

UNIVERSIDAD NACIONAL DE TUMBES
ESCUELA DE POSGRADO
MAESTRIA EN DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO
CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO



**Inconstitucionalidad omisiva en el Perú y la necesidad de un
nuevo proceso de garantía para remediarla.**

TESIS

**Para optar el grado académico de Maestro en Derecho con
mención en Derecho Constitucional y Administrativo**

Autor: Br. Percy Elmer León Dios

Tumbes, 2021

UNIVERSIDAD NACIONAL DE TUMBES
ESCUELA DE POSGRADO
MAESTRIA EN DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO
CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO



**Inconstitucionalidad omisiva en el Perú y la necesidad de un
nuevo proceso de garantía para remediarla**

JURADO DICTAMINADOR

Dr. Víctor William Rojas Lujan (Presidente)

Dr. Perú Valentín Jiménez La Rosa (Secretario)

Mg. Javier Ruperto Rojas Jiménez (Vocal)

Tumbes, 2021

UNIVERSIDAD NACIONAL DE TUMBES
ESCUELA DE POSGRADO
MAESTRIA EN DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO
CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO



**Inconstitucionalidad omisiva en el Perú y la necesidad de un
nuevo proceso de garantía para remediarla**

RESPONSABLES

Br. Percy Elmer León Dios (Autor)

Mg. Valencia Hilares Hugo (Asesor)
Código ORCID: 0000-0002-1529-9012

Tumbes, 2021

ACTA DE SUSTENTACIÓN



UNIVERSIDAD NACIONAL DE TUMBES
Licenciada
Resolución del Consejo Directivo N° 155-2019-SUNEDU/CD
ESCUELA DE POSGRADO
Tumbes – Perú

ACTA DE SUSTENTACION DE TESIS

En Tumbes, a los veinticinco días del mes de junio del año dos mil veintiuno, a las 6:00 P.M horas, en la modalidad virtual por disposición del señor Rector de la Universidad Nacional de Tumbes, Dr. Carlos Alberto Cánepa La Cotera, según Resolución N° 0395-2020/UNTUMBES-CU de fecha 15 de junio de 2020, se reunieron los miembros del Jurado designados con Resolución de Consejo de Escuela N° 0115-2019/UNTUMBES-EPG-CE, de fecha 01 de julio de 2019: **Dr. Víctor William Rojas Luján** (Presidente); **Dr. Perú Valentín Jiménez La Rosa** (Secretario) y **Mg. Javier Ruperto Rojas Jiménez** (Miembro); con Resolución Directoral N° 0049-2019-/UNTUMBES-EPG-D, de fecha 22 de marzo de 2019, se aprobó y autorizó la ejecución del Proyecto de Tesis **"Inconstitucionalidad Omisiva en el Perú y la necesidad de un nuevo proceso de Garantía para remediarla"** propuesto por el maestrante Percy Elmer León Dios, presentado el Informe Final de Tesis por el mencionado Maestrante de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Tumbes, mediante Acta de Evaluación de dicho Informe Final, de fecha 16 de junio de 2021, el Jurado acordó por unanimidad APROBAR el citado Informe Final de Tesis: **"Inconstitucionalidad Omisiva en el Perú y la necesidad de un nuevo proceso de garantía para remediarla"** presentado por el maestrante de Derecho con mención en Derecho Constitucional y Administrativo, Br. Percy Elmer León Dios, acordando además que se encuentra expedito para la sustentación y defensa, a realizarse el día de la fecha, a las 18:00 horas, por el aplicativo Google Meet o Zoom, cuyo enlace será remitido oportunamente; con Resolución Directoral N° 0168-2021/UNTUMBES-EPG-D la Dirección de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Tumbes declaró expedito el mencionado Informe Final para la sustentación y defensa de la tesis: **"Inconstitucionalidad omisiva en el Perú y la necesidad de un nuevo proceso de garantía para remediarla"**; presentado por el maestrante de Derecho con mención en Derecho Constitucional y Administrativo, Br. PERCY ELMER LEON DIOS y asesorado por el Mg. Hugo Valencia Hilaes identificado con DNI N° 00326525.

Presente el maestrante PERCY ELMER LEÓN DIOS, identificado con DNI N° 00244604, concluida la exposición y sustentación, absueltas las preguntas y efectuadas las observaciones, lo declaran: **APROBADO CON CALIFICACIÓN SOBRESALIENTE**, dando cumplimiento al artículo 29 del Reglamento de Investigación con fines de Graduación en la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Tumbes vigente. Siendo las 8:10 P.M horas, del mismo día, se dio por concluido el acto académico, y dando conformidad se procedió a firmar la presente acta.

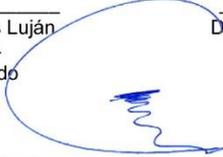
Tumbes, 25 de junio de 2021.



Dr. Víctor William Rojas Luján
DNI N° 17908414
Presidente de Jurado



Dr. Perú Valentín Jiménez La Rosa
DNI N° 00373240
Secretario de Jurado



Mg. Javier Ruperto Rojas Jiménez
DNI N° 43446519
Miembro de Jurado

C.c. Jurado de Proyecto de Tesis (3), Asesor (1), sustentante (1), UI (2)

DEDICATORIA

Este trabajo se lo dedico a mis queridos padres: Evelio León Castillo y Aydee Dios Risco, como evidencia que su sacrificio en la formación profesional de sus hijos no fue vano.

El Autor.

AGRADECIMIENTO

Expreso mi eterno agradecimiento a todos los amigos que desinteresadamente colaboraron en la realización del presente trabajo, especialmente a los juristas y abogados convocados en la entrevista y encuesta realizadas.

El Autor.

ÍNDICE GENERAL

	Página
CAPÍTULO I	13
1. INTRODUCCIÓN	13
CAPÍTULO II	17
2. MARCO REFERENCIAL DEL PROBLEMA	17
2.1. Antecedentes	17
2.2. Bases teórico-científicas.	27
2.3. Definición de términos básicos.....	51
CAPÍTULO III	59
3. MATERIAL Y MÉTODOS.	59
3.1. Tipo de estudio y diseño de contrastación de hipótesis.	59
2.4. Población, muestra y muestreo.....	60
2.5. Métodos, técnicas e instrumentos de recolección de datos.	62
2.6. Procesamiento y análisis de datos.	65
CAPÍTULO IV	66
4. RESULTADOS Y DISCUSIÓN	66
1.1. RESULTADOS.....	66
1.2. DISCUSIÓN.....	75
CAPÍTULO V	128
5. CONCLUSIONES	128
CAPÍTULO VI	131
6. RECOMENDACIONES	131
CAPÍTULO VII	133
7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	133
CAPÍTULO VIII	138
8. ANEXOS	138

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1: Diseño de contrastación de hipótesis:	60
Tabla 2: Resultado de la fiabilidad de la Inconstitucionalidad omisiva y Proceso de garantía constitucional.....	63
Tabla 3: Escala Valorativa de los cuestionarios:	64
Tabla 4: Nivel de valoración de la Inconstitucionalidad omisiva y Proceso de garantía constitucional.....	66
Tabla 5: Nivel de las dimensiones de la Inconstitucionalidad omisiva.....	69
Tabla 6: Nivel de las dimensiones del Proceso de garantía constitucional.	71
Tabla 7: Prueba de normalidad de la Inconstitucionalidad omisiva y Proceso de garantía constitucional.....	72
Tabla 8: La Inconstitucionalidad omisiva se relaciona significativamente con la dimensión primacía constitucional.....	73
Tabla 9: La Inconstitucionalidad omisiva se relaciona significativamente con la dimensión de estado y sociedad.	74
Tabla 10: El Proceso de garantía constitucional se relaciona significativamente con la dimensión de Legislación nacional.....	74
Tabla 11: El Proceso de garantía constitucional se relaciona significativamente con la dimensión Legislación comparada.....	75

ÍNDICE DE FIGURAS

Figura 1. Nivel de valoración de la Inconstitucionalidad omisiva.....	68
Figura 2. Nivel de valoración del Proceso de garantía constitucional.	68
Figura 3. Nivel de la dimensión investigación de la Inconstitucionalidad omisiva.	70
Figura 4. Nivel de la dimensión objetividad de la Inconstitucionalidad omisiva. ...	70
Figura 5. Nivel de la dimensión garantía del Proceso de garantía constitucional.	71
Figura 6. Nivel de la dimensión procesal del Proceso de garantía constitucional.	72

ÍNDICE DE ANEXOS

Página

Anexo 1: Cuestionarios de Evaluación Encuesta	138
Anexo 2 Anexo 02: Documentos de Gestión.....	140
Anexo 3: Cuestionario de preguntas de entrevista a juristas y magistrados.	144
Anexo 4: Matriz de Consistencia	145
Anexo 5: Propuesta de fórmula de reforma constitucional	147
Anexo 6: propuesta de fórmula legal modificatoria del código procesal constitucional: "Proceso por acto Omisivo Inconstitucional"	148
Anexo 7: Relación de algunas disposiciones constitucionales pendientes de reglamentación mediante ley de desarrollo constitucional.	152
Anexo 8: Informe de Originalidad Turnitin	156

RESUMEN

La presente investigación, titulada “Inconstitucionalidad omisiva en el Perú y la necesidad de un nuevo proceso de garantía constitucional para remediarla”, tiene como objetivo general demostrar que la inconstitucionalidad por omisión es un problema trascendente pendiente en el país, que incide en la necesidad de regular en nuestro ordenamiento jurídico una nueva garantía constitucional, con su respectivo proceso, destinados a resolverlo. El tipo de investigación fue no experimental, de diseño correlacional. La población estuvo conformada por el Pleno del Tribunal Constitucional y juristas-docentes integrantes del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial, así como de las Escuelas de Post Grado de las Universidades Nacionales de Tumbes, Piura, Pedro Ruiz Gallo y San Marcos, Universidad Privada de Piura y Universidad de Lima, generándose una muestra aleatoria no probabilística de 25 elementos. La técnica empleada fue la encuesta y la entrevista y el instrumento el cuestionario, estableciendo su confiabilidad mediante el procesamiento estadístico del Alfa de Cronbach, cuyos valores son en la variable inconstitucionalidad por omisión de 0.883 y nuevo proceso de garantía constitucional de 0.708, indicando una alta confiabilidad de los instrumentos utilizados. Y la relación que existe entre la inconstitucionalidad por omisión y un nuevo proceso de garantía constitucional es $R = 0.776$ (correlación positiva alta) con nivel de significancia $p = 0.000$ siendo esto menor al 5% ($p < 0.05$) por lo cual se descarta la hipótesis nula; se demuestra que la inconstitucionalidad por omisión se relaciona significativamente con el nuevo proceso de garantía constitucional que se propone.

