

¿INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN? *

Unconstitutionality by omission?

Alfredo Quispe Correa **

RESUMEN

El autor realiza un análisis del sistema peruano de control de constitucionalidad desarrollado en control abstracto por el Tribunal Constitucional y en control concreto por los tribunales de justicia, para luego centrar su análisis sobre la inconstitucionalidad por omisión, considerando la doctrina desarrollada en la materia, planteando sus reservas en la materia, especialmente cuando el tribunal constitucional se convierte en legislador positivo.

PALABRAS CLAVE

Tribunal Constitucional peruano. Inconstitucionalidad por omisión.

* Ponencias Desarrolladas en el VIII Congreso Nacional de Derecho Constitucional Fondo Editorial Colegio de Abogados de Arequipa, pp. 509-517. Arequipa, Perú, 2005.

** Abogado y doctor en derecho por la Universidad Mayor de San Marcos, donde ejerció como profesor de derecho y dirigió su Unidad de Postgrado. Actualmente es profesor de derecho constitucional de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad de San Martín de Porres, habiendo sido su Decano en dos periodos consecutivos. Ministro de Justicia de la República del Perú, de 1997 a 1999. Artículo recibido el 9 de mayo de 2006 y aprobado el 14 de junio de 2006.

ABSTRACT

The author analyses the Peruvian system of constitutional control, carried out in abstract by the Constitutional Court, and in actual cases by the courts of justice, to focus next upon the doctrine of unconstitutionality by omission. Reservations are expressed to this doctrine, especially when the Constitutional Court turns itself into legislator.

KEY WORDS

Peruvian Constitutional Court. Unconstitutionality by omission.

I

Hay un dogma en el derecho constitucional: cuando existe incompatibilidad entre normas de diferentes jerarquías, se prefiere la superior. La Carta Nacional, en el artículo 51, lo precisa: la Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. De lo que es posible concluir sobre la existencia de una pluralidad de intérpretes de la Constitución.

En cambio, la segunda parte del artículo 138 de la Ley Fundamental establece el control de las normas como deber de los jueces cuando sostiene que, en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, preferirán la primera. Igualmente, aplicarán la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior, si existe colisión.

De otro lado, sabemos que el Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución y, en otro dispositivo, en el artículo 204, verificamos que la sentencia del Tribunal que declara inconstitucional una norma tiene el efecto de derogarla a partir del día siguiente de su publicación en el Diario Oficial.

Para configurar este escenario introductorio debemos señalar que la inconstitucionalidad de una norma inferior contra una superior puede conducir:

- a su derogación, si se trata de una ley;
- a su inaplicación, si se refiere a una norma inferior a la ley;
- y, a su inaplicación, si la ley colisiona con la Constitución, lo que corresponde, en los últimos casos, al juez común.

En este repertorio de citas constitucionales no aparece ninguna atribución del Tribunal Constitucional, para legislar positivamente. Sólo es un legislador negativo porque deroga la ley. Sin embargo, a pesar de la claridad de los textos supre-

mos, se desarrolla una tendencia, en parte de la doctrina, para que el Tribunal “legisla” frente a un vacío, omisión o falta de desarrollo constitucional de un precepto constitucional, incluso sin estar facultado para ello.

Recordemos que el Tribunal Constitucional peruano, en una sentencia criticada, se inclinó por esta sustitución del poder legislativo al resolver el reclamo de unos trabajadores al sostener que, cuando el artículo 27 de la Carta señala que la ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario, la norma que fue elaborada bajo ese precepto no daba protección alguna, por lo que se arrogó la facultad de señalar cómo debería ser la adecuada protección. El Tribunal pudo decir que la ley era inconstitucional, lo que no podía ser sustituir la ley por una “sentencia”.

