

El Control de las Omisiones Inconstitucionales por el Tribunal Constitucional Peruano: Reflexiones en Torno a una Sentencia

Mauro Alejandro Rivas Alva*

«En el presente artículo, el autor trata de mostrarnos, de manera clara y didáctica, una visión general sobre la forma en que se ha venido estudiando el tema de la inconstitucionalidad de los silencios legislativos; para luego introducir y analizar el mencionado tema en el ordenamiento peruano, basándose en la interesante resolución N° 0006-2008-PI/TC».

I. Introducción

No cabe duda que la labor interpretativa del juez constitucional es uno de los temas que ha despertado mayor interés en la doctrina nacional en los últimos años. Dicho interés no es en lo absoluto de extrañar, si se considera el protagonismo que en nuestro país ha venido adquiriendo el Tribunal Constitucional en razón de sus pronunciamientos. Y es que la labor interpretativa de nuestro Tribunal, cuyo sustento se haya tanto en la teoría constitucional (amplias atribuciones que la doctrina, la jurisprudencia y la legislación nacional y comparada le reconocen, quedando como obsoleta la clásica idea del legislador negativo), como en su misma práctica jurisprudencial (a través de un desempeño que podemos calificar de «innovador» y «activista»), parece haber encontrado aval no sólo para el desarrollo y fortalecimiento de las instituciones democráticas y de los derechos fundamentales, sino también para irrogarse facultades que a primera vista exceden el marco establecido por la Constitución y las leyes, colocándose así en el paradójico centro de críticas y elogios.

A nuestro juicio, toda labor científica que se aboque a la tarea de investigar el método, alcances y límites de la interpretación constitucional, no puede ignorar su inserción dentro del nuevo paradigma que desde finales del siglo XX viene erigiendo las bases del Estado Constitucional. Así pues, independien-

temente del calificativo que le asignemos (Derecho dúctil, post-positivismo, neoconstitucionalismo), lo cierto es que la propia naturaleza del derecho constitucional, esto es, un derecho de principios que nos proporciona «*criterios de tomar posición ante situaciones concretas pero que a priori parecen indeterminadas*»¹, exige del investigador jurídico hallar soluciones equilibradas, guardándose del anquilosado sesgo positivista que corre el riesgo de encarcelar la realidad en la letra de la ley y el peligro de un principalismo que, con la excusa de salvaguardar la realidad, pueda estar emparentado con la arbitrariedad.

Tal es el reto que se nos presenta al hablar de una institución como la inconstitucionalidad por omisión. Según veremos, los caminos que el intérprete constitucional puede tomar con relación a los mecanismos para el control de las omisiones inconstitucionales son muy variados, lo que exige de nosotros una posición equilibrada que atienda a la realidad de nuestro ordenamiento, pero que no por ello deje de lado los aportes de la doctrina y el derecho comparado. El fallo del Tribunal Constitucional (en adelante TC), recaído en el expediente N° 0006-2008-PI/TC, ha sentado los perfiles para el control de tales omisiones en nuestro país, pronunciamiento que será objeto de nuestro análisis, con el objeto de analizar su viabilidad en nuestro ordenamiento.

* «Alumno de pre grado de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asesor del Equipo de Derecho Constitucional de la Asociación Civil». Taller de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ganador del Concurso de Artículos de Investigación Jurídica 2009.

1 Zagrebelsky, Gustavo. El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia. Editorial Trotta, 1999. p. 110.

II. El Pronunciamiento del Tribunal Constitucional con Relación a la Inconstitucionalidad por Omisión

La sentencia a la que aludimos, versa sobre el proceso de inconstitucionalidad promovido por el Presidente de la República contra los artículos 1º y 2º de la Ordenanza Regional N° 022-2007-GRP, emitida por el Gobierno Regional de Puno. Dicha ordenanza, reconocía a la planta de coca como patrimonio cultural de la nación, estableciendo toda una política destinada a su cultivo, protección e industrialización.

Como se desprende de los alegatos reseñados en la sentencia, la controversia gravitaba en torno a determinar si la declaratoria de la planta de coca como patrimonio cultural de la nación, así como el diseño de políticas sectoriales para su promoción e industrialización, excedían las competencias asignadas por la Constitución a los Gobiernos Regionales.

Si bien el TC desarrolla diversos tópicos con relación a la cuestión de fondo (los cuales nos abstenemos de mencionar), el alto Tribunal considera oportuno y necesario para la solución del caso aludir al fundamento, concepto y tipología de las omisiones del legislador que pueden ser controladas en el proceso de inconstitucionalidad (FJ 35-44). El nexo que existe entre la controversia suscitada por determinar la competencia correspondiente a cada nivel de gobierno y la viabilidad del control constitucional de las omisiones del legislador no es evidente ni directo, sino que es a propósito del control constitucional de la Ordenanza, que el TC advierte una ausencia de regulación que a su juicio vulnera el derecho a la identidad cultural de aquellas comunidades que otorgan a la hoja de coca un uso cultural.

Siendo esto así, el TC concluye que, en el presente caso, el legislador habría incurrido en un supuesto de «omisión legislativa de configuración jurisprudencial» (FJ 46), al haber hecho caso omiso de la exhortación que hiciera en su sentencia anterior (STC N° 0020-2005-PI/TC y 0021-2005-PI/TC (acumulados)), en la que se le exhortó a declarar a la hoja de coca como patrimonio cultural de la nación. Ello, llevaría al supremo intérprete de la Constitución a afirmar que:

«(...) si la inacción del órgano competente continúa y para evitar Ordenanzas masivas que declaren a la hoja

*de coca como patrimonio cultural, el Tribunal Constitucional como máximo intérprete de la Constitución tendría, irremediablemente, que analizar la viabilidad de considerar patrimonio cultural a la hoja de coca en relación con la Convención de 1961, desarrollando los motivos, impedimentos, o concordancias existentes en aplicación de la inconstitucionalidad por omisión **realizando un desarrollo constitucional expreso**» (FJ 54; énfasis añadido).*

III. Autonomía Procesal del Tribunal Constitucional e Inconstitucionalidad por Omisión

A nuestro parecer, la forma en que el TC ha definido y perfilado los alcances del control de las omisiones inconstitucionales no sólo conlleva, según veremos, ciertos problemas teóricos, además de incurrir en algunas contradicciones, sino que, lo que a primera vista resulta cuestionable, es la ausencia de normas constitucionales y/o legales que permitan que el TC pueda realizar un «desarrollo constitucional expreso» amparándose en el control de las omisiones inconstitucionales, lo que parece ir más allá de lo prescrito por el texto constitucional, dado que éste hace única alusión al control de inconstitucionalidad de las leyes (Arts. 200.4 y 204 de la Const.).

Empero, no resultaría la primera vez en que el TC innova el ordenamiento jurídico con una nueva institución procesal². Es precisamente esta función innovadora la que le ha traído ciertas desavenencias con el legislador, a lo que se ha sumado la crítica por parte de cierto sector de la doctrina nacional con relación a la denominada «autonomía procesal» del Tribunal Constitucional, concepto del que se ha servido el TC para justificar su labor creadora en lo que atañe a los procesos constitucionales³.