Palabras Clave: Inconstitucionalidad por omisión y nuevo proceso de garantía constitucional

ABSTRACT

The present investigation, entitled Omitting unconstitutionality in Peru and the need for a new constitutional guarantee process to remedy it, has the general objective of showing that unconstitutionality by omission is a problem not yet resolved in the country, which affects the need to regulate a new constitutional guarantee process aimed at solving it. The type of research is non-experimental, of correlational design. The population was made up of the Plenary of the Constitutional Court and jurists-teachers who are members of the Constitutional Court and the Judicial Power, as well as the Postgraduate Schools of the National Universities of Tumbes, Piura, Pedro Ruiz Gallo and San Marcos, Private University of Piura and Universidad de Lima, generating a non-probabilistic random sample of 25 elements. The technique used was the survey and the interview and the instrument the questionnaire, establishing its reliability through the statistical processing of Cronbach's Alpha, whose values are in the unconstitutionality variable by omission of 0.883 and new constitutional guarantee process of 0.708, indicating a high reliability of the instruments used. And the relationship that exists between unconstitutionality by omission and a new constitutional guarantee process is $R = 0.776$ (high positive correlation) with a level of significance $p = 0.000$, this being less than 5% ($p < 0.05$), which is why the null hypothesis; it is shown that unconstitutionality by omission is significantly related to the new constitutional guarantee process that is proposed.

Keywords: Unconstitutionality by omission and new constitutional guarantee process

CAPÍTULO I

1. INTRODUCCIÓN

La Constitución Política del Perú, aprobada por el Congreso Constituyente Democrático de 1993, en su artículo 51º dispone: “La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente...”; en su artículo 1º que “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”; en su artículo 2º, luego de efectuar el detalle de derechos específicos, en su numeral 24, señala que toda persona tiene derecho “A la libertad y seguridad personales. En consecuencia: a) Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe” y en su artículo 3º que “La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”; asimismo en su Cuarta Disposición Final y Transitoria dispone que “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”. Por lo tanto, no cabe duda que ella es el parámetro de control de la ley, pero también de cualquier otro acto de la administración estatal o de las personas que habitan el país.

La ley debe ser interpretada y aplicada a la luz de la Constitución, pues de resultar contraria a ella no es posible que permanezca vigente por resultar inconstitucional; y es que en el Estado Constitucional de Derecho todo acto que contraviene la Carta Fundamental deviene en nulo e ineficaz, por ilegal, contrario al orden jurídico constitucional.

Lo expuesto tiene que ver con el control de constitucionalidad. Esto es el poder de verificación, a través de los procesos constitucionales establecidos, de la correspondencia o compatibilidad que debe existir entre los actos normativos emitidos por los poderes públicos con el texto constitucional, pudiendo anularse y expulsarse del ordenamiento jurídico aquellas normas que quebranten las reglas, los principios y valores constitucionales; es el examen de constitucionalidad de las leyes, el mismo que en términos latos debe realizarse no solo por la jurisdicción especializada, sino también por cualquier autoridad administrativa del Estado. Sobre este punto ALONSO (2011), citado por SAGÜES (2005), sostiene con acierto que el control de constitucionalidad puede ser de dos clases: el judicial y el no judicial, pues, Más allá de que el modelo judicial es el predominante y preponderantemente en nuestro medio, también los otros poderes tienen encomendada y realizan limitadamente la función de control de constitucionalidad. Baste para ello, pensar en el supuesto de que una de las Cámaras del Congreso no aprueba un proyecto de ley fundado en su invalidez constitucional o cuando por las mismas razones el Presidente veta una ley dictada por el Poder Legislativo, o que ambos poderes decidan dictar una ley que deroga a otra por considerarla inconstitucional.

Por control de la constitucionalidad se entiende entonces normalmente a la actividad de juzgar una ley de conformidad con la Constitución; en este sentido, cuando la interpretación de la ley supera dicha prueba “es conforme”, entonces resulta ser constitucional. Al efecto la propia Constitución Política del Perú en sus artículos 200º y 202º ha puesto a disposición de sus habitantes una serie de “garantías constitucionales” con el objeto de sostener y defender sus derechos frente a las autoridades, individuos o grupos sociales; entre las que se cuenta la acción de inconstitucionalidad y el amparo.

El cumplimiento *in integrum* del texto constitucional por lo general es un deber que se encuentra a cargo de las autoridades del Estado, según sus atribuciones y competencias, principalmente de aquellas investidas del poder de aprobar las leyes (léase Poder Legislativo) y normas de similar o menor rango, de desarrollo, necesarias para poner en vigor todos los ámbitos que contempla la Constitución,

porque se entiende ella contiene un programa o proyecto transversal socio-político-económico y cultural de obligatorio cumplimiento, que es la promesa del poder constituyente a la nación, para elevar el nivel de vida de los habitantes del país, como tránsito hacia el Estado-bienestar o por lo menos más eficiente en la prestación de los servicios públicos, sin discriminaciones y en igualdad de beneficios y oportunidades.

Pero ¿Qué sucede cuando transcurre un plazo razonable de vigencia de la Constitución y ésta no se pone en vigor en toda sus dimensiones, o cuando habiéndose promulgado una ley de desarrollo constitucional ésta deviene en lesiva a los derechos fundamentales y el legislador competente omite realizar el control de constitucionalidad para derogarla o modificarla o dictar el ordenamiento que la sustituya? La respuesta es obvia: el silencio del legislador se convierte en un acto omisivo contrario a la Constitución que, similar a lo que ocurre con la ley inconstitucional, no puede permanecer impasible o inmutable en el tiempo y exige racionalmente ser sometido a control de constitucionalidad para hacerlo soluble al derecho, obligando al legislador y/o en todo caso al Estado, a través de los órganos jurisdiccionales, a emitir las normas o medidas que permitan restaurar la vigencia plena del texto constitucional y de esta manera que los derechos fundamentales expectaticios por largo tiempo vulnerados se vuelvan realidad en favor de sus beneficiarios; en el entendido que en un modelo de Estado Constitucional de Derecho, como el que rige en el Perú, resulta contraproducente tolerarse un estado de cosas de resignación a sobrellevar la subsistencia de este tipo de actos violatorios de la Carta Fundamental; y precisamente el acto inconstitucional omisivo es el tema que motivó la investigación realizada, materia del presente informe.

Para focalizar el desarrollo del presente trabajo, se planteó, la siguiente pregunta: ¿De qué manera la inconstitucionalidad omisiva, incide en la necesidad de regular un nuevo proceso de garantía constitucional?

El objetivo general es: Demostrar que el problema de la inconstitucionalidad omisiva existe en el país e incide en la necesidad de regular un nuevo proceso de garantía constitucional para resolverlo. Y como **objetivos específicos:** Identificar

la relación que existe entre la Inconstitucionalidad omisiva y la dimensión de primacía de la Constitución. Identificar la relación que existe entre la Inconstitucionalidad omisiva y la dimensión de Estado y sociedad. Identificar la relación que existe entre un nuevo proceso de garantía constitucional y la dimensión de legislación nacional. Identificar la relación que existe entre un nuevo proceso de garantía constitucional y la dimensión de legislación comparada.

La hipótesis general fue: La Inconstitucionalidad omisiva existe en el Perú y dada su trascendencia incide significativamente con la necesidad de regular un nuevo proceso de garantía constitucional para resolverlo. Y como **hipótesis específicas o secundarias:** La Inconstitucionalidad omisiva se relaciona significativamente con la dimensión de Estado y sociedad. Un nuevo proceso de garantía constitucional se relaciona significativamente con la dimensión de legislación nacional. Un nuevo proceso de garantía constitucional se relaciona significativamente con la dimensión de legislación comparada. La Inconstitucionalidad omisiva se relaciona significativamente con la dimensión de primacía de la Constitución.

La investigación demostró que la falta de regulación de la inconstitucionalidad omisiva trae como consecuencia una negativa afectación de derechos fundamentales de las personas, con mayor grado en los grupos humanos pobres y vulnerables del país; por tanto su regulación positiva como nueva garantía se reflejará en la no afectación de derechos fundamentales y la consolidación del Estado Constitucional de Derecho.

CAPÍTULO II

2. MARCO REFERENCIAL DEL PROBLEMA

2.1. Antecedentes

La puesta en vigencia de una Constitución Política supone dos aspectos importantes: El nacimiento de la obligación general de las autoridades del Estado de desarrollarla e implementarla ulteriormente en todos sus aspectos y como contrapartida el derecho ciudadano a la emisión de las leyes de desarrollo necesarias para ese propósito.

Sin embargo la experiencia evidencia que muchas veces ello no ocurre así; por esa razón el constituyente ha establecido en el propio texto de la Constitución una serie de garantías tendientes a mantener su vigencia y la de los derechos fundamentales que contiene ante cualquier eventualidad y circunstancia. Si no fuera así, el desacato indefinido en el tiempo a los mandatos del constituyente por acción u omisión importa incuestionablemente la violación flagrante de la Carta Fundamental, por incumplimiento del contrato social diseñado para alcanzar los más altos niveles de calidad de vida de las personas, que tienen que ver con su dignidad, que como se sabe es el fin supremo de la sociedad y del Estado¹; y con ello la frustración del tránsito hacia el nuevo orden social y altos estándares de vida en el modelo de Estado visualizado por el constituyente.

La Constitución no es un cuerpo de principios y valores románticos, pues en la doctrina y praxis actual ha dejado de ser un simple cuerpo político y se ha convertido en una verdadera norma jurídica, por ello tiene fuerza vinculante vertical

¹ Art. 1º Const. Política del Estado.- “La defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

y horizontal y obliga a todos los poderes públicos como a los ciudadanos. Sobre este punto señala GAMBOA (2009) “la Constitución es vinculante o dirigente, aludiendo a un programa de actuación futura que debe llevarse a cabo por los poderes constituidos”.

El problema de las omisiones inconstitucionales emerge con mayor nitidez, con el advenimiento y consolidación del neoconstitucionalismo, donde toda la organización del Estado, el ejercicio de los poderes públicos, e incluso el desarrollo de las actividades privadas de las personas, se encuentran sometidas a la observancia de los límites establecidos en la Constitución, vale decir, al control de constitucionalidad; acentuándose el mandato de cumplimiento de todos los ámbitos de la Constitución sobre el propio Estado y sus autoridades representativas, quienes tienen la obligación de tomar todas las medidas necesarias para llevar a cabo el proyecto de nueva sociedad concebida por el poder constituyente, en beneficio de los habitantes del país, bajo responsabilidad.

Sin embargo, en los hechos, ocurre cada vez con mayor frecuencia que las autoridades estatales de manera irrazonable omiten materializar aspectos centrales contemplados en la Carta Fundamental en el transcurso del tiempo, actuación pasiva que se trasunta indiscutiblemente en “omisiones inconstitucionales” que, por su trascendencia, no pueden continuar inadvertidas ni sujetas a la indiferencia social, sino que reclaman una solución efectiva, para que de esta manera se preserve el modelo y el principio esencial de vigencia plena de la Carta y de los derechos fundamentales que contiene. Veamos a continuación algunos estudios sobre el tema.