Sobre esos puntos va a incidir este artículo breve: en qué consiste la incompatibilidad, formas de control de la constitucionalidad de las leyes, si el control concentrado deriva también en la capacidad legislativa del Tribunal, sobre la separación de funciones y sobre la inconstitucionalidad por “omisión” u ocio legislativo. Formulemos sólo una pregunta inicial inocente: ¿puede compararse, para determinar una incompatibilidad, la norma constitucional, que existe, con la “norma que no existe”. ¿El ser con la nada?

II

La incompatibilidad es contradicción inconciliable, antagonismo. Según Cabanellas es la oposición absoluta entre dos disposiciones de un mismo texto. O de dos textos legales de diferente jerarquía. Omeba, otro de los diccionarios clásicos, reafirma que es la contradicción de la ley con la Constitución. Bajo esas premisas no es necesario citar un diccionario de lógica.

Hay dos formas de control de la constitucionalidad de las leyes: el control concentrado, que lo realiza el Tribunal Constitucional y concluye fulminando la ley violatoria; y, el control difuso a cargo de los jueces, que se limitan a elegir la opción constitucional en lugar de la ley infractora, dejándola con vida. Lo que puede ocasionar que se la aplique en otro caso análogo.

La separación de funciones fue concebida para evitar la concentración del poder y se dañe la libertad humana. El control interórgano e intrapoder tiene ese fundamento. Aunque es prudente reconocer que en la actualidad hay una tendencia para dotar al Ejecutivo, con anuencia del Parlamento, de atribuciones legislativas con el fin de encarar las urgencias de la administración política en un escenario de cambios continuos y acelerados.

Volviendo al “control concentrado”, reiteramos su finalidad constitucional: impedir que la ley desborde el marco fijado por la Ley Fundamental. Así se establece de manera definitiva en la Carta vigente. Es, pues, el Tribunal Constitucional, un legislador negativo porque expulsa la ley perversa. ¿De dónde, entonces, esa atribución positiva que se le quiere asignar para sustituir al parlamento en su función esencial de legislar?

III

Entrando al tema propuesto, Jesús Casal (2) 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 (pág. 1780).

Propone este autor como solución al problema planteado que se articule “un sistema eficiente de protección de la Constitución ante las omisiones legislativas, que a la vez sea respetuosa del reparto constitucional de las funciones públicas y del principio democrático” (pág. 1816). Lo que no se comprende en esta propuesta es ¿cómo conciliar la concesión de una facultad al contralor de la Constitución con el respeto al reparto de las funciones públicas? El Parlamento legisla; excepcionalmente, lo hace el Ejecutivo. Y el juez, ¿qué rol juega?

Rebato, María Elena (8), considera que el problema se presenta cuando aparecen los derechos prestacionales y en donde no es posible admitir una abstención del legislador (pág. 113). Hay dos corrientes, señala: la tesis obligacional en la que todo silencio parlamentario que no legisla, debiendo hacerlo, es inconstitucional (pág. 115). Y la tesis No Contractual, si la omisión de una reserva de ley perjudica al ciudadano que no puede ejercer su derecho por ese silencio o falta de desarrollo constitucional.

Para la autora, la posibilidad de llegar en vía de acción al Tribunal Constitucional, considerando que el control se hace sobre leyes, sería a través de un “derecho transitorio” que permitiera esa facultad al ciudadano y al Tribunal la posibilidad de resolverlo momentáneamente hasta que el legislador solucione el problema (pág. 122). Sólo preguntamos, ¿qué ocurre si el legislador, a pesar del mandato del tribunal, deja de lado ese “derecho transitorio” y “elabora solución distinta” ¿Desacato?

María Sofía Sagües (9) destaca su preocupación por los derechos prestacionales, o sea aquellos derechos de segunda generación concebidos como res-

puestas a la desocupación, a la vejez, a la educación limitada, a las enfermedades. Y se inclina por consagrar la inconstitucionalidad por omisión o la posibilidad de accionar contra el ocio legislativo, a través de medios procesales preexistentes. Advierte que un "...cauteloso y sesudo procedimiento de control de las 'omisiones inconstitucionales', no atenta contra la división de funciones del Estado, sino que, por el contrario, es el adecuado elemento de eficacia y medio indispensable a los fines de generar el respeto del orden jurídico dentro de la sociedad" (pág. 2537).

