionalidad por omisión, mientras 12 de ellos indicaron que no es posible dicho control, ya que no se encuentra positivizado como proceso constitucional específico en nuestra Constitución y Código Procesal Constitucional, así también indicaron que el control constitucional es solo sobre inconstitucionalidad por acción.

ENCUESTA Nro. 2

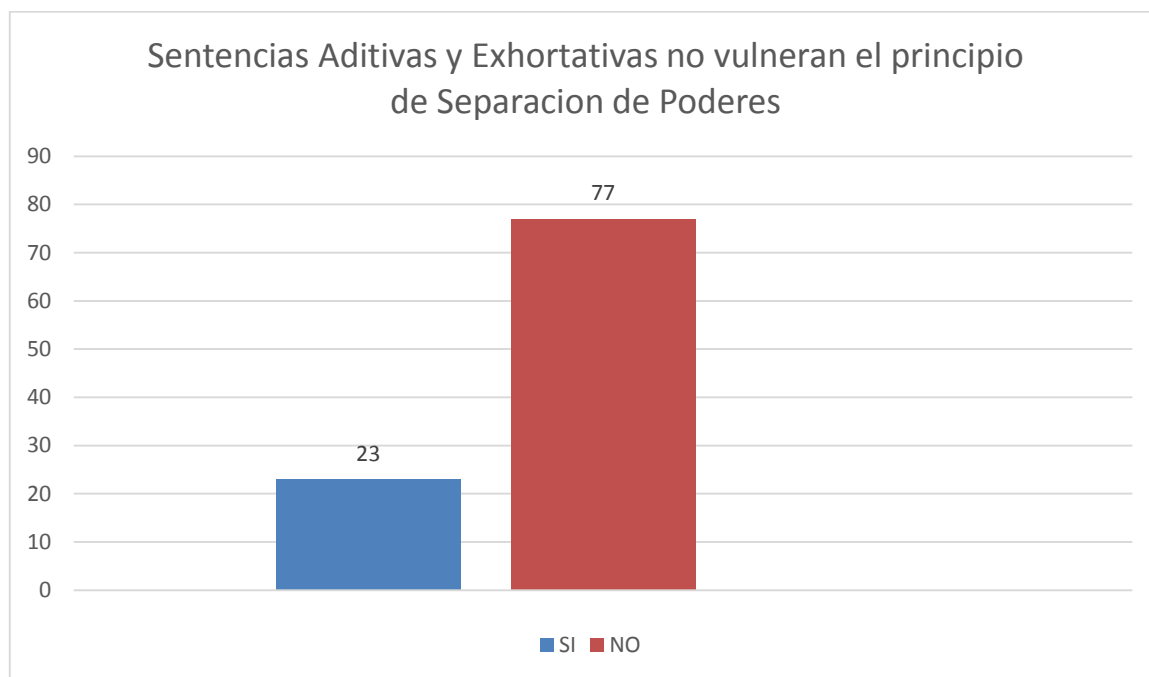
2.- ¿Mediante qué proceso constitucional se podría controlar una situación de inconstitucionalidad por omisión?



Se puede apreciar que 47 abogados respondieron que el Proceso Constitucional de Inconstitucionalidad es el idóneo para controlar una situación de inconstitucionalidad por omisión, sin embargo 35 consideraron al proceso constitucional de Amparo, mientras que 6 abogados señalaron al proceso de cumplimiento.

ENCUESTA Nro. 3

3.- ¿La tipología de una sentencia que resuelve una situación de inconstitucionalidad ya sea “aditiva” o “exhortativa” podría vulnerar el principio de separación de poderes?



Se puede apreciar que 77 abogados consideran que las sentencias interpretativas aditivas y exhortativas no vulneran el principio de separación de poderes. Por su parte 23 de ellos, consideran que, si vulneran el principio de separación de poderes, al invadir funciones legislativas y además señalan que el propio tribunal constitucional muchas veces comete excesos respecto a sus sentencias.