Internacionales:

Flores (2017), en su artículo, “Comentarios a la acción de inconstitucionalidad 101/2014 resuelta por la Suprema Corte de Justicia de México, **referida** a la proporcionalidad en normas de seguridad social”, sostiene como hipótesis que las razones para que se declare la inconstitucionalidad de las normas se centra en que las medidas que sean adoptadas por el legislador para alcanzar los bienes

perseguidos fueron desproporcionadas. El objetivo de estudio es tratar de explicar que las razones de la declaración de inconstitucionalidad de las normas se debió a que no existe una justificación de rango constitucional para aplicar un descuento del 12% a la pensión de personas jubiladas, con la intención de destinar ese porcentaje al fondo de pensiones por jubilación, al no existir razón para que un trabajador que ha alcanzado la edad para jubilarse siga aportando cuotas a ese propósito cuando se hace acreedor a tal derecho. Señala que la población objeto de estudio está referida a las personas jubiladas, que tienen un fondo para acceder a su pensión. Como resultado de la investigación se llegó a determinar que no existe una adecuación entre el fin legítimamente perseguido de asegurar el pago de cuotas por parte de las patronales y la medida de suspender los trámites de los trabajadores y sus familiares cuando no estén al corriente de sus cuotas; llegando a sancionarse a éstos, cuando la responsabilidad del pago de las aportaciones de seguridad social no es una responsabilidad que les corresponda, sino que éstos pagos corresponden al patrón (entiendase empleador), de manera que la medida no es idónea, porque no se ajusta a la finalidad perseguida con los medios empleados. El autor destaca cómo la Suprema Corte de México ejerció control de constitucionalidad sobre normas reguladoras de la seguridad social, que perjudicaron a los jubilados aportantes por supuesta falta de pago, cuando la obligación recaía en el empleador.

Rodríguez (2017), autor de la Tesis Doctoral titulada “La controvertida inconstitucionalidad por omisión legislativa”, llega a sostener en este trabajo como objetivo principal desarrollar una postura decisiva de cómo debe resolverse y analizarse por procedimientos de garantía constitucional, el problema de la inconstitucionalidad de las omisiones legislativas, y que a efectos de uniformizarse los procesos de inconstitucionalidad establecidos y que se vienen ejecutando al respecto en determinados Estados de la República de México, como el de Chiapas, Veracruz, Coahuila y Querétaro; en que se pueda sistematizar y definir concisamente un proceso uniforme de inconstitucionalidad sobre omisiones normativas, aprovechándose al máximo los aportes dados por las sentencias interpretativas que se hayan dictaminado al respecto por el Tribunal Constitucional

de Chiapas y por los Tribunales Supremos de otros Estados de la Federación Mexicana.

En base a una investigación de análisis doctrinario, jurídico y jurisprudencial el autor llegó a la conclusión central de que en México el tratamiento de las omisiones legislativas se ha venido dando a nivel de la jurisdicción constitucional–estadual, tanto por incorporarse tales omisiones en las Constituciones Fundamentales de los Estados de Chiapas y Veracruz principalmente, y en otros Estados se ha venido abordando la resolución de las omisiones normativas por inconstitucionalidad a través de sentencias interpretativas que tratan a las omisiones normativas como vicios de inconstitucionalidad.

Arenas (2014), autora del artículo de investigación jurídica titulado: “Inconstitucionalidad por omisión legislativa. Contexto colombiano”, sostiene que en su país aún no se ha contemplado directamente sobre las omisiones legislativas, pese a cierto tratamiento jurisprudencial que se ha venido dando por la Corte Constitucional Colombiana; pero que en sí, de manera análoga como se da en el caso procesal–constitucional peruano, no se ha venido tratando la regulación jurídica sobre la inconstitucionalidad por omisiones legislativas, a causa de los problemas considerativos de afectarse supuestamente a la división de poderes, así como de tenerse una ineficacia de los postulados constitucionales al no contemplarse los requisitos necesarios para el reconocimiento y abordaje por inconstitucionalidad sobre las omisiones normativas, y que por ende asimismo no se ha estado dando con la ejecución requerida de la supremacía de la Constitución como debería darse en sí, teniéndose más bien indebidamente un presunto temor de que se dé una situación de dictadura de los jueces, al tenerse que tratar por parte de la Corte Constitucional sobre las omisiones que ocurran a nivel del Legislativo, y de poder obligarse al Congreso a que emita leyes correctas y concretas que permitan la ejecución de las disposiciones normativas contempladas en la norma constitucional, como a la vez de exigirse al Parlamento que subsane inmediatamente los vacíos legales que lleguen a presentar las normas jurídicas emitidas deficientemente, sin considerarse que el Tribunal o Corte Constitucional esté ejerciendo alguna forma de injerencia indebida sobre la función legislativa del Congreso.

Alomoto (2013), autor de la tesis titulada “La Inconstitucionalidad por Omisión Legislativa en el Ecuador”, sostiene como objetivo central de su investigación jurídica - constitucional la necesidad de reconocerse sobre cómo se viene aplicando el proceso de inconstitucionalidad de omisiones legislativas y el nivel de eficacia que se viene teniendo sobre casos de demandas abordadas al respecto por la Corte Constitucional Ecuatoriana, y sobre cómo se viene tratando dicho proceso de inconstitucionalidad en torno a las normas constitucionales y legales ecuatorianas vigentes; repasándose acerca del procedimiento y alcance del instituto señalado, de cómo está regulado por la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional de Ecuador; y en concordancia de cómo se ha venido ejecutando en torno al análisis de las sentencias dictaminadas por la Corte Constitucional Ecuatoriana sobre la inconstitucionalidad por omisión legislativa, para así entenderse el modo en que el órgano de control constitucional está aplicando el instituto en dicho país.

En base al desarrollo de una investigación de carácter dogmático - doctrinario y de análisis jurídico como jurisprudencial, el autor llegó a las conclusiones principales de que la aplicación básica y taxativa que se viene dando en torno a la inconstitucionalidad por omisiones legislativas que se viene haciendo en determinada forma, considerada dentro de la ejecución de los procesos por inconstitucionalidad que se vienen efectuando por parte de la jurisdicción procesal – constitucional del Ecuador, viene permitiendo al instituto jurídico – constitucional tratado, que se haya podido superar la etapa que señalaba como objeto exclusivo del Derecho Procesal Constitucional al control por acción, abriéndose notablemente la puerta al control de las omisiones jurídicas de las instituciones del Estado. Y por otra parte, resalta el autor, que si bien en la Ley Fundamental ecuatoriana del 2008 se llega a contemplar el fundamento jurídico – constitucional que ampara la aplicación de la inconstitucionalidad sobre omisiones legislativas, en base a la contemplación de una visión amplia acerca de dicho tipo de proceso de inconstitucionalidad, concibiendo que la inconstitucionalidad por omisiones jurídicas se acciona por la falta de actuación conforme a un mandato constitucional que imponga el deber de cualquier actuación a un organismo del Estado, y dentro de esto, la falta de expedición de normas por parte de cualquiera de los órganos

que posean alguna competencia legislativa-normativa; que lleguen a emitir normas que desconsideren u omitan la ejecución de derechos y principios constitucionales contemplados en la Carta Magna; y asimismo que en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional del 2009 se señala de forma acertada que la inconstitucionalidad por omisión legislativa se interpone a través de una acción con legitimación activa amplia, cuya competencia recae en manos de la Corte Constitucional Ecuatoriana, pero con el error grave de desarrollar únicamente al instituto desde el enfoque relativo de la inconstitucionalidad por omisión legislativa, siendo evidente que la Ley Procesal-Constitucional Ecuatoriana tiene una omisión relativa, ya que no señala el tratamiento ni efectos de la decisión de la Corte Constitucional para dar tratamiento y resolución por inconstitucionalidad a los casos de omisiones jurídicas de actuación de otros organismos del Estado.

Castro (2003), autor de la tesis doctoral titulada “La Inconstitucionalidad por Omisión: Una Reforma Necesaria en la Constitución Ecuatoriana”, luego de ilustrar con abundantes ejemplos de disposiciones constitucionales pendientes de reglamentación legal en su país, señala que la quiescencia, inacción, inercia u omisión de las funciones del Estado frente a claros y concretos mandatos del constituyente producen efectos contrarios a lo que dispone la Constitución y entonces nos encontramos frente al caso de la inconstitucionalidad omisiva, pues la Constitución no solo se vulnera cuando se hace lo que ella prohíbe hacer, sino también cuando se deja de realizar lo que ella ordena que se haga; por ello, agrega, es necesario que se regule la figura de la inconstitucionalidad por omisión porque el silencio e inacción del legislador o autoridad frente al mandato constitucional, como bien señala Ignacio Villaverde, es también una manera de hacer política que, indudablemente, trae aparejadas consecuencias sociales y jurídicas, ya que ese tipo de comportamiento funcional omisivo de las autoridades públicas, permite la supervivencia del statu quo, impidiendo el cambio que la norma constitucional persigue. Afirma que resulta inconcebible, en suma, que un poder constituido pueda, por desidia o por inercia, -o por otros intereses ajenos a la norma fundamental adicionamos nosotros-, dejar sin efecto lo preceptuado por el poder constituyente. Añade que declarar la inconstitucionalidad de normas de inferior rango que contradigan el texto constitucional, así como buscar la plena operatividad

de las normas constitucionales, aun cuando la inacción legislativa haya frustrado la expedición de la ley reglamentaria, forman parte consustancial de la problemática de la defensa jurídica de la Constitución. Pero esa defensa no puede quedarse en la mera denuncia de la existencia de la omisión inconstitucional, sino que debe formularse jurídicamente el instituto, estableciendo remedios para este mal, que se ha convertido en crónico en el constitucionalismo contemporáneo. Concluye señalando que “Es indudable que la fuerza normativa de la Constitución como ley suprema, repudia la posibilidad que el legislador o el funcionario público puedan alterar sus disposiciones por medio de acciones u omisiones que la contradigan”.