Gerardo Eto Cruz (5) es, entre los constitucionalistas peruanos, el que con más empeño se ha dedicado a desarrollar la facultad de intervenir del Tribunal Constitucional en los casos del "silencio inconstitucional". Dice que "la inconstitucionalidad por omisión, es la que resulta por el silencio o la inercia de cualquier órgano de poder, el cual deja de hacer o practicar un mandamiento expreso por la Constitución en un tiempo razonable, ocasionando por ello perjuicio, expandiendo un efecto dañino a todas las personas que podrían invocar a su favor la norma constitucional aún no reglamentada por el legislador" (pág. 242).

Sigue: "las únicas que generarían la inconstitucionalidad por omisión serían las normas de carácter programático que de ordinario requieren de una debida legislación para que puedan aplicarse (pág. 251). Es necesario ir avanzando en que también por sus omisiones, particularmente cuando causen perjuicio concreto a las personas en materia de derechos constitucionales, el perjudicado podría tener llano el camino para activar el proceso" (pág. 267).

Edgar Carpio Marcos y Gerardo Eto Cruz (1) han publicado una excelente obra sobre el particular. La primera parte reproduce el pensamiento de Eto Cruz que hemos citado y fue la ponencia que presentara en el VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, así como otra ponencia que fundamentara en el Congreso Nacional de Derecho Constitucional celebrado en Piura el año 2002. Como conclusión podemos sostener que el autor se inclina por la inconstitucionalidad por omisión, pero con una regulación legal previa que establezca la facultad, que correspondería sólo al Tribunal Constitucional y sólo pudiesen accionarla los legitimados por la Constitución para interponer la acción de inconstitucionalidad (pág. 78).

La propuesta de Edgar Carpio pasa por el proyecto de reforma de la Constitución que elaboraba el Congreso peruano, para extender la acción de cumplimiento a la omisión de acatar una norma constitucional (pág. 138). Estima que así, con esa modificación, se podría ejercitar la acción de inconstitucionalidad por omisión (págs. 138-139). Sólo me queda la duda de, si la reforma prosperase, ¿cómo quedaría ese principio que señala que los parlamentarios no están sujetos a mandato imperativo? Por mi parte he considerado que deberían revisarse esos preceptos que hacen del parlamentario un sujeto inmune a la denun-

cia y a la investigación, porque no hay dignidades diferentes y debe prevalecer el principio de igualdad en la democracia.

IV

Como conclusión preliminar se puede señalar que los autores coinciden en que, tratándose de los derechos prestacionales, debe aceptarse la “inconstitucionalidad por omisión”, siempre que se haya legislado previamente esta facultad como propia del juez constitucional. Veamos, ahora, las críticas que se formulan a este planteamiento.

En principio veremos a quienes niegan al Tribunal Constitucional atribuciones para asumir un rol que la doctrina asigna a otros órganos; es decir, el de convertirse en legislador positivo.

El profesor Castillo Córdova, de la Universidad de Piura (3), advierte que “La cuestión se presenta cuando, un grupo de personas afectadas en su derecho constitucional por la inacción del Poder político, interpone una acción de garantía solicitando la protección efectiva a su derecho. Por ejemplo, suponiendo que efectivamente se ha configurado vulneración de algún derecho que reconocido constitucionalmente no ha sido desarrollado o no ha sido aún reglamentado por la Administración impidiendo con ello el goce efectivo del derecho. ¿Qué podría ordenar el Tribunal Constitucional? De fallar fundada la acción, ¿podría obligar al Órgano Legislativo a emitir la correspondiente norma?, ¿podría obligar al Órgano Ejecutivo a que expida el acto o la norma a la que está obligado por la Constitución o por la ley? Y, de no ser emitida, ¿podría el Tribunal Constitucional arrogarse la facultad de emitir la ley o de reglamentar las leyes?