CONCLUSIONES

1.- Si bien en nuestra Constitución Política del Perú y Código Procesal Constitucional no se encuentra regulado el proceso de inconstitucionalidad por omisión, sin embargo a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha establecido que a través del proceso constitucional de amparo, cumplimiento y de inconstitucionalidad, según el caso en concreto, es posible controlar situaciones de inconstitucionalidad por omisión, garantizando una protección efectiva de los derechos fundamentales que se vean vulnerados a consecuencia de ello.

2.- La tendencia jurisprudencial del Tribunal Constitucional Peruano, así como la jurisprudencia comparada, es que el fundamento jurídico del control de la inconstitucionalidad por omisión se basa principalmente en tres argumentos: i) Supremacía de la Constitución; ii) Reconocimiento de la Fuerza Normativa de la Constitución; iii) Naturaleza social del Estado Constitucional.

3.- La tipología de una sentencia que resuelve una situación de inconstitucionalidad por omisión (ya sea aditiva o exhortativa), no vulnera el principio de separación de poderes, pues el principio de división de poderes se complementa con el principio de colaboración de los poderes del Estado, permitiendo que también los jueces participen de la labor de creación de normas a través de sus interpretaciones o, en otros supuestos, activando la acción legislativa para garantizar la vigencia de los derechos fundamentales.

4.- La forma como se resuelve una sentencia que declara una situación de inconstitucionalidad por omisión puede darse de dos maneras, dependiendo siempre del caso en concreto: i) La declaración de inconstitucionalidad de la omisión y la integración normativa por parte del órgano jurisdiccional; ii) La declaración de inconstitucionalidad de la omisión y la exhortación al órgano de producción normativa a corregir la situación inconstitucional dentro de un plazo razonable. En caso de persistir la omisión, el tribunal estará habilitado para establecer a modo de interpretación los lineamientos generales de aplicación provisional para que cese dicha situación inconstitucional.

RECOMENDACIONES

1. El juez de constitucional al calificar la demanda deberá tener en cuenta los presupuestos que configuran una situación de inconstitucionalidad por omisión, los cuales deben ser principalmente: i) Que la infracción constitucional sea producto de la omisión del poder legislativo o ejecutivo; ii) Que exista un mandato concreto explícito o implícito de la norma constitucional; iii) que haya transcurrido un plazo razonable sin que se haya regulado la omisión demandada; iv) Que se haya producido el resultado inconstitucional: la vulneración de un derecho fundamental.
2. Los jueces de todas las instancias del Poder Judicial, deberían aplicar la doctrina jurisprudencial que el Tribunal Constitucional ha ido desarrollando cuando se presente un caso concreto de Inconstitucionalidad por Omisión, ya que de esta forma estaremos otorgando una tutela más rápida y efectiva ante un supuesto de vulneración de derechos fundamentales y no esperar que después de un par de años el caso recién llegue al Tribunal Constitucional con la posibilidad de que el derecho vulnerado se haya convertido en irreparable.
3. Si bien constitucionalmente el Estado peruano se organiza bajo el principio de Separación de Poderes, es necesario que también exista Colaboración de Poderes, con el fin de proteger los derechos fundamentales de la persona, es decir, ante cualquier exhortación del Juez o Tribunal Constitucional al Poder Legislativo o Ejecutivo de expedir una ley, ó reglamento, se debe dar cumplimiento a lo ordenado, sin objeción alguna y en el breve plazo posible.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