Nacionales:

ETO (2014), en su ensayo titulado “El incumplimiento de las sentencias exhortativas vinculantes del Tribunal Constitucional como una modalidad de Inconstitucionalidad por Omisión de Configuración Jurisprudencial”, incorporado al Libro “Treinta Años de Jurisdicción Constitucional en el Perú” publicado por el Tribunal Constitucional, sostiene que recientemente los Tribunales Constitucionales del mundo reconocen importantes cambios en lo que concierne a los principios y derechos que han sido reconocidos y redimensionados al compás y por impulso de las exigencias de las nuevas realidades, pero también, y no en menor medida, en el ámbito de las técnicas y formas de protección que de tales derechos realizan los tribunales y cortes en sus sentencias y autos; señala que utilizando fórmulas que se alejan del paradigma del Tribunal Constitucional “legislador negativo”, incardinándose en una lógica de “reparación bilateral” o “compartida” de la ley inconstitucional, en la que participan “solidariamente”, tanto el órgano jurisdiccional a través de sus decisiones definitivas e inapelables, como los órganos políticos encargados de llevar a la práctica el “ideal regulativo” que aparece en tales decisiones; encontrándonos de esta manera en el pico más alto de una “revolución” a nivel de las fórmulas de decisión constitucional, en el campo de las denominadas “sentencias constitucionales atípicas, que agrupan aquellas decisiones jurisdiccionales que no se encuadran perfectamente dentro del binomio “constitucionalidad – inconstitucionalidad”, sino suponen el ensayo de novedosos métodos de interpretación y decisión constitucional, ello por la necesidad de evitar que la

declaración de inconstitucionalidad de una ley produzca un vacío legal cuyo efecto seas más pernicioso aún que la ley inconstitucional, cuya reparación se pretende. Agrega que si bien sobre esto la doctrina nacional y extranjera se han encargado de proponer importantes clasificaciones y nomenclaturas para sistematizar los tipos de sentencia; sin embargo, existe “sequía” de estudios en torno a los métodos necesarios para dar cumplimiento a las sentencias atípicas; las que por lo general contienen un mandato cuya implementación requiere de la actuación de diversos actores jurisdiccionales y políticos, si es que no se quiere hacer de ellas un simple ejercicio de retórica. Por lo que plantea la tesis que la figura de la inconstitucionalidad por omisión, inicialmente pensada en términos de ausencia de una legislación exigida directamente por la Constitución, es también aplicable al supuesto de incumplimiento de una sentencia exhortativa vinculante del Tribunal Constitucional por el Congreso de la República, ya que dichas exhortaciones constituyen la concretización o intermediación interpretativa efectuada por el Tribunal Constitucional, de las normas constitucionales. Por ende, la desobediencia o iniciativa legislativa frente a una sentencia exhortativa configura un supuesto de inconstitucionalidad por omisión de origen jurisprudencial.

Sánchez (2014), en su artículo de Investigación Jurídica “Inconstitucionalidad Por Omisión: El Tribunal Constitucional Peruano como legislador positivo”, plantea la importancia que tiene la función del Tribunal Constitucional en ejercer como legislador positivo en base a la aplicabilidad de la inconstitucionalidad por omisión, a efectos de promover propiamente el desarrollo sistemático aplicativo de la importancia y finalidad legislativa del ejercicio funcional del Congreso de la República, de hacerse ejecutable propiamente las normas jurídicas promulgadas por el Legislativo y evitarse ante todo los problemas de omisiones legislativas, a fin así de poderse garantizar la eficacia normativa de la Constitución y por ende de valorarse jurídica y aplicativamente la regulación de la garantía de acción de inconstitucionalidad por omisión. En base a lo aportado por el autor en su artículo de estudio, llega a sostener de manera muy sugestiva sobre la necesidad de regularse explícitamente en la normatividad constitucional peruana acerca de la ejecución de procedencia y de la vía procedimental aplicable para la acción de inconstitucionalidad por omisión, tanto para hacer eficazmente posible la aplicación de normas generales en casos o situaciones especiales, y por ende evitándose

omisiones normativas – legislativas al respecto, y asimismo de poder extenderse dicha acción de inconstitucionalidad en su ejecución para garantizar y exigir un ejercicio efectivo y transparente de sus funciones legislativas a la entidad legisladora encargada de la elaboración y promulgación de normas en el Estado.

Figuroa (2013), en su artículo de investigación jurídica titulado: “El proceso de inconstitucionalidad. Desarrollo, límites y retos”, publicado en la Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, tocando la importancia de la ejecución del proceso de inconstitucionalidad, sostiene principalmente la necesidad de incorporarse al ordenamiento jurídico – procesal constitucional peruano un tipo de acción de inconstitucionalidad por omisión, dada su trascendencia como acción de garantía tanto desde el enfoque de la doctrina constitucional y del análisis de derecho comparado, con la finalidad de proveer a los habitantes peruanos la posibilidad de activar un proceso de inconstitucionalidad contra el legislador por omisión en el cumplimiento de sus funciones legislativas, contra el acto de no hacer la función legisladora; así como de configurarse en los casos de que el legislador no cumpla indebidamente su función jurídica de promulgar las normas esperadas por la sociedad, dentro del plazo exigido por ley; constituyéndose así en un aporte en la construcción de la posible solución que se propondrá para la regulación de la inconstitucionalidad por omisión en la normatividad procesal – constitucional peruana, asegurando que el Poder Legislativo y el Ejecutivo en su caso emitan las normas requeridas por la sociedad peruana, sobre todo cuando los derechos fundamentales de los ciudadanos y de los grupos vulnerables estén en riesgo de ser atropellados, y evitarse por ende omisiones que puedan derivar en la afectación inminente de tales derechos.

Quispe (2006), en su artículo de investigación titulado: “¿Inconstitucionalidad por omisión?”, presentado en el VIII Congreso Nacional de Derecho Constitucional, publicado por el Centro de Estudios Constitucionales de Chile, trata acerca del debate crítico respecto a la viabilidad que el Tribunal Constitucional, como órgano de control concentrado de constitucionalidad, cuando conozca el proceso de la inconstitucionalidad por omisión en ejercicio de sus funciones pueda asumir potestad de legislador positivo para configurar, aunque sea transitoriamente,

derechos fundamentales concebidos como vacíos legales, reemplazando la ley por la interpretación jurídica (*ratio decidendi*) contenida en las sentencias que se emitan para resolver el caso concreto; teniendo en cuenta sobre todo que en la normatividad constitucional del Perú vigente, tanto de los Artículos 201 al 204 de la Constitución de 1993 y en la normativa procesal – constitucional, no se regula en forma alguna la competencia del Tribunal Constitucional como legislador positivo; ante lo cual, el autor referido se adhiere a la tendencia que niega la existencia y configuración de la garantía de inconstitucionalidad por omisión en la normatividad peruana, aduciendo que la inconstitucionalidad es propiamente definida como toda aquella incompatibilidad de una ley o norma con la Constitución y que por lo tanto dicha ley existente que vulnere principios o derechos fundamentales, debe ser derogada por exigencia del Tribunal Constitucional, mientras que el acto omisivo de la función legislativa lo considera como un error o vacío legal que el mismo legislador debe solucionar asumiendo y ejerciendo su competencia legislativa; resultando así muy limitado lo aportado por el autor, quien en el fondo se inclina por el control político de la constitucionalidad de los actos omisivos inconstitucionales, no obstante que es el propio legislador quien omite cumplir la Constitución y que en la casuística peruana se vienen dando numerosos casos de omisiones legislativas que provocan la afectación de diversos derechos fundamentales de los ciudadanos, y que la tardía regulación de llenado de los vacíos legales por parte del legislador peruano ha resultado muy criticada y hasta considerada como antidemocrática por grupos humanos vulnerables que han visto recortados y afectados casi siempre sus derechos constitucionales, habiéndose mantenido omisiones legislativas por largo tiempo; basta por ejemplo recordar el caso de las comunidades indígenas o pueblos originarios del Perú respecto a la falta de ejercicio de sus derechos a la consulta previa y en lo concerniente al ejercicio eficaz de sus derechos a la propiedad sobre la tierra comunal, al medio ambiente y la preservación de los recursos naturales.

2.2. Bases teórico-científicas.

2.2.1. El acto inconstitucional omisivo y el control de constitucionalidad

Sobre este punto los siguientes autores refieren lo siguiente:

SAGÜES (2005), sostiene que:

(...) “Una variable de violación de la norma fundamental se presenta en aquellos supuestos en que los poderes públicos constituidos del Estado se abstienen de dar cumplimiento a los mandatos constitucionales y, en consecuencia, se abstienen de instrumentar los mecanismos necesarios para la efectiva vigencia de las pautas supremas. Este fenómeno, conceptualizado como <Inconstitucionalidad por omisión> se muestra, entonces, como una de las manifestaciones que más contribuyen a ahondar la dialéctica norma-realidad”. Señala que

La idea de fuerza normativa de la Constitución, introducida por Konrad Hesse (1993), se refiere a <su aptitud para regular (en forma y contenido) la producción de normas subconstitucionales y de los actos y omisiones de sus operadores>. No debe olvidarse que <una constitución no es una simple hoja de papel subordinada a la voluntad de los gobernantes de turno>. En síntesis, “la constitución obliga y vincula porque tiene vigor normativo”; que de esta idea se desprende su vocación de aplicación, ya que “la primera y elemental manifestación del carácter normativo de la constitución viene presentada, sin lugar a dudas, por el hecho de su aplicabilidad”. De ahí que “en la medida que una constitución se aplica, puede predicarse de ella su valor normativo como premisa fundamental. Tal es pues la regla general con la que se suele operar en la normativa constitucional y a la que, por supuesto, los operadores del Derecho le deben escrupulosa observación”. Por ello “si el cumplimiento de la pauta constitucional se frustra por la omisión del órgano del Estado en implementarla, es necesario acentuar la apertura y eficacia de vías idóneas para el ejercicio del control de constitucionalidad sobre esas omisiones y

conferir aplicación a los textos fundamentales. El incumplimiento por parte de los poderes del Estado de aquellas acciones necesarias para la efectiva vigencia de las normas consagradas por la constitución constituye una patología del orden jurídico que reclama pronta respuesta. Es decir, <la omisión en *strictu sensu* del expreso mandato del constituyente, es una transgresión de la norma constitucional debido a la inercia del legislador, constituyendo una auténtica violación a la constitución (p. 940).

GARCÍA (2006) considera que con las omisiones inconstitucionales:

La fuerza normativa de la Constitución se ve debilitada entre otras, por la vulneración activa y omisiva de sus postulados, lo que conlleva a su ineficacia y falta de concreción. Ello producido en ocasiones, por la inactividad del legislador, al no sentirse vinculado por los mandatos constitucionales, como puede ocurrirle también a los demás poderes públicos. Sumado a ello, cuando una Constitución Política consagra una serie de derechos y facultades que, traídos a la realidad social son casi imposibles de efectivizar; el juez constitucional se ve en la tarea de asumir las demandas de los ciudadanos frente a estos derechos (p. 123).