Este intento parece inútil en el seno de un Estado democrático de Derecho, *el cual exige respetar el principio constitucional de división de poderes*, por el cual los diferentes órganos constitucionales... tienen atribuidas determinadas competencias que sólo podrán ser ejercitadas por el órgano titular de la misma” (pág. 111).

Néstor Sagües (10) desliza una duda sobre ese “control de constitucionalidad por omisión del Estado”. Y, sin definir respuesta, hace el siguiente comentario: “¿Es posible, ante tal situación, pensar en un control de constitucionalidad por omisión del Estado?” (pág. 87). Si bien hace a Bidart Campos partidario de esta posibilidad, admite que “sin embargo, no goza de un consenso apreciable en la doctrina especializada” (pág. 87).

Hay constituciones que lo admiten –la de Portugal es un ejemplo (art. 283) pero sólo se limita, ante esta eventualidad, a que el Tribunal Constitucional lo haga de conocimiento del Parlamento–. Reconoce Sagües que en diversos Esta-

dos el control no recae sobre la mora en el dictado de las normas (pág. 88), sino sobre la inacción estatal para ejecutar ciertos actos administrativos que, en nuestro caso, intenta resolver la acción de cumplimiento.

Javier Pérez Royo (7), dirá: “La Constitución es un límite para el legislador, pero el legislador no tiene por qué quedarse en el límite o llegar hasta el límite que la Constitución le fija. Puede quedarse muy lejos del límite al dictar la ley. Y es que el legislador interpreta la Constitución para dictar una norma, para dar solución a un problema creando derecho. Para el Tribunal Constitucional, por el contrario, la Constitución es exclusivamente límite, *ya que su función no es la de crear derecho, sino la de impedir que se cree derecho anticonstitucional*” (pág. 148).

El Tribunal Constitucional debe “...evitar que se le dé a un problema la solución que no se le debe dar. Es la interpretación del Tribunal Constitucional que es puramente negativa o defensiva” (pág. 149).

Francisco Javier Díaz Revorio (4) también rechaza esa posibilidad: “Pero si se extreman las consecuencias de esta idea, *el cuadro de los poderes del Estado pueden sufrir una radical transformación*, aproximándose las funciones del legislador y de la jurisdicción constitucional, pues aquél tiende a convertirse en un mero ‘desarrollador’ o ‘aplicador’ de la Constitución, mientras que el Tribunal Constitucional, con su última palabra en materia de interpretación constitucional, *termina por crear Derecho. Ello altera el modelo de Justicia Constitucional* y por eso el propio Kelsen rechazó en su día la aplicación de los Tribunales Constitucionales de esos principios generales, advirtiendo del ‘peligro’ que podrían suponer” (págs. 21-22).

Como se aprecia, el énfasis va por la teoría de la separación de funciones. Cada órgano tiene actividades especializadas que desarrollar, aunque excepcionalmente este esquema se rompa cuando la propia Constitución así lo determina. Tal es el caso de los Decretos Legislativos, cuando hay delegación expresa del Parlamento al Ejecutivo. O en el caso de los Decretos de Urgencia que tienen fuerza de ley y responden a una situación de crisis.

Para concluir queremos citar a un filósofo contemporáneo. Nadie discute la calidad e importancia de su obra. Nos referimos a Jürgen Habermas (6). La opinión de una persona no vinculada al derecho constitucional quizás haga meditar a los especialistas del área sobre los riesgos que acarrea convertir un Tribunal, pensado para impedir que se cree derecho anticonstitucional, como dice Pérez Royo, en un super poder que no responde ante nadie por la inconducta en la que puedan incurrir sus miembros cuando ejercen atribuciones que no tienen. ¿Qué dice Habermas? Dice: “En lo que concierne a la juridificación de la política, el Tribunal Constitucional desempeña, ciertamente, un *desafortunado papel en la medida que ejerce funciones de una especie de legislador lateral*” (pág. 171).