Quienes abogan por la «autonomía procesal» del TC, sostienen la posibilidad de que el TC *«tenga la posibilidad de desarrollar o reconstruir las normas constitucionales, sustantivas o procesales, objeto de aplicación, cuando los métodos tradicionales de interpretación e integración del derecho se demuestren insuficientes para llevar a cabo las tareas que les son propias»*⁴. Sin embargo, la crítica viene dada con razón, cuando dicha autonomía se malentende como una patente de corso para que el TC ejerza una libérrima actividad cuasi-legislativa (yendo en contra de la separación de poderes), sin tomar en cuenta las bases teóricas del derecho procesal;

2 Traemos a colación, sólo por citar algunos ejemplos, la elaboración de una tipología de sentencias (STC N° 010-2002-AI/TC y N° 004-2004-CC/TC), la declaración de un «estado de cosas inconstitucional» (STC 3149-2004-AC/TC), la ampliación de los supuestos para interponer el recurso de agravio constitucional (STC N° 4853-2004-PA/TC), los alcances de la cosa juzgada constitucional (STC N° 006-2006-CC/TC), etc.

3 STC N° 020-2005-PI/TC, FJ 2 y STC N° 02877-2005-HC/TC, FJ 22.

4 Landa Arroyo, César. Autonomía procesal del Tribunal Constitucional. En: Justicia Constitucional, Revista de Jurisprudencia y Doctrina, Año II, N° 4, Lima, 2006. p. 10. La autonomía Procesal también es defendida por: Haberle, Peter. El Derecho Procesal Constitucional como derecho constitucional concreto frente a la judicatura del tribunal Constitucional. En: Pensamiento Constitucional, N° 8, Año VIII, MDC-PUCP, 2001. pp. 25-29 y por Rodríguez Patrón, Patricia. La «autonomía procesal» del tribunal Constitucional. Madrid: Civitas, 2003.

ejemplo de ello son aquellos pronunciamientos del TC en que, creando normas procesales, éstas no respetan los límites autoimpuestos por el mismo Tribunal, entran en conflicto con otros principios constitucionales⁵ o cuando dicha creación resulta innecesaria⁶.

Lejos de querer ahondar en los pormenores de esta discusión, nosotros consideramos que es posible hablar de una «autonomía procesal» del TC, siempre y cuando dicha autonomía interpretativa se entienda como un rol subsidiario con relación a las normas procesales y los métodos tradicionales de interpretación e integración de las normas infraconstitucionales. De manera que, no es descabellado referirse a un «derecho procesal constitucional como derecho constitucional concretizado», aplicable siempre que los métodos tradicionales de interpretación del derecho resultan insuficientes.

“nosotros consideramos que es posible hablar de una «autonomía procesal» del TC, siempre y cuando dicha autonomía interpretativa se entienda como un rol subsidiario con relación a las normas procesales y los métodos tradicionales de interpretación e integración de las normas infraconstitucionales”

Como vemos, no hay impedimento para adoptar una tesis que supere los «demonios del lenguaje» (nos referimos al término «autonomía procesal»). Siendo un principio básico del derecho procesal el que *«cada tipo de proceso, adquiere sus propios matices en base al derecho diferenciado que debe ser aplicado para decidirlo»*, entonces no es difícil percatarse que *«el derecho constitucional es un derecho que se caracteriza por las altas dosis de indeterminación y vaguedad de*

*su lenguaje, si es un derecho en constante tensión entre lo normativo y lo fáctico, y si tiene que mediar entre las exigencias del derecho y las necesidades de la política, es sumamente improbable que dichas manifestaciones dejen de trasladarse al proceso constitucional»*⁷.

La importancia práctica de una discusión como la señalada estriba en la construcción de la legitimidad del supremo intérprete de la Constitución (en especial para con el legislador). Y es que la ausencia de criterios, la debilidad de la argumentación, y la falta de respeto a los límites autoimpuestos por el propio TC merman dicha legitimidad, la cual es sumamente necesaria para garantizar que las sentencias del TC sean debidamente acatadas y seriamente tomadas en cuenta por los poderes públicos.

La justificación para el control de la inconstitucionalidad por omisión exige, pues, tomar en cuenta la construcción de dicha legitimidad, no sólo a través de fundamentos jurídicos sólidos, sino tomando en cuenta también aquéllos factores extra jurídicos (como la política o las condiciones económicas), los que a su vez constituyen un importante parámetro que permitirá definir la forma y los alcances en que debe operar el control de dichas omisiones.

IV. El Concepto de Inconstitucionalidad por Omisión

1. De una Teoría General de las Omisiones Inconstitucionales a una Teoría Particular Propia del Ordenamiento Peruano

Mucho se ha escrito sobre la inconstitucionalidad por omisión. De la extensa bibliografía dedicada al tema, pueden hallarse trabajos que podríamos denominar «clásicos», dirigidos a sentar las bases de una teoría general de las omisiones inconstitucionales⁸.

Este acervo intelectual nos provee los insumos necesarios a fin precisar la noción de «silencio legislativo». Según veremos, la doctrina, la jurisprudencia y el derecho comparado nos ofrecen

5 Tal parece ser el caso de la forma en que el TC concibió la cosa juzgada constitucional en su STC N° 0006-2006-CC/TC, que aparentemente entraría en conflicto con el principio de independencia judicial. Una crítica al respecto puede hallarse en los comentarios realizados por el profesor Juan Monroy Gálvez y también en Ariano, Eugenia: «Precedentes vinculantes y pirámide normativa. Los frenesíes de poder del Tribunal Constitucional», en *Diálogo con la Jurisprudencia* n.º 96. Lima: Gaceta Jurídica, setiembre del 2006, pp. 75-90.

6 Tal era el caso de la creación del «participe» como nuevo sujeto procesal en los procesos de inconstitucionalidad. En opinión de Samuel Abad: *«si la intención del TC era contar con una tesis interpretativa que pudieran aportar tanto el CNM como la AMAG, resultaba suficiente con aplicar el artículo 119 del Código procesal Constitucional y, tal como lo había hecho en otras ocasiones, solicitar un informe escrito a tales instituciones. Es decir, si existía una norma que el TC podía utilizar para cumplir con su interés de contar con una «tesis interpretativa» aportada por dos instituciones del Estado»*. Abad Yupanqui, Samuel. La creación jurisprudencial de normas procesales: la «autonomía procesal» del Tribunal Constitucional. Un análisis preliminar. En: Palestra del Tribunal Constitucional. Año 3, N° 06, junio 2008, p. 147.

7 Astudillo, César. Doce tesis sobre Derecho procesal constitucional. Justicia Constitucional. Revista de Jurisprudencia y doctrina, N° 4, Lima, Palestra editores, 2007. p. 13.

8 Nos referimos a las obras de Fernández Rodríguez, José Julio. La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho comparado. El caso español. Civitas, 1998; Villaverde Menéndez, Ignacio. La inconstitucionalidad por omisión, Madrid: Mac-Graw-Hill, 1997; Gómez Puente, Marcos. La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control. Madrid: McGraw-Hill, 1997.

muchos caminos a elegir, pero la particularidad de nuestra realidad (que engloba no sólo aspectos jurídicos, sino también, como dijéramos, factores extrajurídicos) será tomada en cuenta para arribar a un concepto que, sin dejar de compartir los rasgos esenciales con esta «teoría general», resulte también aplicable a nuestro ordenamiento.