- ABAD YUPANQUI, Samuel. Constitución y Procesos Constitucionales. Lima. Palestra Editores, 2006.
- ASTETE VIRHUEZ, Jorge. El Poder Neutro. Teoría del Equilibrio de Poderes. 2da Edición, Lima, 2009.
- BAZAN Víctor. Control de las Omisiones Inconstitucionales e Inconvencionales. Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos. 1era Edición. Bogotá. Diciembre de 2014.
- BAZÁN, Víctor “Hacia la Plena Exigibilidad de los Preceptos Constitucionales: el Control de las Omisiones Inconstitucionales. Especial referencia a los casos de Brasil y Argentina”. Editorial TEMIS, Bogotá, 1997.
- BAZÁN, Víctor, En torno al control sobre las inconstitucionalidades e inconvencionalidades omisivas, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Editorial Konrad-Adenauer Stiftung, Montevideo, 2010.
- BÁEZ SILVA, Carlos, La inconstitucionalidad por omisión legislativa en México, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional (IMDPC), Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, No. 27. México, 2009.
- BIDART CAMPOS, Germán. “La justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión”, Anuario Jurídico, UNAM, Numero VI, México.1979.

- BUSTOS RAMIREZ, Juan, Obras Completas, Tomo I. Ara Editores, Lima, 2005.
- CARPIO MARCOS, Edgar y ETO CRUZ, Gerardo, El control de las omisiones inconstitucionales e ilegales en el derecho comparado, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política S.C (Fundap), Colección Constitucionalismo y Derecho Público, México, 2004.
- CASAL H., Jesús M., “La protección de la Constitución frente a las omisiones legislativas”, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Montevideo, Honrad Adenauer Stiftung, Uruguay, 2003.
- CASTRO PATIÑO, Iván, 2003, “La Inconstitucionalidad por omisión: Una reforma Necesaria en la Constitución Ecuatoriana”, Tesis Doctoral, Guayaquil, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Sociales y Políticas”.
- DIAZ REVORIO, Francisco Javier. El Control de Constitucionalidad de las Omisiones Legislativas Relativas en el Derecho Comparado Europeo. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 21. Núm. 61. Enero-Abril 2001.
- ETO CRUZ, Gerardo. “La inconstitucionalidad por omisión. Doctrina Constitucional.” Editorial Trujillo. Perú, año 1992.
- ETO CRUZ Gerardo. “Treinta años de Jurisdicción constitucional en el Perú”. Centro de Estudios Constitucionales. Tomo II. Primera Edición, Junio 2014. Lima.

- FERRAJOLI, Luigi, “Más allá de la soberanía y la ciudadanía: Un constitucionalismo global”, en Carbonell, Miguel (Comp), Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos, 2da. Ed, México, 2002.
- GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional. Editorial Civitas, Madrid. 1981.
- GARCIA TOMA, Víctor. Teoría del Estado y Derecho Constitucional. Segunda Edición. Palestra. Lima, 2008.
- GÓMEZ VÁSQUEZ, Mateo, 2013, Omisiones Legislativas Absolutas y Limites Intrínsecos del Control de Constitucionalidad. Tesis de Grado para obtener el título de abogado, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, “La Inconstitucionalidad por Omisión. Teoría General. Derecho Comparado. El Caso Español.” Editorial Civitas, Madrid 1998.
- FERNANDEZ RODRIGUEZ, José Julio. “Aproximación al Concepto de Omisión Legislativa”. En “En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión”. Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, Segunda edición, México, 2007.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: “La Inconstitucionalidad por Omisión: ¿Cauce de Tutela de los Derechos de Naturaleza socio económico?”. Ensayo publicado en la obra conjunta “Inconstitucionalidad por Omisión” bajo la coordinación de Víctor Bazán, Editorial Temis, Bogotá, 1997.