Aunque nosotros compartimos la totalidad de las argumentaciones, nuestra observación va por lado distinto.

V

Ahora toca a nuestro punto de vista. Para comenzar, partimos de la definición de lo que significa el término inconstitucionalidad: incompatibilidad de la ley con la Constitución, por lo que resulta inapropiado emplear la denominación de “incompatibilidad por omisión”. La incompatibilidad se infiere comparando normas de diferentes jerarquías, lo que no es posible entre un texto de la Constitución, que existe, con lo que no existe, porque la “omisión” es un no hacer. Y, lo que no se ha “hecho”, no existe.

El propio Tribunal Constitucional lo ha advertido, la inaplicación de una ley “no se realiza en forma abstracta, sino como resultado de la existencia de una situación concreta, cuya dilucidación exige la aplicación de una norma legal o con rango de ley” (Ex. 244-95 AA/TC. 30/6/97).

Si la idea de la inconstitucionalidad por omisión va en el sentido de que, la falta de una norma reglamentaria o de desarrollo constitucional, impide a una persona satisfacer un derecho, se incurre en error porque no se trata de una “inconstitucionalidad”, sino de un incumplimiento a un mandato constitucional: hacer la ley.

Se trataría, siguiendo con esa argumentación de la “inconstitucionalidad por omisión”, que se cumpla con lo que ordena la Carta. Pero en este caso hay, también, una reflexión urgente: someter al Parlamento al mandato imperativo del Tribunal Constitucional, nos lleva a la paradoja de que la institución elegida por el pueblo, en ejercicio de la democracia, tiene que aceptar los criterios de magistrados que no están sujetos a renovación por tercios, que no son elegidos por el pueblo y que asumen sus cargos en virtud de transacciones confusas.

Si se agrega el argumento sobre magistrados que no tienen formación económica, el resultado es más desalentador. Recordemos que el presidente del Tribunal Constitucional declaró que a él no le interesan los millones que pueda costar una solución política, porque ese es problema del Estado. Olvidando que él forma parte de las instituciones estatales. Y desconociendo que todos los operadores públicos “deben remar en una sola dirección”, para que la Constitución se cumpla dentro de un proyecto viable. Lo que implica conocer economía.

Por lo demás, no hay que alarmarse por afirmar que las sentencias de un Tribunal de esta naturaleza, que tiene como marco la Constitución (derecho y política), terminen tiñéndose de ideología no exenta de pasión e interés.

No hay sacrilegio en esta afirmación porque el Parlamento también actúa políticamente. El Ejecutivo, igualmente. Lo que los diferencia del quehacer del magistrado del Tribunal Constitucional es que el gobierno y los parlamentarios tienen un conocimiento “técnico” del manejo presupuestal y objetivos por alcanzar dentro de un “programa” de gobierno. La “caja fiscal” es la que permite o limita la satisfacción de los reclamos de multitudes desesperadas por la pobreza. Si hay recursos, se distribuyen. Si no existen, ¿qué hacer?

Pongamos un ejemplo sencillo. La Carta de mil novecientos setenta y nueve, en su artículo 10, consideraba que “*es derecho de la familia contar con una vivienda decorosa*”. ¿Imaginamos este dispositivo en manos de magistrados “radicales”, que se arrojan la facultad de legislar frente al “ocio” del Parlamento, para que ese “derecho” se haga realidad? Ese es un peligro real, no virtual. Lo es más si el poder se maneja desaprensivamente y se abren las puertas a personas que “combaten” la ideología de la Carta y proponen “sustituirla” por “procedimientos” ajenos a los de la reforma.

Hay otra preocupación: las discusiones del Parlamento son públicas, hay oposición, mayoría y minorías, los medios informan y se puede generar un debate en la sociedad para apreciar las bondades, factibilidades y perjuicios de un proyecto puesto en discusión en el seno del Congreso. ¿Ocurre lo mismo cuando debate el Tribunal Constitucional? No. Son conciliábulos esotéricos. La sociedad es ajena y no conoce los puntos de vista que se exponen, no participa, tiene que aceptar una decisión trascendental que lo compromete.