2. Elementos que Componen el Concepto de «Inconstitucionalidad por Omisión»

2.1 La idea de «Omisión Inconstitucional»

2.1.1 Naturaleza de la Omisión

Si bien es cierto que bajo la nomenclatura «omisión inconstitucional» es posible conceptualizar toda inactividad por parte de los poderes públicos que derive en una situación incompatible con la Constitución⁹ (y que sería pasible de ser controlada por procesos constitucionales distintos al de inconstitucionalidad, como es el caso del amparo, el cual procede frente a las omisiones vulneradores de derechos fundamentales), es pacífico en la doctrina que dicha terminología sea específicamente empleada para referirse a aquellas situaciones inconstitucionales que se generan a partir de la *inactividad legislativa* de los poderes públicos.

Pero los silencios legislativos pueden incurrir en incompatibilidad constitucional de diversas maneras, de ahí que sean dos las tesis que pretendan conceptualizar la «omisión inconstitucional» desde distintas perspectivas.

Por un lado, una primera tesis denominada «obligacionista», señala que la omisión inconstitucional surge a causa del incumplimiento de un mandato constitucional a legislar. Para esta teoría, la desobediencia al mandato, que puede extraerse a partir de la formulación del propio texto constitucional, resulta esencial para que pueda decirse que se incurre en omisión¹⁰. Por ello: «*En sentido jurídico-constitucional, «omisión» significa no hacer aquello a lo que, «de forma concreta» se estaba constitucionalmente obligado»*¹¹. En otras palabras, la omisión inconstitucional presupone la existencia de

una obligación constitucional, formulada a través de un «mandato» o «encargo a legislar», el cual es incumplido mediante la inactividad del órgano obligado.

Por otro lado, una segunda tesis que, por oposición, podríamos denominar «no obligacionista», señala que «*sólo aquellos silencios que provoquen situaciones jurídicas contrarias a la Constitución pueden y deben ser declarados omisiones inconstitucionales*»¹². Aquí no resulta relevante la existencia de un mandato a legislar, la inconstitucionalidad no se deriva del hecho de no acatar el concreto encargo a legislar establecido en la cláusula constitucional, sino si la situación derivada de su inactividad legislativa, crea o mantiene situaciones jurídicas contrarias a la Constitución¹³.

Para esta teoría, el riesgo de asumir la tesis obligacionista es concebir al Legislativo como mero ejecutor de la Constitución (antes que como intérprete), cayéndose en el error de controlar su *actividad* -afectando con ello, según se afirma, su *facultad* de legislar, lo que constituye una atribución eminentemente política, de la que el TC no puede erigirse en contralor¹⁴-, y no las *consecuencias* inconstitucionales que se derivan de ella.

La consecuencia directa de adoptar una u otra teoría se revelaría especialmente en el control de las omisiones absolutas (que consisten en la ausencia total de reglamentación de una norma constitucional). Así, en caso se asuma la postura «no obligacionista», se llegará a la conclusión de que «*tras la inconstitucionalidad por omisión absoluta no se esconde más que una interpretación judicial de una situación jurídica respecto de la que no hay norma legal alguna específica sobre la materia, incluso es posible que no haya norma alguna sobre el particular, y sin embargo, deba fijar la regla concreta que la rija. De este modo, tras los silencios del legislador no hay más que un problema de interpretación-integración judicial del ordenamiento jurídico*»¹⁵. Mientras que, de seguirse una tesis «obligacionista», se buscaría hallar mecanismos que vayan más allá de los métodos interpretativos o instituciones procesales de los que se vale tradicionalmente la justicia constitucional¹⁶.

9 Para una sencilla y breve clasificación de las omisiones inconstitucionales en los poderes del Estado, véase: Pedro Sagüés, Néstor. Elementos de Derecho Constitucional Tomo I. Astrea, 1993. Págs. 94-96.

10 Tal es la tesis seguida por Gómez Puente y Fernández Rodríguez, entre otros: «La inconstitucionalidad por omisión la conceptualizamos 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*». Fernández Rodríguez, José Julio. *Ibidem* p. 81.

11 Tajadura Tejada, Javier. La inconstitucionalidad por omisión y los derechos sociales. En: En Busca de las Normas Ausentes. Carbonell, Miguel (coordinador). Formato PDF. Disponible en Internet en: <http://info5.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=544>, p. 290.

12 Villaverde Menéndez, Ignacio. La inconstitucionalidad por omisión, un nuevo reto para la justicia constitucional. En: En Busca de las Normas Ausentes. Carbonell, Miguel (coordinador). Formato PDF. Disponible en Internet en: <http://info5.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=544> p. 66.

13 Tesis defendida por Ignacio Villaverde Menéndez en su libro «La inconstitucionalidad por omisión». Madrid. MacGraw-Hill, 1997.

14 Báez Silva, Carlos. La omisión legislativa y su inconstitucionalidad en México. Formato PDF. Disponible en Internet en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/105/art/art1.htm>

15 Villaverde Menéndez, Ignacio. La inconstitucionalidad por omisión, un nuevo reto... *Ibidem*. p. 80.

16 *Ibidem*. Op.Cit. p. 78.

Al respecto, nosotros creemos en la conveniencia de adoptar una tesis obligacionista. En primer lugar, si bien es cierto que la fijación por controlar la *actividad* legislativa podría llevar al TC a una invasión en el terreno de la política (lo que dependería del *self-restraint* del Tribunal) o, por otro lado, haría pensar en la adopción de instituciones de discutible aplicación en nuestro país (como lo es la existencia de un «derecho a la legislación» o la denominada «responsabilidad del Estado legislador», que parecerían agudizar más las tensiones entre el TC y el legislador), no debe menospreciarse el hecho de que, en ocasiones, no bastaría recurrir a los simples métodos de integración o a la analogía para superar una situación jurídica inconstitucional, sino que se requeriría, indefectiblemente, la intervención del órgano legislativo, técnicamente mejor capacitado para dotar de eficacia plena a la Constitución, como por ejemplo en el caso de un derecho prestacional¹⁷. Si fuere ese el caso, el principio de supremacía normativa de la Constitución se desvirtuaría, no pudiéndose hacer nada, pese a los efectos perversos que derivarían del silencio legislativo.

En segundo lugar, porque, si lo que se teme es que el TC vaya más allá de sus facultades interpretativas para irrogarse facultades legislativas, ello tampoco se asegura mediante una tesis no obligacionista, pues a final de cuentas es el TC el que definirá lo ordenado por la Constitución, siempre existiendo la posibilidad de que no discierna el límite entre lo constitucionalmente obligatorio y lo constitucionalmente aconsejable¹⁸.

Finalmente, creemos que asumir una tesis obligacionista no impide que el TC, a fin de dotar de una mejor motivación a la sentencia que vaya a emitir, pueda constatar la situación jurídica incompatible con la Constitución, si es que esta existe.