Castro (2003): En su tesis doctoral, ya citada, estima

Que dentro de una concepción amplia del instituto, sobre cuya aceptación no existe doctrina uniforme, el campo de la inconstitucionalidad por omisión no solo comprende a las omisiones legislativas, sino también otras omisiones, que surgen de la inercia de los órganos, poderes o funcionarios públicos frente al cumplimiento de un mandato constitucional que los obliga a adoptar una acción concreta; agrega que “las disposiciones constitucionales, no solo son normas supremas, sino que además son normas jurídicas con eficacia normativa directa. El carácter normativo de la Ley Fundamental opera como complemento y contrapunto del principio de la supremacía constitucional. Si la constitución es ley suprema “fundamental y fundamentadora de todo el ordenamiento jurídico”, debe ser

exigible normativamente. Por las razones expuestas, todo país que se precie de vivir un estado de derecho debe comenzar por asegurar que en su territorio se cumpla realmente la Constitución, no sólo por parte de los ciudadanos, sino también por parte de los poderes constituidos. Dice “Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la constitución y al resto del ordenamiento jurídico”, señala el artículo 9.1 de la Constitución española”. Agrega que “cuando la quiescencia, inacción, inercia u omisión de las funciones del Estado frente a claros y concretos mandatos del constituyente producen efectos contrarios a lo que dispone la Constitución, estamos frente al caso de una inconstitucionalidad por omisión, pues la Constitución no sólo se vulnera cuando se hace lo que ella prohíbe hacer, sino también cuando se deja de realizar lo que ella ordena que se haga. Es que el silencio, la inacción a un mandato constitucional, como bien señala Ignacio Villaverde, es una manera de hacer política que, indudablemente, trae aparejadas consecuencias sociales y jurídicas, ya que permite la supervivencia del *statu quo*, impidiendo el cambio que, muy probablemente, la norma constitucional persigue. Es inconcebible, en suma, que un poder constituido pueda, por desidia o inercia, dejar sin efecto lo preceptuado por el poder constituyente” (ps.16 y 17).

Alomoto (2013):

Concibe que la inconstitucionalidad por omisión legislativa se configura cuando el legislativo no haya actuado, pese a la existencia de un mandato constitucional que le vincula con la labor de crear o dictar una ley; y que también se configura en los casos posibles en que el legislador incurra en una violación a la Constitución, al haber dictaminado normas que omitan el ejercicio de derechos y principios constitucionales, que a la vez lleguen a generar consecuencias normativas que violan derechos fundamentales.

Díaz (2016) por su parte sostiene:

Que en relación a la ineficacia constitucional “se erige como disvalor: Una situación de ineficacia predicada de un precepto constitucional es algo censurable desde los más variados ángulos de análisis. Desde la técnica

del derecho constitucional la ineficacia supone un quebrantamiento, en última instancia, de la cualidad de normas jurídicas de los preceptos constitucionales de que se trate, dado el sinsentido en el que recae, con el paso del tiempo, un precepto válidamente establecido pero alejado, a causa del rasgo de ineficacia que presenta, de la regulación de la realidad para la que fue creado. Al mismo tiempo, el “fraude” al proyecto constitucional y a la vinculatoriedad de la obra del poder constituyente se hace también patente.

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

Por lo tanto, de lo argüido por estos autores, se puede establecer con bastante claridad que la regulación del fenómeno de la omisión inconstitucional tiene que ver inexorablemente con el control de constitucionalidad de algunos actos omisivos de los funcionarios del Estado que cuentan con atribuciones legislativas y/o reglamentarias concedidas de manera expresa o implícita por la propia Carta Fundamental, que de acuerdo con GARCÍA (1999) “es un mecanismo que consiste en verificar si las leyes -o actos públicos y privados agregamos nosotros- contradicen o no a la Constitución por el fondo o por la forma. El control de la legalidad tiene la misma finalidad respecto a las normas de inferior jerarquía” (p. 67), aunque con distintas consecuencias jurídicas.

Así pues, precisa PEREZ (1988) “mientras la reforma de la Constitución es la garantía extraordinaria de la misma², el control de constitucionalidad de la ley y de

² Posibilidad regulada en el artículo 206º de la Constitución peruana de 1993 en vigencia de la siguiente manera: “Toda reforma constitucional debe ser aprobada por el Congreso con mayoría absoluta del número legal de sus miembros, y ratificada mediante referéndum. Puede omitirse el referéndum cuando el acuerdo del Congreso se obtiene en dos legislaturas ordinarias sucesivas con

los actos funcionales positivos u omisivos es la garantía ordinaria, la de todos los días, porque la Constitución necesita afirmar su presencia diariamente como principio y fin del ordenamiento del Estado Constitucional, y este control es el que le permite ser norma jurídica primordial o suprema y de preferente aplicación todos los días en el territorio del Estado”.

Por regla general el objeto del control de constitucionalidad es la expulsión del ordenamiento jurídico de cualquier norma que esté en contradicción con la Constitución; pero también en los niveles inferiores de la jerarquía normativa es la inaplicación de las normas inconstitucionales, pues, a este nivel la Constitución se impone sin problemas en los ordenamientos estatales. Al respecto señala KELSEN, citado por DÍAZ (2016) que “...en tanto al darse la falta o carencia en el contenido normativo de la Constitución sobre la garantía de la aniquilabilidad de los actos inconstitucionales, le falta por lo tanto el carácter de plena fuerza de obligar jurídicamente en sentido técnico” (p. 32).

Sin embargo dicha concepción tradicional no impide que el control de constitucionalidad también pueda materializarse extensivamente sobre los actos omisivos a los mandatos imperativos del constituyente por parte del legislador o de cualquier autoridad del Estado que deba emitir la norma de desarrollo constitucional, con fines evidentemente diferentes, que, según los niveles del ejercicio del control, pueden trasuntarse desde el legislativo en la aprobación y promulgación de la ley de desarrollo omitida, pero también desde la jurisdicción constitucional en la aprobación y puesta en vigencia mediante sentencia interpretativa estructural del Tribunal Constitucional, del régimen legal transitorio que requiere determinado derecho fundamental pendiente para su efectivo ejercicio y disfrute pleno por la población, sin más retardo o dilación en el tiempo.

Siguiendo a PÉREZ (1988), técnicamente la doctrina reconoce diversos tipos de control de constitucionalidad de las leyes, así existen: a) El control jurisdiccional

una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de congresistas. La ley de reforma constitucional no puede ser observada por el Presidente de la República (...).”

difuso, b) El control jurisdiccional concentrado y c) El control político de la Constitución.

El “Control jurisdiccional difuso” (norteamericano), nacido en Estados Unidos de Norteamérica a partir de la célebre sentencia dictada en el caso Marbury vs Madison, consiste en la potestad de los Jueces Ordinarios del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional de controlar que las leyes aplicables para resolver un caso concreto no contradigan la Constitución por la forma o por el fondo, de lo contrario la inaplicarán al caso por resultar ineficaces por ilegales. El “Control concentrado” (de origen austriaco creado por Hans Kelsen) es el poder de control de constitucionalidad de las leyes conferido a un Tribunal especial (Tribunal Constitucional o Sala Constitucional), que de ordinario no pertenece orgánicamente a ninguna de las ramas funcionales clásicas del Estado (ejemplo el modelo peruano) y son organismos constitucionales autónomos. Y el “Control político”³ de la constitucionalidad de las leyes que se da cuando se encarga al Parlamento Nacional la emisión de leyes que no contradigan la Carta Fundamental, mediante la implementación de Comisiones de Control Previo sobre las propuestas legislativas, de tal manera que cuando estas se conviertan en leyes se promulguen exentas de cualquier vicio de inconstitucionalidad (ejemplo el modelo francés). Es decir, el control de constitucionalidad suele ser el conjunto de medidas y procedimientos, ya sea de carácter político o parlamentario, jurisdiccional y social, destinados a hacer posible que se respete y mantenga un estado de constitucionalidad, como base para el orden jurídico, la estabilidad política y el equilibrio social; función pública que resulta absolutamente compatible con la Carta Fundamental del Estado cuando se refiere al control de constitucionalidad de los actos omisivos inconstitucionales atribuibles al Parlamento o las autoridades de la Administración del Estado.

³ En el Perú a nivel del Congreso Nacional existe formalmente la Comisión de Constitución, encargada del control de constitucionalidad de los proyectos de ley que ingresaran al debate del pleno, pero no tiene el peso necesario para concluir que también se ha adoptado el tercer sistema; más aún si la jurisdicción constitucional de manera frecuente viene estimando las demandas de garantías constitucionales planteadas contra el Congreso de la República por la emisión de leyes que transgreden la Carta Fundamental.

Con la evolución de los sistemas de control de constitucionalidad, las diversas Constituciones, entre ellas la nuestra, adoptaron formalmente los dos primeros sistemas, puesto que no son incompatibles entre sí, no obstante que difieren en cuanto a sus efectos, pues como sabemos en el sistema concentrado la sentencia que declara la inconstitucionalidad de la ley deroga la ley inconstitucional, con efectos *erga omnes*; mientras que en el sistema americano o difuso el órgano que debe resolver, que puede ser el órgano jurisdiccional ordinario, se limita a la inaplicación de la ley inconstitucional al caso concreto que está conociendo, pero la norma inaplicada viciada de inconstitucionalidad queda vigente, o sea lo resuelto es sin efecto *erga omnes*.

2.2.2. El control de constitucionalidad de las omisiones normativas en el Estado constitucional.

La exposición y planteamiento de esta teoría parte de dos supuestos o fenómenos que se presentan en la realidad y tienen que ver con la aplicación de las disposiciones constitucionales. Por un lado el supuesto de la existencia de ciertas materias o asuntos omitidos por el propio constituyente en el texto de la Carta Fundamental, que debieron estar ahí; y por otro lado el supuesto de las omisiones del legislador o autoridad pública sobre la aprobación y promulgación de las normas de desarrollo constitucional necesarias para la cabal puesta en vigencia de todos los aspectos que contempla la Constitución, que garanticen el goce y disfrute efectivo de los derechos fundamentales a todas las personas que habitan el país.

Entonces mediante esta teoría se asume el abordaje absoluto de aquellos fenómenos omisivos o vacíos jurídico constitucionales, así como sus formas o métodos resolutivos para hacerlos solubles a favor de los beneficiarios habitantes del país.

El primer supuesto (vacío u omisión del constituyente) se da básicamente cuando en el texto de la Constitución no se reguló una materia que por su trascendencia principista y humanitaria o por la importancia en la distribución y delimitación del

ejercicio del poder público debió ser contemplada por el constituyente⁴; en consecuencia, a mediante ésta teoría los especialistas tratan de proporcionar los métodos racionales más idóneos para la obtención de la solución adecuada y legítima de este fenómeno jurídico, que pasa por la aprobación de una ley reforma constitucional o la interpretación jurisprudencial de la Constitución por parte del Tribunal Constitucional, como máximo tribunal de cierre e intérprete de la misma, que en los hechos en realidad no es ni más ni menos que una “*reforma no formal de la Ley de Leyes*”. En cambio el segundo supuesto (vacío normativo) se manifiesta cuando no obstante que la Constitución contempla el derecho, principio o valor fundamentales, su puesta en práctica exige que el legislador natural (parlamento nacional) o delegado (autoridad administrativa) expidan las normas de desarrollo constitucional correspondientes, que establezcan el procedimiento administrativo y/o jurisdiccional que deben seguir los beneficiarios para hacer uso y favorecerse del respectivo derecho fundamental; así como sus alcances y limitaciones; y mientras ello no ocurra se priva a sus destinatarios de gozar de los beneficios que comprende el derecho omitido.