Imaginemos, por un instante, que el Tribunal Constitucional tiene prerrogativas para actuar como legislador positivo, establecidas en la Carta. Pues bien, ¿qué hacer cuando el producto del Tribunal resulta inconstitucional? ¿A dónde apelar? Si el Parlamento da una ley inconstitucional, queda el Tribunal de Garantías. Si el Tribunal de Garantías constitucionales opera como “legislador positivo” y viola la Constitución, ¿qué hacer?, ¿o, en este caso, los partidarios de la “inconstitucionalidad por omisión” podrían proponer, de repente, que el Tribunal tenga atribuciones de poder constituido con atribuciones constituyentes? Esperamos que no.

Rechazo, en consecuencia, la posibilidad legislativa positiva de los magistrados constitucionales. No sólo porque rompe con la doctrina de la separación de funciones y de los mecanismos de control sino que, además, se crea un superpoder que se deposita en manos de funcionarios a los que no se puede controlar en sus deseos expansivos de convertirse en el “gobierno” real de la nación.

Queda, hay que aceptarlo, un problema pendiente. Dejemos de lado una Constitución que pueda hacerse para, de manera extrema, incluir derechos presenciales propios del laboralismo del siglo XIX. Pensemos, en cambio, en una

Carta realista pero que, efectivamente, consagra derechos que por falta de una ley no pueden ejercerse o gozarse. El camino, a nuestro juicio, pasa por una reforma de la Carta que recoja lo que podría ser una solución: la extensión de la acción de cumplimiento, para que se “cumpla” con lo que dispone la Carta.

Ello supone otras modificaciones (el no mandato imperativo, por ejemplo), pero admitamos que ese es un camino viable. Si es así, lo que debe quedar totalmente claro es que el Tribunal podrá decir al legislador que haga la ley, pero lo que no podrá es disponer sobre el contenido de la ley, porque de hacerlo usurparía funciones ajenas, cometiendo delito. Salvo que éste fuese inconstitucional.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Carpio Marcos, Edgar y Eto Cruz, Gerardo. 2004. *El Control de las Omisiones Inconstitucionales e Ilegales en el Derecho Comparado*. Funda, México.
2. Casal, Jesús. “La Protección de la Constitución Frente a las Omisiones Legislativas”, pp. 1759-1816, en Ferrer Mac Gregor, Eduardo. 2002. *Derecho Procesal Constitucional*. Tomo II. Tercera edición. Editorial Porrúa. México.
3. Castillo Córdova, Luis. 2004. *Comentarios al Código Procesal Constitucional*. Ara Editores. Lima.
4. Díaz Revorio, Francisco Javier. 2004. *La Constitución “Abierta” y su Interpretación*. Palestra. Lima.
5. Eto Cruz, Gerardo. 1992. *La Inconstitucionalidad por Omisión. Doctrina Constitucional*. Editorial Trujillo, pp. 237-307.
6. Habermas, Jürgen. 2000. *Más allá del Estado Nacional*. Fondo de Cultura Económica, México.
7. Pérez Royo, Javier. 2000. *Curso de Derecho Constitucional*. Marcial Pons. Madrid.
8. Rebato Peño, María Elena. 2000. “Inconstitucionalidad por Omisión y Libertad Informativa”, pp. 111-135, en *La Justicia Constitucional en el Estado Democrático*. Tirant Lo Blanch. Valencia (Recopilación: Espín Templado y Díaz Revorio, F. Javier).
9. Sagües, María Sofía. Garantías de Control de la Inconstitucionalidad por Omisión, pp. 2499-2537, en Ferrer Mac Gregor, Eduardo. 2002. *Derecho Procesal Constitucional*. Editorial Porrúa. Tomo III. Tercera edición. México.
10. Sagües, Néstor Pedro. 1989. *Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario*. Tomo I. Editorial Astrea. Buenos Aires.