En su pronunciamiento, el TC asume una tesis obligacionista de los silencios legislativos, al exigir un «mandato claro» a partir del cual pueda deducirse la inactividad legislativa (FJ 36). Asimismo, ello no impidió a que el TC considerara «*la directa relación con los conflictos sociales y jurídicos que viene propiciándose a raíz de la falta de actuación del legislador a efectos de satisfacer la razonable aspiración de los pueblos y grupos sociales*

directamente vinculados con el cultivo tradicional de la hoja de coca» (FJ 35).

2.1.2 Tipología de las Omisiones Inconstitucionales

Es posible hallar en la doctrina una amplia clasificación de los silencios legislativos¹⁹, pero un estudio de los mismos con sus respectivas aplicaciones prácticas no es posible aquí por razones de espacio.

La tipología más relevante es aquella atribuida a Wessel, recogida por el TC en el fundamento 42 de su sentencia, cuando señala que: «*la doctrina 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»*.

Como bien se ha señalado, «*El sentido práctico de la distinción no está en el mero afán clasificatorio sino en sus efectos a la hora del ejercicio de un control jurisdiccional»*²⁰, control al que hemos de referirnos más adelante.

En consecuencia, las omisiones absolutas comportan el reto de tratar de hallar mecanismos para que el vacío inconstitucional sea llenado, sin que el TC se arroge facultades legislativas en perjuicio de la separación de poderes.

Por su parte, las omisiones relativas, al regular parcialmente una materia, comportan por lo general una vulneración al principio de igualdad, mas no es la «*exclusión arbitraria o discriminatoria de un beneficio*» lo único que ellas pueden generar, como así lo da a entender el TC (FJ 42). Prueba de ello es el ejemplo dado por Hernández Valle, al señalar que «*las omisiones relativas se producen en aquellos casos en que el legislador, al prohibir una determinada actividad que había sido válida hasta ese momento,*

17 La necesidad de intervención del poder legislativo a partir de lo ordenado por una sentencia es advertida por Néstor Pedro Sagüés, en aquéllos casos en que «*la instrumentación de la cláusula constitucional programática demanda la implementación de estructuras, reparticiones, funcionarios, trámites, locales, etc. (...) la cuestión es especialmente grave cuando, a parte de las complicaciones técnicas indicadas, se suman otras, como por ejemplo la imprecisión de la cláusula programática*». Interesante es su ejemplo relacionado con el deber constitucional de legislar un «seguro social obligatorio»: «*¿qué infortunios deberá atender?, ¿qué acreencias tendrá que generar?, ¿qué aportes deberían realizar los interesados?»*. Pedro Sagüés, Néstor. Inconstitucionalidad por omisión de los poderes Legislativo y Ejecutivo. Su control judicial. En: *Ius et Veritas*, N° 5, 1992. La plena eficacia de los derechos prestacionales es precisamente uno de los temas a los que más favorece una tesis obligacionista. Al respecto véase las rescenciones efectuadas por Guillermo Escobar Roca a los libros de Marco Gómez Puente, Ignacio Villaverde Menéndez y Jose Julio Fernández Rodríguez. p.366.

18 Véase al respecto Guillermo Escobar Roca. *Ibidem*. pp. 366 y 367.

19 Por ejemplo, aquellos reseñados en Frenández Rodríguez, José julio. *Op. Cit.* pp. 113-122.

20 Ahumada Ruiz, M^a Anegeles. El control constitucional de las omisiones legislativas. En: *Revista del Centro de estudios Constitucionales*. Núm. 8. Enero-Abril 1991. p. 172.

olvida introducir disposiciones transitorias que reglamenten o respeten los derechos adquiridos de quienes lo habían ejercido anteriormente»²¹.

2.2 Sujeto Infractor

Como es evidente, resulta natural suponer que sea el Poder Legislativo quien incurra en la omisión de legislar, dado que éste órgano, intérprete originario de la Constitución, tiene a su cargo el desarrollo de las cláusulas constitucionales. Claro está, ello no obsta a que sean otros poderes u organismos del Estado quienes incurran en inactividad, siempre y cuando pueda apreciarse en el texto constitucional un mandato a legislar que recaiga sobre ellos²².

No obstante, no existe unanimidad en la doctrina con relación a incorporar la inactividad del Ejecutivo dentro del concepto de «inconstitucionalidad por omisión». Ciertamente, es claro que, teniendo el Ejecutivo facultades legislativas, existe la posibilidad de que éste pueda quebrantar mandatos constitucionales a legislar, si bien esto sea, como afirma María Sagüés, de manera indirecta, siempre en el caso en que el Ejecutivo no reglamente las normas emitidas por el Parlamento o no regule el contenido de la ley estatutaria, en el caso en que la Constitución ordene la regulación de éstas materias²³.

A nuestro juicio, no tiene caso que este tipo de inactividad del Ejecutivo sea comprendido dentro del concepto de omisión inconstitucional, puesto que la Constitución prevé el proceso de acción popular, destinado a que dicho órgano cumpla cualquier tipo de mandato legal. En tal sentido, la inactividad del Ejecutivo sólo devendría en inconstitucional si es que existe un específico mandato constitucional que le ordene legislar.

En la sentencia bajo comentario, el TC comprendió al poder Ejecutivo dentro del concepto estudiado (FJ 50). El Tribunal no otorga argumentos que justifiquen esta opción teórica. Tampoco indica el mandato expresado en la Constitución que le ordena legislar. Más aún -como analizaremos más adelante con más detalle-, dado que para el TC el mandato incumplido por el Gobierno no es otro que es la *ratio decidendi* de su sentencia anterior, esto es, la de reevaluar su política nacional e internacional antinarcóticos y aplicar un programa político en ese sentido²⁴, resulta cuestionable que el TC exceda sus competencias de control jurídico para extrapolarlas al ámbito político (lo que va más allá de la previsibilidad política que

tiene el juez constitucional para con el efecto que generan sus sentencias²⁵).

En efecto, si según el TC es posible controlar la actuación del Ejecutivo con relación a su política de gobierno, ello desnaturalizaría el proceso de inconstitucionalidad, que es por eminencia un control jurídico-normativo y, aún cuando se admita la procedencia del control de las omisiones legislativas en nuestro ordenamiento, dicho control estaría destinado a que el Ejecutivo emita una norma con rango de ley, cosa que en el caso concreto no es posible (tómese en cuenta que el INC no tiene facultad legislativa, sino reglamentaria, por lo que no podría declarar por vía legal a la hoja de coca como patrimonio cultural).

Puede contestarse aduciendo que no es posible permitir que la política del Ejecutivo vulnere los derechos constitucionales. Sin embargo, consideramos que el control de las situaciones inconstitucionales derivadas de la inacción política serían susceptibles de ser contrarrestadas mediante otras instituciones procesales, como lo es por ejemplo el denominado «estado de cosas inconstitucional» del que ha hecho uso el TC dentro del proceso de amparo, el cual procede contra las «omisiones» que afectan derechos fundamentales.

Un argumento adicional, pero no por ello menos importante, es el hecho de que el TC carezca, a diferencia del Ejecutivo, de una especialidad técnica para evaluar adecuadamente la supuesta inacción inconstitucional, lo que constituiría un límite en el control de su inactividad. Un ejemplo de esta insuficiencia técnica la encontramos en la propia sentencia, que si bien es prolija en señalar argumentos que justifiquen la declaratoria de la hoja de coca como patrimonio cultural de la nación, no advierte que quizá lo más beneficioso para la solución de un tema tan álgido -por estar ligado al narcotráfico- no sea declarar a la planta de la coca como «patrimonio cultural de la nación -como así lo ordena el fallo-, sino mas bien declarar «patrimonio cultural» a aquellos usos de la planta de coca que se consideran tradicionales.