- GOMEZ SANCHEZ TORREALVA, Francisco. Tutela del proceso de cumplimiento frente a la inconstitucionalidad por omisión. Gaceta Constitucional. Lima, 2011.
- HERNÁNDEZ VALLE, Rubén, “Los derechos prestacionales”, en Palomino, José y Remotti, José Carlos (coords), Derechos Humanos y Constitución en Iberoamérica (Libro Homenaje a Germán J. Bidart Campos), Editorial Grijley, Perú, 2002.
- MONCADA PEREZ, Himara, 2011, “El Proceso de Control de la Constitucionalidad de las Omisiones Legislativas inconstitucionales en Venezuela”, Tesis de Grado para optar el título de especialista en Derecho Procesal Constitucional. Caracas, Universidad Monteavila, Coordinación de Estudios de Postgrado.
- MORON URBINA, Juan Carlos. La Omisión Legislativa como un caso de inconstitucionalidad. Revista Jurídica del Perú. Lima, 1988.
- MORON URBINA, Juan Carlos, La omisión legislativa inconstitucional y su tratamiento jurídico”, Revista Peruana de Derecho Constitucional N° 1, Lima, 1999
- SÁENZ DÁVALOS, Luis. La protección procesal de los derechos constitucionales programáticos. Normas Legales, Trujillo, 2006.
- SÁENZ DÁVALOS, Luis. "La protección procesal de los derechos constitucionales programáticos". Material de Estudios del Diplomado en Derecho Constitucional y Derechos Humanos. Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, Lambayeque, 2007.

- SAGÚES, Néstor Pedro, “Elemento de Derecho Constitucional”, Editorial Astrea. Buenos Aires 1999.
- OCONITRILLO FONSECA, David, 2013, La acción de Inconstitucionalidad por Omisión en Costa Rica. Tesis para optar por el grado de licenciatura en Derecho. San José de Costa Rica, Universidad de Costa Rica. San José, Facultad de Derecho.
- RANGEL HERNÁNDEZ, Laura M, Inconstitucionalidad por omisión legislativa, Teoría general y su control jurisdiccional en México, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional (IMDPC), Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, Nro.33 México, 2009.
- RANGEL HERNANDEZ, Laura, El control de las omisiones legislativas en México. Una invitación a la reflexión”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coords.), La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho, 1ª Ed., Tomo VIII: Procesos constitucionales orgánicos, México, 2008.
- SANTOS FLORES, Israel, 2010, Omisión Legislativa en materia Fiscal. El caso México. Tesis para optar el grado de Licenciado en Derecho. Universidad Nacional Autónoma de México DF, Facultad de Derecho.
- TITO PUCA, Yolanda Soledad. Guía para reconocer un verdadero criterio vinculante del Tribunal Constitucional. Gaceta Jurídica. Primera Edición, Diciembre, 2011, Lima.

- TORRES MONTOYA, Fernando. "Los derechos económicos, sociales y culturales y la zona gris de los Derechos Humanos". En: Actualidad Jurídica. Nº 139. Gaceta Jurídica S.A. Lima, junio de 2005
- VILLAYERDE MENÉNDEZ, Ignacio, "La inconstitucionalidad por Omisión. De los silencios legislativos", Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario, Número 8, Madrid-España, 1996.
- VILLAYERDE, Ignacio, La inconstitucionalidad por omisión, Un nuevo reto para la justicia constitucional, En; CARBONELL, Miguel (Coord.) En busca de las normas ausentes: Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión, 2da edición, UNAM, México, 2007.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, "La Constitución y sus normas", en Carbonell, Miguel (comp.), Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos, 2ª ed., México, Porrúa, 2002.

ANEXOS

ENCUESTA SOBRE EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISION

Instrucciones:

Marque con una (x) la respuesta que considere correcta.

1.- ¿Es posible mediante un proceso constitucional controlar jurisdiccionalmente una situación de inconstitucionalidad por omisión?

a) Si

b) No

Solo en caso de haber marcado la alternativa a) responder la pregunta 2:

2.- ¿Mediante qué proceso constitucional se podría controlar una situación de inconstitucionalidad por omisión?

a) Proceso de Habeas Corpus

b) Proceso de Amparo

c) Proceso de Cumplimiento

d) Proceso de Inconstitucionalidad

e) Otro:

.....

3.- ¿La tipología de una sentencia que resuelve una situación de inconstitucionalidad ya sea “aditiva” o “exhortativa” podría vulnerar el principio de separación de poderes?

a) Si vulnera

b) No vulnera

Gracias por su tiempo.