Manifestaciones:

Éste último supuesto admite dos manifestaciones: **a)** La omisión relativa, que se materializa en las omisiones del legislador contenidas en la formulación de una norma positiva de desarrollo aprobada y promulgada; y **b)** La omisión absoluta, que se da cuando a pesar de haber transcurrido el plazo establecido en la Carta o el plazo razonable desde la vigencia de la Constitución, el legislador no ha promulgado la necesaria ley o disposición legal de desarrollo constitucional para el disfrute real de derechos fundamentales.

En este último supuesto, a través de esta teoría, se encara el problema de todas aquellas omisiones legislativas y de vacíos jurídicos que se den por el ocio del

⁴ Por ejemplo el caso de la vacancia presidencial en el último año de gobierno –art. 113- o lo que debe entenderse por “rehusamiento de confianza” al gabinete que solicita voto de confianza al parlamento, para dar lugar a la disolución del congreso nacional –art. 133.

Parlamento Legislativo e incluso también el supuesto de las actuaciones omisivas jurídico – constitucionales del legislador por su falta de actuación como constituyente delegado, materializadas en la falta de promulgación de las normas de desarrollo constitucional y la actualización de la propia Carta Fundamental; entendiéndose dentro del concepto “legislador” no solo al poder legislativo sino también a otros organismos estatales investidos con determinada competencia reglamentaria por la Constitución mediante la emisión de normas administrativas de desarrollo y no lo han hecho; y por lo cual resulta lógico que en estos supuestos se debe proceder con la promoción de la garantía y el proceso de inconstitucionalidad sobre omisión inconstitucional, que corresponda efectuarse, para que se declaren como tal actos omisivos, al no haberse contemplado disposiciones constitucionales fundamentales; implicando subsecuentemente la anulación de las normas deficitarias o la subsanación de los vacíos o lagunas jurídicas, ordenándose la rectificación inmediata que deba realizarse por parte del Legislativo o por la autoridad investida con cierta facultad legislativa; o dictando el Tribunal Constitucional el régimen legal necesario para la concreción del derecho fundamental que por largo tiempo no se ha reglamentado.

Sin embargo, como veremos más adelante, el indicado “proceso de inconstitucionalidad” –actualmente regulado en el Código Procesal Constitucional vigente⁵- no contempla el supuesto de las “omisiones inconstitucionales”; por lo que resulta necesario se establezca con precisión cómo deben proceder los ciudadanos- beneficiarios de los derechos constitucionales en vacatio indeterminada, en este supuesto, y no dejarse la solución al libre albedrío de los políticos de turno que dirigen el gobierno y los destinos de la nación, responsables de vulnerar de esta manera por largo tiempo la Constitución.

⁵ Aprobado mediante Ley N° 28237 publicada en el diario oficial “El Peruano” el 31 de mayo de 2004 y vigente desde el 01 de diciembre de 2004, en razón de la vacatio legis de seis meses que otorgó la Segunda Disposición Final y Derogatoria de dicha ley, para que la comunidad contara con suficiente tiempo para tomar conocimiento de su contenido y alcances.

Se busca así, con el desarrollo aplicativo de la teoría señalada, en cuanto que se considere una definición integral y efectiva sobre las omisiones legislativas, teniendo en cuenta tal como sostiene ALOMOTO (2013), de que “La inconstitucionalidad por omisión legislativa se configura cuando el legislativo no haya actuado, pese a la existencia de un mandato constitucional que le vincula con la labor de crear o dictar una ley; y que también se configura en los casos posibles en que el legislador incurra en una violación a la Constitución, al haber dictaminado normas que omitan el ejercicio de derechos y principios constitucionales, que a la vez lleguen a generar consecuencias normativas que violan derechos fundamentales”.

Asimismo, se busca asegurar una regulación jurídica - específica para el tratamiento material y procesal – constitucional que requieren las actuaciones omisivas inconstitucionales, respecto a la expedición de normativas/legislativas de completitud y vigencia de la Norma Normarum, mediante su regulación en el texto de la Carta Magna y la aplicación de un procedimiento constitucional idóneo, el mismo que debe estar concordantemente sustentado con los fundamentos doctrinarios, jurídicos y jurisprudenciales pertinentes, que enfatizan sobre los requisitos configurables para la admisión justificada de las demandas que se interpongan sobre omisiones inconstitucionales, y del proceso que se debe seguir eficazmente para poderse determinar no solo la anulación absoluta de la norma omisiva o de ordenarse su rectificación legislativa inmediata, sino además para la concreción de la obligación del legislador ordinario o administrativo que corresponda en el cumplimiento de su deber de expedir la norma de desarrollo necesaria para la plena vigencia de la Carta Fundamental, en todo su contexto, asumiendo las materias trascendentales para el cabal desarrollo del país.

2.2.3. El control de constitucionalidad de las omisiones a los mandatos de la Constitución: Teoría de la Inconstitucionalidad por Omisión:

Sobre este punto tenemos en cuestión de concepto que, según SÁNCHEZ (2011), quien ha recopilado una serie de conceptos aportados por juristas constitucionalistas y de las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional con relación a la omisión inconstitucional, llega a sostener que la acción de inconstitucionalidad aplicada respecto o sobre cada caso de omisión consiste:

“En un control efectivo contra la omisión legislativa, en los casos en que el Legislador Positivo o Congreso de la República no promulga o no expide las normas jurídicas – legales necesarias para el debido ejercicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos o en cuanto para el ejercicio de los principios y fundamentos esenciales estipulados en la misma Constitución Política vigente, configurándose como omisiones legislativas ampliamente inconstitucionales” (p. 4);

Lo que a su vez concuerda con lo sostenido por el jurista CASTRO (2007) de que:

“La inconstitucionalidad por omisión se configura en los casos en que se hayan dado la inobservancia parcial o total de los mandatos contenidos en la norma suprema constitucional, a causa de la inacción por parte del Poder Legislativo o por parte de los mismos funcionarios públicos con determinadas facultades legislativas asignadas” (p. 74); llegando éste autor a extender su fundamento en torno a la omisión legislativa que se genere por falta de gestión legislativa en la creación de las normas requeridas para el pleno ejercitamiento de las disposiciones constitucionales, no habiendo el legislador positivo promulgado las normas exigidas competentes en el plazo de tiempo exigido o dentro del considerando razonable establecido en la misma norma constitucional.

Se tiene en sí, que la inconstitucionalidad por omisión, desde el punto de vista material y procesal, es la determinación, como acto inconstitucional, de toda omisión por parte del constituyente o del legislativo y de toda aquella autoridad con cierta facultad reglamentaria, que no llegue a cumplir en cuanto a la emisión

de las normas requeridas para la regulación efectiva de los fenómenos institucionales o de distribución del poder y de las disposiciones y principios constitucionales regulados en la Carta Magna; y asimismo sirviendo dicha acción de inconstitucionalidad como elemento disuasivo para el legislador positivo, a fin de que cumpla debidamente sus competencias legislativas, elaborando y promulgando las normas jurídicas- legales para garantizar la eficacia aplicativa de la norma constitucional.

La profesora RENGEL, citada por FERRER Y ZALDÍVAR (2008), 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” (p. 628). La referida autora llega a considerar en sí, que no es un requisito indispensable que el mandato de legislar sea expreso, ya que puede estar contenido en la Constitución de forma implícita, como por ejemplo cuando la norma señala el derecho de los ciudadanos a ser consultados; caso en el que es evidente que se requiere desarrollo legislativo, en donde se indique los mecanismos y las vías para hacer efectivo este derecho, que en caso de no ser atendido por el legislador, generaría una “irregularidad” en el ordenamiento jurídico e inclusive la indefensión para los ciudadanos, al no contar con la norma –con el procedimiento- que permita hacer efectivo su derecho.

Por su parte el jurista nacional MORÓN (1989), precisa que la inconstitucionalidad por omisión es: “la inacción legislativa en la reglamentación de los principios contenidos en el texto constitucional”. Aunque se percibe en la definición aludida algunos vacíos y asimismo la falta de indicación clara de lo que es la institución; señala como elemento principal de la omisión, la falta de reglamentación legislativa, cuando de forma precisa se da una falta de expedición de la ley; dado que el referido autor únicamente llega a considerar como objeto de la inconstitucionalidad por omisión los principios constitucionales, que a juicio crítico pueden ser objeto de una omisión, pero no son únicamente estos el objeto de control.

Asimismo el profesor venezolano CASAL (2003), refiere que: “la omisión legislativa inconstitucional, o inconstitucionalidad por omisión, se produce cuando el legislador no observa, en un tiempo razonable o en el que haya sido fijado constitucionalmente, un mandato concreto de legislar impuesto, expresa o implícitamente, por la Constitución, o cuando, en el cumplimiento de la función legislativa, se dicta una regulación no acorde con la Constitución por haber sido omitidas previsiones que la norma suprema exigía” (p. 26). Para este autor la omisión se presenta cuando el legislador no ha expedido la norma que la constitución le impuso realizar. Para verificar si se ha producido la omisión señala dos casos posibles: a) El primero considera el tiempo transcurrido como el elemento que configura la omisión y se presenta cuando la ley fundamental fija un plazo perentorio de forma expresa, dentro del cual el legislador puede expedir la norma y de no hacerlo, se configuraría la omisión; y, b) el segundo caso se presenta cuando la norma suprema no ha señalado un plazo para la realización de la norma, en donde entra en juego el plazo razonable, dentro del cual el legislador debía dictar la norma para que no se configure la omisión.

Cabe destacar además que ALOMOTO (2013), considera que “la omisión se presenta cuando no se ha dictado la norma o cuando pese a haberse expedido una ley, esta ha omitido aspectos señalados por la constitución, es decir lo que la doctrina conoce por omisión relativa”.