2.3 La Naturaleza del Mandato Constitucional

2.3.1 Disposiciones Constitucionales y su Relación con el Control de los Silencios Legislativos en el Proceso de Inconstitucionalidad

21 Hernández Valle, Rubén. Las omisiones constitucionales y los derechos prestacionales. Formato PDF. Disponible en Internet en: http://www.cecocoh.cl/htm/revista/docs/estudiosconst/1n_1_2003/arts/179_186.pdf

22 Así lo advierte Néstor Pedro Sagüés, en el caso del Poder Judicial, al citar el artículo 99° de la Constitución Argentina: «La Corte Suprema dictará su reglamento interior y económico...». Pedro Sagüés, Néstor. Op. Cit. p. 40.

23 Tal es la postura de Néstor Pedro Sagüés. Ibidem. p. 40.

24 Así lo dispone el fallo de la STC N° 0020-2005-PI/TC y 0021-2005-PI/TC (acumulados).

Dado que el fundamento principal para admitir el control de las omisiones inconstitucionales es el principio de supremacía normativa de la Constitución, determinar la inconstitucionalidad debido a la ausencia de desarrollo legislativo de las cláusulas constitucionales presupone la imposibilidad de concebir a las normas constitucionales como programáticas, esto es, como normas que meramente direccionan la labor política y legislativa de los poderes del estado, sino que, por el contrario, se parte de concebir a todas las normas constitucionales como vinculantes, tanto para el Estado como para los particulares.

Sin embargo, pese a reconocer que la Constitución actúa como norma jurídica que despliega su eficacia sobre todo el ordenamiento, no todas las cláusulas constitucionales poseen el mismo grado de eficacia. Algunas de ellas requieren de la ulterior actividad de los poderes públicos para su aplicación y/o su exigibilidad, siendo la actividad legislativa la que por excelencia permite el despliegue de tal eficacia. La distinta eficacia de las normas constitucionales tiene que ver con la forma en que éstas se estructuran. Esta relación entre estructura y eficacia ha sido reconocida por el TC, al señalar que:

«La distinta eficacia de las disposiciones constitucionales, da lugar a que éstas puedan ser divididas entre «normas regla» y «normas principio». Mientras que las primeras se identifican con mandatos concretos de carácter autoaplicativo y son, consecuentemente, judicializables, las segundas constituyen mandatos de optimización, normas abiertas de eficacia diferida, que requieren de la intermediación de la fuente legal, para alcanzar plena concreción y ser susceptibles de judicialización.» (STC N° 1417-2005-PI/TC; FJ 11)

Si bien la diferencia estructural entre normas y principios aludida por el TC resulta desde cierto punto de vista cuestionable²⁶, no cabe duda que es un acierto establecer una clasificación de las normas constitucionales desde el punto de vista de su *eficacia*, como consecuencia directa de la formulación con la que se encuentran redactadas en el texto constitucional. Así pues, no resulta difícil deducir la diferencia entre normas constitucionales *autoaplicativas*, es decir, de directa aplicación (Tal es el caso del extenso artículo 2, inc. 24, lit, f de

nuestra Constitución), de aquellas normas constitucionales *heteroaplicativas*²⁷, cuya plena efectividad está condicionada a una actuación posterior (Ejemplo de ello es el artículo 27° de la Constitución, cuando señala que «La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario»)²⁸.

Evidentemente, los problemas relacionados con la efectiva vigencia de la Constitución se encuentran en la aplicabilidad de estas normas heteroaplicativas, que requieren, según dijimos, ser complementadas por la actividad de los poderes públicos; actividad que abarca una miríada de posibilidades, como el simple uso de las normas constitucionales como parámetros de interpretación para la justificación de políticas gubernamentales, como principios a tomar en cuenta para la expedición de leyes, reglamentos o actos administrativos, para la resolución de casos a nivel judicial y administrativo, etc.

Pero, como hiciéramos notar unas líneas atrás, la inactividad que podría derivarse del incumplimiento de toda esa gama de actividades podría, dependiendo de su gravedad, generar afectaciones a los derechos fundamentales o crear situaciones en las que la Constitución queda como un simple enunciado, como una simple declaración de principios. Y es precisamente el fin de los procesos constitucionales impedir estos dos tipos de situaciones (Art. II del T.P. del CPConst.). En tal sentido, a las omisiones que generan afectaciones a los derechos fundamentales corresponde la tutela que ofrece el proceso de amparo; mientras que, en el caso de omisiones que ponen en peligro la vigencia de la Constitución (lo que no sólo implica el resguardo de los derechos fundamentales), precisamente ahí donde la propia norma constitucional exige una ley para su plena eficacia, corresponde, según lo planteamos aquí, el proceso de inconstitucionalidad, como proceso destinado a controlar los silencios legislativos.

Si el problema de la plena vigencia de la Constitución radica en la plena operatividad de las normas heteroaplicativas, resulta obvio señalar que dicha operatividad no siempre depende de un desarrollo legislativo ulterior. Piénsese, por ejemplo, en la diferencia entre dos normas heteroaplicativas, como lo son el artículo 31° de la Constitución (primer

25 Sobre la función del TC con relación a la previsibilidad de sus fallos en el orden político, véase al respecto: Fernández Segado, Francisco. El Tribunal Constitucional Español. Un Estudio Orgánico. En: Revista Jurídica del Perú. abril - junio 1997, Año XLVII, N° 11.

26 Así lo sugiere una tesis débil que no reconoce la diferencia entre principios y reglas en el ámbito cualitativo. Sobre la diferencia entre reglas y principios y su relevancia para nuestro ordenamiento, puede consultarse: Indacochea Prevost, Úrsula María. Aproximación al concepto de ponderación y su aplicación por el tribunal Constitucional peruano entre los años 1996-2006. Tesis de grado para optar el título profesional de abogado. Pontificia Universidad Católica del Perú, 2006. pp. 5-67.

27 Cabe señalar, en lo que concierne a la diferencia entre normas autoaplicativas y heteroaplicativas, que, a juicio de Víctor Bazán, si a partir de la literalidad de la norma fuese imposible inferir si la misma es operativa o programática, debe reputársela operativa. Bazán, Víctor (Coordinador). Inconstitucionalidad por omisión. Editorial Temis S.A., Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1997 p. 49 y 50.

28 Debe recordarse, como un ejemplo, que la Opinión Consultiva N° 14, emitida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, no consideró que el Perú quebrantara la Convención al consagrar la pena de muerte en la Constitución de 1993, precisamente por el hecho de que dicha norma no resultaba ser autoaplicativa, requiriéndose una actividad ulterior del estado para recién poder señalar que ésta ha quebrantado el pacto.

párrafo): «Los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos mediante referéndum; iniciativa legislativa; remoción o revocación de autoridades y demanda de rendición de cuentas. Tienen también el derecho de ser elegidos y de elegir libremente a sus representantes, de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por ley orgánica»; y el artículo 43° de la misma: «La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana. El Estado es uno e indivisible. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes.». La primera de estas disposiciones exige, así se desprende de su tenor, una norma infraconstitucional que desarrolle su contenido a fin de tornarse eficaz, mientras que, en el segundo caso, ello no parece necesario, bastando que las autoridades públicas alineen su conducta conforme a los valores ahí establecidos, así, un ejemplo de la eficacia que despliega este artículo 43° es el hecho que de él se valga el TC como parámetro de interpretación para la resolución de los conflictos de competencia.

Acorde con lo dicho, la doctrina ha señalado la importancia de distinguir aquellas normas heteroaplicativas que constituyen «mandatos» o «encargos» al legislador. Son en particular éste tipo de disposiciones las que conviene analizar, puesto que sólo ellas generarían un deber de legislar cuyo incumplimiento justificaría la instauración de la institución procesal que venimos estudiando.

2.3.2 Los Encargos al Legislador y su Variada Tipología

Determinar qué normas constitucionales contienen verdaderos «encargos al legislador» o reales «exigencias constitucionales de acción» resulta de vital importancia, no sólo porque su identificación otorga un margen de previsibilidad a la sociedad de intérpretes para que éstos aboguen por la plena vigencia de sus derechos fundamentales y por el mejor funcionamiento del sistema democrático, sino porque evita un uso abusivo del poder contramayoritario del TC, el cual, so pretexto de defender la supremacía normativa de la Constitución, podría imputar a cualquier disposición constitucional la cualidad de «encargo legislativo», a fin de exigir su desarrollo según las pautas establecidas en sus propios fallos²⁹.

Es por ello que la doctrina es enfática al señalar el carácter «concreto», del encargo al legislador. Es así que, dentro de lo que podríamos catalogar como una subespecie de las normas heteroaplicativas, deben diferenciarse aquellos «mandatos constitucionales concretos que vinculan al legislador a la adopción de medidas legislativas de concreción constitucional» de aquellos «mandatos constitucionales abstractos, o lo que es igual, de mandatos que contienen deberes de legislación abstractos»³⁰.

A su vez, la tipología que puede extraerse a partir de estos «mandatos concretos» resulta ser variada, dependiendo de las distintas formulaciones que pueden hallarse en la norma fundamental, siendo los mandatos siguientes a partir de los cuales podría originarse una omisión inconstitucional³¹:

- **Encargos de cumplimiento discrecional:** cuando el desarrollo legislativo se entiende como una potestad (tal es el caso del artículo 74° de la Constitución cuando señala que: «Los Gobiernos Regionales y los Gobiernos Locales pueden crear, modificar y suprimir, contribuciones y tasas...»)
- **Encargos de cumplimiento obligatorio o explícitos:** que asignan una tarea legislativa concreta (por ejemplo, el artículo 175° de la Const. referido al comercio, posesión y uso de armas por parte de los particulares)
- **Encargos implícitos:** se trata de encargos de los que si bien no es posible extraer un mandato explícito, si es posible percatarse de su evidente carácter imperativo (como lo es el artículo 4° de la Constitución, que exigiría una legislación especial para el niño y el adolescente)

Según hemos visto, el TC señaló que uno de los criterios para determinar la inconstitucionalidad de la omisión es que el legislador incumpla con el «mandato claro» que le ordena legislar. Además está decir que ese «mandato claro» es el previsto por la norma constitucional (de conformidad con la teoría obligacionista, que parece ser la adoptada por el TC), y como así lo expresa de manera explícita la sentencia en su fundamento 36³²:

Sin embargo, sorprende que el TC haya señalado que el incumplimiento del legislador a lo señalado en su

29 De ahí que cobre vigencia las críticas lanzadas por la tesis «no obligacionista», al señalar los peligros de lo que significa controlar la actividad del legislador.

30 Fernández Segado, Francisco. La inconstitucionalidad por omisión: ¿cauce de tutela de los derechos de naturaleza socioeconómica? En: Themis, N° 31, 1995, p. 157 y 158.

31 La nominación de la tipología elaborada proviene de la así empleada por Sagüés y Fernández Rodríguez, en la bibliografía a la que ya se ha hecho referencia.

32 «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.» (énfasis añadido).

sentencia anterior N° 0020-2005-PI/TC (en lo relativo al reconocimiento de la hoja de coca como patrimonio cultural de la nación) configura una inconstitucionalidad por omisión de corte «jurisprudencial» (FJ 46). El TC no señala el artículo de la Constitución del cual extrae ese «mandato claro». ¿De donde, pues, deduce el TC dicho mandato? La respuesta está en que, para el Tribunal, el «mandato claro» no sólo resulta ser el prescrito por el texto constitucional, sino el de su propia jurisprudencia. De este modo, el TC no haría otra cosa que equiparar sus pronunciamientos a las propias cláusulas constitucionales, lo que, en otras palabras, expresaría un judicialismo puro, y que constituiría una involución respecto al proceso democrático a través del cual la Constitución es interpretada por la sociedad y los demás poderes públicos (constitución abierta).

Por lo visto, el TC no es congruente con su postura «obligacionista», pues resulta esencial para esta la noción de «encargo constitucional a legislar». Ahora bien, podría pensarse que el TC encontró dicho mandato en el artículo 2, inc, 19 de la Const.³³, sin embargo, resulta difícil encontrar un encargo a legislar en una norma sumamente abierta como esa³⁴. En realidad, esto constituye un problema, pues son muchas las normas que establecen una función de promoción, protección o reconocimiento por parte del Estado para con diversas materias, por lo que se hace necesaria la existencia de parámetros para no incurrir en forzosas interpretaciones.

Al respecto, coincidimos en señalar que *«se desprende una variada gama de cuestiones que el juez –de cara al caso concreto- deberá analizar para ponderar la actitud «omisiva» del legislador» (...) habría que analizar si la conducta es exigida inmediatamente; en forma pura, o condicionada al cumplimiento de determinadas pautas; si difiere al órgano respectivo la decisión sobre su oportunidad; o si el mandato está concebido en términos difusos que no permitan inteligir la existencia de un marco temporal concreto»*³⁵. Sin olvidar que el examen del encargo al legislador se encuentra interrelacionado con los elementos que componen el concepto de «inconstitucionalidad por omisión».

2.4 El Factor Temporal

A partir de la identificación del «encargo al legislador», sin que este haya sido obedecido, no resulta razonable catalogar la inactividad del legislador como inconstitucional de plano, dado que resulta natural en una democracia que la promulgación de una ley tenga por principal obstáculo el alcance de consensos, según lo dicte el juego de mayorías y minorías. En otras palabras, es justo pensar que una ley demora, máxime en un contexto de gran fragmentariedad partidaria como lo es el peruano. A ello debemos añadir las circunstancias políticas y demás contingencias extrajurídicas que dificulten el desarrollo de una norma constitucional, elementos que cobran relevancia en caso se trate de una Constitución recién promulgada, siendo irrazonable que sus disposiciones sean desarrolladas de inmediato.