Otros supuestos de omisión inconstitucional:

A lo que se tiene expuesto, además, cabe indicar razonablemente que se puede vislumbrar la existencia de otros dos supuestos adicionales de omisión inconstitucional, muy importantes en la vigencia sostenida de la Constitución y de los derechos fundamentales, que se presentan cuando el legislador se niega a reformar o modificar una ley de desarrollo constitucional en vigencia, cuya aplicación práctica durante un periodo de tiempo largo genera una evidente violación o afectación negativa de derechos fundamentales, que determinan racionalmente la necesidad impostergable de corregirla o reemplazarla, que muchas veces es reclamada en las calles, plazas y todos los foros por la

comunidad, y el legislador no lo hace, limitándose a guardar silencio. Por ejemplo, en la actualidad, el caso de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones N° 25897 (SPP)⁶, publicada el 24 de julio del año 2000, a cargo de las Administradoras (privadas) de Fondos de Pensiones (AFPs) y de la Ley del Sistema Nacional de Pensiones Decreto Ley N° 19990, vigente desde el 1 de mayo de 1993, a cargo de la Oficina de Normalización Previsional (ONP)⁷, cuyos regímenes han devenido indiscutiblemente inconstitucionales por el fondo, al atentar sus disposiciones manifiestamente contra los derechos previsionales de los aportantes y pensionistas⁸. En este caso es evidente que existirá otro supuesto de omisión inconstitucional, ya que la Carta Fundamental del Estado no le ordena al legislador que cumpla a como dé lugar y de cualquier manera su deber de legislar, pues no establece, ni resulta racionalmente aceptable que promulgada la ley de desarrollo constitucional la mantenga inalterable en el tiempo, aun a costa de que pueda devenir contraria a los principios y fines de la Carta Magna, sino que, por el contrario, del principio de fuerza normativa de la Constitución, se desprende que ésta contiene un mandato implícito y sostenido e invariable al legislador de

⁶ Mediante D.S. N° 054-97-EF, publicado el 14 de mayo de 1997, se aprobó el T.U.O. de la Ley N° 25897. Posteriormente mediante Ley N° 27328 se incorporó a las AFPs bajo el control de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones.

⁷ La Oficina de Normalización Previsional (ONP) fue creada mediante Decreto Ley N° 25967, publicado el 19 de diciembre de 1992, modificado por Ley N° 26323, mediante la cual se le encargó a partir del 1 de junio de 1994 la administración del Sistema Nacional de Pensiones (SNP) y del Fondo de Pensiones creado por el Decreto Ley N° 20530 y otros regímenes pensionarios administrados por el Estado que se le transfieran mediante Resolución Suprema refrendada por el Ministro de Economía y Finanzas. Mediante Ley N° 28532, de fecha 26 de mayo de 2005, reglamentada con Decreto Supremo N° 118-2006-EF de 18 de julio de 2006, se dispuso la reestructuración integral de la ONP.

⁸ Las pensiones son diminutas y no se condicen con lo aportado; y la administradora privada de fondos pensionarios también pagan pensiones diminutas, invierten el dinero de los trabajadores aportantes y obtienen mucha más ganancia que lo que le pagan a los dueños del dinero, comportándose en la práctica como bancos privados, con la anuencia de las autoridades estatales, ignorándose de manera flagrante que administran recursos provenientes de una relación laboral, por lo tanto, de naturaleza constitucional, que se rigen por el principio de optimización, progresividad y no regresividad de los derechos laborales, debiendo los fondos pensionarios experimentar constantes y sostenidos crecimientos e incrementarse con el devenir del tiempo; sin embargo las pérdidas (pese a los seguros contratados por las administradoras) siempre las sufren los trabajadores y nunca son asumidas por las administradoras de los fondos pensionarios; todo lo cual es manifiestamente inconstitucional.

supervigilancia y control permanente de la constitucionalidad de la legislación infraconstitucional vigente, para que con el decurso del tiempo y la luz de los nuevos principios y valores emergentes de la imparable dinámica social, no resulten vulnerados los derechos fundamentales que la Carta reconoce de manera expresa o implícita; de tal manera que cuando se detecten esta clase de violaciones, inmediatamente se active el deber del legislador de corregir, derogar y reemplazar la legislación vigente, de lo contrario incurrirá en flagrante omisión inconstitucional; hecho frente al cual el orden constitucional debe proveer el o los mecanismos jurídicos necesarios a los destinatarios, titulares de los derechos fundamentales violentados, para erradicar ese tipo de comportamientos estatales, incompatibles con el Estado Constitucional de Derecho; ello teniendo en cuenta por otro lado que los regímenes legales puestos en vigencia no son absolutos e inamovibles, y por tanto siempre se encuentran sujetos a la perfectibilidad, según la evolución política, económica, social y cultural de la sociedad a la que sirven.

También debe considerarse como otro supuesto de omisión inconstitucional, como propone ETO (2014), el incumplimiento por parte del legislador de las sentencias exhortativas del Tribunal Constitucional, al establecerse en este tipo de sentencia, a la luz de lo evidenciado en un caso concreto que ha conocido dicho Tribunal, la existencia de vacío normativo o deficiencia normativa para la aplicación efectiva de un derecho fundamental, razón por la cual se le exhorta o requiere al legislador o autoridad competente la emisión de la ley de desarrollo correspondiente, con la materialización de las acciones pertinentes, cuando éste desacata el requerimiento del máximo intérprete de la Constitución y no expide la normatividad necesaria en el plazo razonable. Cabe precisar que la razonabilidad del plazo en todos los supuestos debe ser calificada por el órgano jurisdiccional especializado.

Clases de Omisión Inconstitucional: Los Supuestos que la Originan:

Por lo tanto, sintetizando lo expuesto en este sub capítulo, cuando se habla de omisión inconstitucional cabe reparar que el fenómeno investigado se puede manifestar en tres supuestos bien definidos: **a)** La omisión del constituyente de regular de manera expresa en el texto de la Constitución algún tema o asunto que

por su trascendencia humanitaria y principista o por la gran importancia en la distribución y limitación del poder público debió constar ahí; que se conoce como **omisión del constituyente**; **b)** La omisión normativa, vale decir, que el legislador al aprobar una ley de desarrollo constitucional omite en su formulación alguna regla o disposición necesaria para regular adecuadamente el ejercicio y disfrute de un derecho fundamental, perjudicando con ello derechos fundamentales de un grupo de personas o atentando contra los principios de la Carta Magna; lo que técnicamente se conoce como **“omisión relativa”** y **c)** La omisión total del legislador de emitir la necesaria ley de desarrollo constitucional en el plazo establecido por la Constitución o dentro del plazo razonable en el caso que no se haya establecido dicho plazo en la Carta, así como en los supuestos de no de corregir, derogar y reemplazar una ley vigente que con el discurrir del tiempo ha devenido por el fondo en manifiestamente inconstitucional y por último cuando no acata una sentencia exhortativa del Tribunal Constitucional, negándose a emitir la legislación requerida en plazo razonable; la que técnicamente se conoce como **“omisión absoluta”**.

2.2.4. El Principio de la Supremacía de la Constitución y la Omisión Inconstitucional

En el Derecho constitucional se considera que la Constitución no es solamente un documento formal de naturaleza política mediante la cual se organiza y regulan las funciones del Estado y se establecen de manera enunciativa y genérica los derechos fundamentales de las personas, sino que por el contrario constituye un verdadero cuerpo jurídico, que tiene fuerza normativa directa, que puede ser invocado por los beneficiarios en cualquier circunstancia ante las autoridades estatales. Sin embargo algunas de sus disposiciones, sobre todo en materia social y económica, para adquirir vigor exigen previamente el desarrollo y puesta en vigencia del régimen legal adecuado para el pleno goce y ejercicio de estos derechos, ya sea porque la Norma de Normas así lo dispone o porque la naturaleza del derecho específico así lo exige⁹; se trata aquí del principio de supremacía

⁹ Esto ocurre principalmente con las denominadas normas constitucionales programáticas, generalmente referidas a las que regulan los derechos constitucionales de segunda generación.

jurídica de la Constitución concebido dentro del sistema de garantías materiales para asegurar la mayor eficacia y efectividad del contenido de la Carta Fundamental, preservando su aplicabilidad y vigencia prioritaria ante la concurrencia de cualquier otro cuerpo normativo emanado de fuente distinta al poder constituyente o de los actos del legislador. De ahí que todo acto arbitrario, positivo u omisivo, contrario al texto constitucional, deviene en ilícito, surgiendo la necesidad de que sea el propio ordenamiento constitucional el que contemple las acciones de garantía tendientes a cautelar la vigencia de la Carta y de los derechos fundamentales que contiene.

En el Perú este principio se encuentra incorporado en los artículos 51 y 138, segundo párrafo, de la Constitución vigente de 1993 en los términos siguientes: “La Constitución prevalece sobre toda norma legal...”, “...En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera...”; disposiciones que complementariamente por el principio de eficacia jurídica directa o fuerza normativa de la Constitución resultan de inmediata aplicación por y sobre las autoridades administrativas y judiciales del país. Por ello CASTRO (2003), como ya precisamos up supra, nos ilustra que:

“si no existiera la Constitución como conjunto de normas supremas, tendríamos una infinidad de leyes y normas aisladas, pero careceríamos de sistema jurídico”, pues de acuerdo con KELSEN (1951) “una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema, un orden, si su validez puede ser referida a una norma única, como fundamento último de su validez. Esa norma fundamental constituye, en calidad de última fuente, la unidad de la pluralidad de todas las normas que constituyen un orden”.

De ahí también que el jurista español GARCÍA (2006) precise, como también se dijo,

“que la fuerza normativa de la Constitución se ve debilitada entre otras, por la vulneración activa y omisiva de sus postulados, lo que conlleva a su ineficacia y falta de concreción. Ello producido en ocasiones, por la

inactividad del legislador, al no sentirse vinculado por los mandatos constitucionales, como puede ocurrirle también a los demás poderes públicos. Sumado a ello, cuando una Constitución Política consagra una serie de derechos y facultades que, traídos a la realidad social son casi imposibles de efectivizar; el juez constitucional se ve en la tarea de asumir las demandas de los ciudadanos frente a estos derechos” (p. 123).

Y es que obviamente cuando se omite cumplir un mandato de la Constitución se vulneran indiscutiblemente los mencionados principios de supremacía y fuerza normativa de la Carta Fundamental, además de los principios, valores y derechos que contiene.

2.2.5. La Inconstitucionalidad por Omisión en el Derecho Comparado:

El problema de la omisión inconstitucional cuenta además con respaldo teórico-científico en la legislación comparada, pues esencialmente en países como Portugal, Venezuela, Ecuador y otros ya se ha venido regulando la garantía y el proceso de omisión constitucional en torno a la aplicabilidad de la inconstitucionalidad por omisión, teniéndose actualmente que cada vez más países donde impera el modelo de Estado Constitucional de Derecho se viene adoptando en su ordenamiento constitucional o en su regulación jurídica procesal – constitucional el mecanismo en comento como solución eficiente al acto omisivo inconstitucional. Veamos:

Portugal.- Se manifestó por primera vez la figura de la Inconstitucionalidad por Omisión en la Constitución de la República del 02 de abril de 1976. En el Capítulo Primero, Cuarta Parte, artículo 279, al regular la Garantía y Revisión de la Constitución, la Carta portuguesa estableció:

“De la Inconstitucionalidad por Omisión: Cuando la Constitución resulte incumplida por omisión de las medidas legislativas necesarias para hacer aplicables las normas constitucionales, el Consejo de la Revolución podrá

encomendar a los órganos legislativos competentes que las dicten en un plazo razonable”.