En vista de ello, resulta justo establecer un «plazo razonable», a fin de identificar cuándo el legislador ha incurrido en un tiempo «excesivamente largo» perjudicial para la vigencia de la Constitución. Palmariamente, ello no comporta un problema si es que el plazo a legislar está establecido en el mandato constitucional.

El plazo razonable, como elemento que compone el concepto de omisión inconstitucional, ha sido criticado, considerándose inconveniente dada la naturaleza objetiva del control de la inconstitucionalidad³⁶.

No obstante, creemos que ésta objeción no resulta válida. El juez no es simplemente «boca de la ley», sino creador de derecho. Esto no significa que actúe arbitrariamente, pues el hecho de que muchas veces no encuentre reglas disponibles en el ordenamiento para aplicarlas al caso concreto, no obsta a que pueda servirse de parámetros interpretativos, como los son los principios o valores constitucionales, la analogía con el derecho constitucional comparado, el recurso al derecho internacional, etc. En este caso, la determinación del plazo para que el legislador cumpla su obligación de legislar no esta exenta de dichos parámetros, como lo es el principio de

33 «... El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación...»

34 Hernández Valle considera, en el caso de las normas constitucionales que regían derechos prestacionales, que ello «implica valorar una serie de aspectos políticos, sociales y económicos que sólo los órganos políticos del estado están en capacidad técnica de realizar, además de ser los únicos legitimados para ello dentro de un Estado democráticos de Derecho.» Ibidem. Op. Cit.

35 Bazán, Victor. Hacia la plena exigibilidad de los preceptos constitucionales: el control de las omisiones inconstitucionales. Especial referencia a los casos de Brasil y Argentina. En: Victor Bazán (Coordinador). Inconstitucionalidad por Omisión. Editorial Themis S.A. Santa Fe de Bogotá, 1997. p. 49-56.

36 «Es criticable que se defina a la inconstitucionalidad por omisión 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», puesto que en tal definición se incluye como un elemento de inconstitucionalidad, el más importante de hecho, una consideración totalmente subjetiva: que la inactividad legislativa haya abarcado un periodo temporal excesivo. (...) ¿Cuándo ha transcurrido un periodo excesivamente largo para que el Poder Legislativo legisle? No existe un parámetro cierto para contestar a esta pregunta. Por ello considero que la referencia al tiempo con que cuente o pueda contar el legislador para crear la ley no debe considerarse para la definición de inconstitucionalidad por omisión legislativa.» Báez Silva, Carlos. Ibidem. Op. Cit.

razonabilidad explícitamente consagrado en la Constitución (Art. 200º), la trascendencia de los derechos, valores o bienes jurídicos inconstitucionales afectados por la inactividad (útil en este sentido es, por ejemplo, aquella tipología que clasifica las omisiones en formales y materiales), el tiempo transcurrido desde la emisión de la Constitución y las circunstancias que rodean el caso concreto.

En este punto, el TC arguye que en principio no debería esperarse un plazo, operando la inconstitucionalidad por omisión desde el momento mismo de la promulgación de la Constitución (FJ 43). No obstante, considera que es necesaria la determinación de un *plazo razonable*, el mismo que corre, no desde el momento de promulgación de la Constitución (como nosotros así lo entendemos), sino a partir de una decisión judicial en la que el juez constitucional a través de un fallo, da cuenta de la inconstitucionalidad (FJ 45).

Esta concepción del TC con relación al plazo razonable nos parece acertada -si bien no debe obviarse el análisis de la razonabilidad del plazo según la hemos entendido aquí, esto es, como plazo que corre a partir de la promulgación de la Constitución-. De esta forma, se procura que el sistema siga su cauce normal, al esperar que sea el Legislador quien llene la omisión mediante una ley, y sin que el TC se aboque directamente a llenar un vacío que en principio no le corresponde llenar.

V. Justificación de la Adopción de la Institución y Mecanismos de Control en el Ordenamiento Peruano

Mucho se ha escrito con el objeto de favorecer el control de las omisiones inconstitucionales, opinión que resulta ser mayoritaria en la doctrina. El principio de supremacía normativa de la Constitución es el principal argumento, y creemos que debe anteponerse a cualquier otro, lo que no significa que el control de los silencios legislativos deba ser cuidadosamente perfilado por la doctrina y la jurisprudencia, a fin de no traicionar otros principios constitucionales, en especial el de la separación de poderes.

En su sentencia, el TC ha añadido a éste otros argumentos (principio de cooperación de poderes, Estado Social de Derecho, la función del TC como legislador), que si bien no desdeñamos, consideramos fortalecerlos a partir de una inferencia que provenga directamente del texto constitucional.

¿Cómo puede justificarse el control de los silencios legislativos, si no se encuentra regulado?, más aún,

¿cómo puede éste justificarse a partir del texto constitucional? El artículo 204º de la Constitución (en concordancia con el artículo 200º, inc. 4) establece la competencia del TC para declarar la inconstitucionalidad de las *normas*. Y es que la doctrina ha asignado un concepto especial al término «norma»:

«Así pues, si de la inactividad legislativa, se trate de un silencio del legislador (silencio u omisión absoluta) o de un silencio de la ley (silencio u omisión relativos), se desprende una norma que regula cierta situación jurídica, norma que obviamente estará «implícita» (por oposición la «explícita» que es la recogida en el texto de la ley) en ese silencio no hay inconveniente técnico alguno para que la jurisdicción constitucional pueda examinar la constitucionalidad de esa norma emanada de la inactividad del legislador, como lo hace de las que emanan de su actividad.»³⁷

La idea de «norma implícita» generada por el silencio legislativo deriva de la diferencia ampliamente reconocida entre disposición y norma (atribuida a Guastini). Por disposición, se entiende el texto legal, el enunciado lingüístico, mientras que por norma se entiende el o los múltiples significados que pueden derivarse de la disposición. Esta distinción de conceptos ha permitido que el TC, en muchas ocasiones, haya podido declarar la inconstitucionalidad de una norma sin la necesidad de expulsar del ordenamiento el precepto legal que la contiene. Aquí, la norma o significado que se elimina es la explícitamente derivada del texto legal impugnado.

Pero también es posible distinguir un significado «implícito», internalizado por los operadores del derecho y que viene dado precisamente por la ausencia de regulación. Si es que este significado es el que los operadores del derecho han interiorizado al punto tal de mantener una situación jurídica incompatible con la Constitución, no habría inconveniente en que sea tal significado o norma el que válidamente pueda ser expulsado del ordenamiento, según lo establecido en el texto constitucional. Sin embargo, la justificación para la procedencia adquiere matices particulares y exige argumentos adicionales según el tipo de omisión de la que se trate, como a continuación veremos.

1. Justificación Constitucional para el Control de las Omisiones Relativas

En lo que toca a las omisiones relativas, piénsese en el clásico ejemplo de la jurisprudencia española en que el texto legal exige otorgar una pensión de viudez a los ex-cónyuges, omitiendo señalar lo mismo de las ex-cónyuges, vulnerando así el

37 Villaverde Menéndez, Ignacio. Ibidem. Op. Cit. p. 72. «También, la omisión textual «supone en realidad una implícita exclusión, pudiendo hablarse de una norma «implícita» inconstitucional, derivada conjunta y necesariamente de la disposición legal». Díaz Revorio, Francisco Javier. El control de las omisiones legislativas relativas en el derecho comparado europeo. En: Revista Española de Derecho Constitucional. Año 21. Núm. 61. Enero-Abril 2001. Págs. 82 y 83.

principio de igualdad-. Así, en el ejemplo citado, la norma implícita, es decir, la significación derivada del texto legal deficientemente regulado, es aquella que el operador jurídico deduce y que consiste en «no otorga la pensión de viudez a las viudas», interpretación que habrá de ser eliminada por el Tribunal.

Este tipo de omisiones han venido siendo controladas por el TC peruano, que al igual que otros ordenamientos, ha hecho uso de su tipología de sentencias para evitar los perjuicios del vacío normativo, lo que es más notorio en el caso de aquellas sentencias «aditivas»

Dada la aceptada evolución de los Tribunales Constitucionales en ese sentido³⁸, resulta difícil cuestionar la competencia del TC para el control de tales silencios, si bien es necesario pensar en un uso moderado de las sentencias del Tribunal³⁹, a fin de que éste no se exponga a ser desacatado.

2 Justificación Constitucional Para el Control de las Omisiones Absolutas

Más difícil de justificar es la procedencia para el control constitucional de las omisiones absolutas en el proceso de inconstitucionalidad. El texto de la Constitución parece claro al señalar que la acción de inconstitucionalidad procede contra normas con rango de ley, no pudiéndose expulsar del ordenamiento algo que no constituya una disposición jurídica.

Y si bien es posible recurrir al argumento de norma implícita que mencionamos, debe advertirse que, a diferencia de las omisiones relativas, no existe texto legal alguno que, por estar parcialmente regulado, haga evidente el significado inconstitucional mantenido por los operadores del derecho.

No obstante, consideramos que sí es posible declarar procedente el control de tal tipo de omisiones, si se toma en cuenta que el control constitucional de las omisiones absolutas constituye un caso de imprevisión constitucional.

En efecto, si partimos del hecho de reconocer que ninguna Constitución se considera «acabada», siendo imposible de que ésta prevea los cambios que permitirían dotarla de mayor eficacia en el futuro, no resulta aventurado afirmar que, dado el carácter dinámico de la Constitución, el intérprete

constitucional pueda utilizar métodos de integración a fin de cubrir el vacío o laguna para salvaguardar la vigencia de la ley de leyes. Ejemplo de ello fue la creación judicial del amparo en Argentina, puesto que dicho proceso constitucional no había sido previsto en la Constitución.

“En efecto, si partimos del hecho de reconocer que ninguna Constitución se considera «acabada» (...) no resulta aventurado afirmar que, dado el carácter dinámico de la Constitución, el intérprete constitucional pueda utilizar métodos de integración a fin de cubrir el vacío o laguna para salvaguardar la vigencia de la ley de leyes”.

En el caso del control constitucional de los silencios legislativos, el constituyente de 1993 no previó⁴⁰ la necesidad de adoptar tal institución procesal, sin la cual se correría el riesgo de dejar ineficaz parte del contenido de la Carta Magna, lo que resulta más preocupante si se tratara de derechos fundamentales.

Así pues, resultaría válido que el juez constitucional emplee aquellos métodos de integración constitucional para cubrir tal vacío. Dichos métodos pueden ser: «*la autointegración, que recurre al mercado jurídico interno (analogía, principios generales del derecho doméstico, valores y creencias del medio local) y la gerointegración (valores, principios generales del derecho, derecho extranjero valioso)*»⁴¹.

Considerando lo expuesto, si atendemos al principio de supremacía normativa de la Constitución, a la idea de norma implícita y los métodos de integración del derecho interno (Art II del T.P. del CPConst.) y del derecho internacional (que avala el control de este tipo de omisiones en la doctrina, la jurisprudencia y en el derecho comparado, además de lo estipulado en el art. 2 de la Convención Interamericana de

38 Aja, Eliseo. **Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual** Barcelona: Ariel, 1998.

39 Al respecto, véase: Espinosa Saldaña Barrera, Eloy. Sentencias Interpretativas: sus alcances y algunas reflexiones sobre su uso a la luz de la experiencia peruana. En: Estudios Constitucionales, noviembre, año/vil. 4, Nº 2, 2006.

40 El hecho de que no se previera tal instituto no significa que éste se encuentre prohibido. Por el contrario, la imprevisión entendida como «silencio» y no como «prohibición» «permite construir respuestas jurídicas provechosas, positivas, funcionales para el sistema constitucional, en vez de negaciones rigidamente bloqueadoras para este régimen». Pedro Sagüés, Néstor. Reflexiones sobre la imprevisión constitucional. Formato PDF. Disponible en internet en: http://www.cecocoh.cl/htm/revista/docs/estudiosconst/1n_1_2003/arts/487_499.pdf

41 Ibidem. Op Cit.


derechos Humanos con relación a los derechos fundamentales⁴²), creemos encontrar base suficiente para la procedencia de este tipo de omisiones en nuestro ordenamiento.

Finalmente, con relación a su control en sede jurisdiccional, la ausencia de norma constitucional que lo regule permite a nuestro juicio dos opciones restringidas, que no implican la atribución de facultades legislativas (lo que iría contra el principio de separación de poderes): 1) la posibilidad de que el TC integre el vacío existente, como así lo ha hecho en su jurisprudencia, en especial en lo referido al contenido esencial de algunos derechos fundamentales (Caso «anicama» y caso «baylon flores»), bastando que se pronuncie sobre el contenido constitucional mínimo del derecho o bien constitucional a salvaguardar, surgiendo aquí el problema de lo que viene a ser lo constitucionalmente obligatorio y lo constitucionalmente aconsejable; 2) en el caso de que la omisión verse sobre materias que requieran una mayor complejidad y suficiencia técnica y que vulneren derechos fundamentales, sería posible que el TC declare fundada la demanda, señalando el agotamiento de las vías para que los afectados puedan recurrir a la instancia supranacional, y puedan así obtener una sentencia que ordene la emisión de una ley, como así se da en la jurisprudencia de la CIDH.

VIII. Conclusiones

A lo largo de estas páginas, hemos pretendido otorgar un panorama general sobre la forma en que la doctrina ha venido estudiando el tema de la inconstitucionalidad de los silencios legislativos, a fin de analizar su aplicación en el ordenamiento peruano.

La sentencia recaída en el expediente N° 0006-2008-PI/TC constituye un intento por adoptar dicho control, pronunciamiento en el que advertimos ciertas imprecisiones teóricas y que motivan futuros estudios más profundos, con el fin de perfilar los alcances de dicha institución procesal en nuestro país.

Cabe pensar en la utilidad que una institución como la señalada tiene para nuestro ordenamiento, análisis que no ha sido posible efectuar por razones de espacio. Pese a ello, no deja de ser interesante la existencia de cláusulas constitucionales que encierran un mandato a legislar, como lo es el artículo 149° de la Constitución, con relación a la jurisdicción especial de las comunidades campesinas y nativas o la importancia que el control de las omisiones absolutas ha tenido y tendrá en nuestro país en lo que respecta con la determinación del mínimo contenido prestacional de algunos derechos fundamentales .

42 «Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.»(subrayado nuestro).