El Consejo de la Revolución según el Título III, artículos 142 al 149 de la referida Carta, es un órgano constitucional autónomo, que tiene como funciones el consejo del presidente de la república y de garante de la observancia de la Constitución, así como de órgano político y legislativo en materia militar. Conforme al artículo 146 del citado texto fundamental al Consejo de la Revolución como garante de la observancia de la Constitución le corresponde: a) Pronunciarse por iniciativa propia o a instancia del presidente de la república sobre la constitucionalidad de cualquier texto, antes de ser promulgado o firmado (control previo); b) Velar por la adopción de las medidas necesarias en el cumplimiento de las normas constitucionales, pudiendo formular recomendaciones; y c) Apreciar la constitucionalidad con fuerza obligatoria general con arreglo a lo previsto en el artículo 281; emitiendo decreto-ley o decreto reglamentario según corresponda a los actos legislativos o reglamentarios según corresponda a su organización y funcionamiento, la competencia en materia militar y a la organización, funcionamiento y procedimiento de la Comisión Constitucional. Es decir se trata del ejercicio de las funciones de un Tribunal Constitucional, aun cuando ejerce competencia en otras materias (véase artículos 281, 244, 148 y 149).

Fernández (1998), nos dice que en Portugal se define “a la Inconstitucionalidad por Omisión como todo aquel acto de omisión configurable en base a la eventual inactividad del legislador por no dictar el dispositivo legal que se requiere dentro del plazo establecido para ello”; por lo que de conformidad con el Artículo 283 inciso 1) de la Constitución Política de Portugal de 1976, se regula acerca de que procede la inconstitucionalidad por omisión por requerimiento u acción del Presidente de la República, del Defensor del Pueblo o, por razón de violación de derechos de las regiones autónomas, de los Presidentes de las Asambleas Legislativas Regionales; en estos casos el Tribunal Constitucional debe examinar y comprobar la existencia del no cumplimiento de la Constitución por desatención o falta de provisión de las medidas legislativas necesarias para hacer efectivas las normas constitucionales pendientes.

España.- El Tribunal Constitucional español mediante sentencia de 18 de noviembre de 1983, en base a lo establecido en los artículos 9.1 y 53.1 de la Constitución española de 1978, estableció jurisprudencialmente que quienes ejercen los poderes públicos tienen, además, el deber general de abstenerse de cualquier actuación violatoria de la Constitución, un deber general positivo de cumplir sus disposiciones de acuerdo con la misma y que la Constitución obliga a todos los ciudadanos y poderes públicos. Agrega que el artículo 9.1 de la Constitución española de 1978 establece “Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico” y en su artículo 53.1 encontramos una disposición que persigue establecer la inmediata operatividad de los derechos consagrados en la Carta de la siguiente manera: “Los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del presente título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1.a)”.

México.- En este país se llega a considerar tanto un tratamiento jurisprudencial sobre la procedencia ejecutable de la inconstitucionalidad de omisiones legislativas, acorde con lo fundamentado por sentencias emitidas al respecto por la Suprema Corte de Justicia de la Federación Mexicana, como a la vez un tratamiento legislativo en la legislación procesal – constitucional de carácter y competencia estadual, donde a través de normas constitucionales y de leyes procesales específicas de ciertos Estados confederados de la República Mexicana se ha llegado a contemplar de manera tácita acerca de formas procedimentales – constitucionales en torno al tratamiento y abordaje de las omisiones legislativas; y que asimismo cabe resaltar acerca de las principales reformas constitucionales que se dieron en México en el 2011, en materia de amparo y derechos humanos, donde se aportó principalmente que la garantía procesal de amparo constituye una herramienta oportuna para combatir a todo tipo de omisiones normativas.

También que el artículo 133, numeral 3, de la Constitución Política Federal de los Estados Unidos Mexicanos especifica cómo debe procederse con la omisión

normativa consistente en la falta de regulación legislativa o reglamentaria; la cual se resuelve bajo la modalidad de un control concentrado a través del pleno del Tribunal Constitucional Federal; así establece que “Verificada la existencia de una omisión, el pleno ordenará a la autoridad omisa 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”.

A nivel de la jurisprudencia emitida al respecto, se resalta la sentencia pronunciada por la Suprema Corte de Justicia Nacional (SCJN) en base a lo fundamentado en su sentencia de amparo en revisión N° 961/1997, donde llegó a reconocer y resolver sobre la técnica aplicativa de los controles de constitucionalidad sobre omisiones legislativas, señalando que a través del caso de las “controversias constitucionales”, se puede llegar a proceder con impugnar a través de dicha vía las que se susciten entre las Entidades, Poderes u Órganos a que se refiere la ley reglamentaria respectiva, sobre la constitucionalidad de sus actos positivos, negativos y omisiones que lleguen a generar en sí.

En materia procesal constitucional federal, en México la Nueva Ley de Amparo, derivada de la reforma promulgada el 6 de junio de 2011, reglamentaria de los artículos 103 y 109 de la Constitución Federal, introdujo como principal aporte considerar como parte demandante al titular de un derecho subjetivo o de un interés individual o colectivo, “Siempre que se alegue que la norma, acto u omisión reclamados, violan los derechos previstos en el artículo 1 de la Ley de Amparo, y que con ello se produzca una afectación real y actual a su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico”.

A nivel estadual en la Federación mexicana resulta notable la regulación del control de constitucionalidad por omisiones legislativas prevista en las Constituciones de los Estados de Chiapas (artículo 64), Veracruz, Tlaxcala (artículo 81), Nayarit (artículo 91) y Coahuila (artículo 158).

Venezuela.- En Venezuela, según LEAL (2002), la inconstitucionalidad por omisión consiste

(...) “en todos aquellos casos en que se dé propiamente la omisión legislativa tanto en base al silencio de la ley, cuando se regula de manera incompleta o defectuosa el mandato constitucional, así como cuando se presente el caso de silencio del legislador en relación con las omisiones normativas por parte del legislador ordinario que no emita las disposiciones normativas – jurídicas requeridas impidiendo así la ejecución eficaz de la Constitución Política, omitiéndose el ejercicio de la función legislativa durante un tiempo excesivamente largo, hasta superarse los dos años en que la instancia de la Asamblea Nacional Venezolana debe formular, debatir y aprobar las leyes competentes para promover y asegurar la eficaz aplicación de la Carta Magna” (p. 62).

Se tiene así que la Constitución Política de Venezuela de 1999, en su art. 336 inc. 7°, al contemplar la inconstitucionalidad por omisión en la generación de normas por parte del poder legislativo nacional, estatal o municipal, establece a la vez que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia establecerá el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección.

Ecuador.- En Ecuador, según la nueva Constitución reformada y aprobada por referéndum del 28 de setiembre del 2008 en este país, en el inciso 10 de su artículo 436 contempla como una de las competencias de la Corte Constitucional Ecuatoriana el 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 las normas constitucionales del Ecuador, dentro del plazo establecido en la Constitución o en el plazo considerado razonable por la Corte Constitucional. Disponiendo que si trascurrido el plazo la omisión persiste, la Corte Constitucional, de manera provisional, se encuentra autorizada para expedir la norma o procederá a ejecutar el acto omitido, objeto del proceso, de acuerdo con la ley.

Uruguay.- El artículo 332 de la Constitución uruguaya dispone con claridad: “Los preceptos de la presente constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de reglamentación, sino que ésta será suplida recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales del derecho y las doctrinas generalmente admitidas”. Lo cual se instituye en un mandato dirigido a los jueces constitucionales y ordinarios encargados de resolver casos concretos donde se denuncie la falta de goce de derechos constitucionales por ausencia de reglamentación.

Paraguay.- El artículo 45 de la Constitución paraguaya, párrafo final, dispone: (...) “La falta de ley reglamentaria no podrá ser invocada para negar ni menoscabar algún derecho o garantía”; con lo cual reconoce y enfrenta el problema de la omisión inconstitucional; obviamente a través de la jurisdicción constitucional y ordinaria, que no podrán excusarse de discernir justicia en los casos concretos por vacío o laguna jurídica.

Colombia.- Según el profesor DIAZ (2016) los primeros cinco años de funcionamiento de la Corte Constitucional colombiana ésta no emitió pronunciamiento en torno al tema de las omisiones inconstitucionales, pero estas fueron abordadas en forma indirecta en algunos fallos como las sentencias C-108 y C-024 de 1994, C-070 de 1996 y C-109 de 1995, entre otros; pero fue en la sentencia C-543 de 1996 donde la referida Corte Constitucional fijó con precisión su competencia para conocer el control de las omisiones legislativas inconstitucionales, cuyas premisas se han mantenido incólumes con el discurrir del tiempo.

Brasil.- En el artículo 5 inciso LXXXI de la Constitución brasilera actual se reconoce el problema de la violación constitucional por el legislador derivada del incumplimiento de sus mandatos de desarrollo del régimen infralegal, aunque el problema no lo resuelve con la garantía y “acción de inconstitucionalidad omisiva” que venimos aludiendo sino mediante la conocida acción de “*mandado de injuncao*”, que se parece más a la acción de amparo peruana, con importantes

efectos frente a las omisiones inconstitucionales, diseñada como remedio contra la omisión inconstitucional en el derecho brasileño, destinada a viabilizar, ante la falta de norma infraconstitucional, el “ejercicio” de los derechos y libertades constitucionales y de las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, a la soberanía y a la ciudadanía”¹⁰. Dicha acción faculta a la persona que se considera afectada en sus derechos por la ausencia de reglamentación normativa del precepto constitucional, a requerir ante el órgano estatal omiso la viabilización de su derecho, sin efecto *erga omnes*, y en caso no sea escuchado a recurrir al Tribunal Constitucional (Tribunal Supremo Federal); confiriendo dicha acción la inmediata aplicabilidad de la norma constitucional en el caso concreto, consagrando así derechos y prerrogativas esenciales a las personas ante la omisión normativa inconstitucional. El objetivo del “*mandado de injuncao*” se limita a la declaración de demora del legislador, confiriendo al Poder Judicial, a través del Supremo Tribunal Federal, el poder de suprimir la omisión del legislador para tornar ejercitable y tutelable jurisdiccionalmente, en el caso concreto, el derecho de la norma de la que depende, supliendo de esta manera la falta de norma imprescindible a la realización del derecho que concierne al caso. Ejemplo el “*mandado de injuncao Nº 1967*” donde el Supremo Tribunal Federal suplió la falta de la ley exigida por la Constitución y determinó que la autoridad administrativa analizara el pedido de jubilación especial del un servidor público portador de una deficiencia física; en este caso la autoridad administrativa se sujetó a la norma creada por el Poder Judicial¹¹. También el “*mandado de injuncao Nº 232*”, caso de la inmunidad de las entidades beneficiarias de asistencia social, donde el Supremo Tribunal Federal determinó que el Congreso Nacional Brasileño observara su deber de legislar previsto en el artículo 195,7 de la Constitución, bajo pena de vencido el plazo previsto, pasar la parte a gozar de la inmunidad requerida; y también los “*mandado de injuncao Nºs*

¹⁰Veáse a Marinoni, Guilherme en:

revista.pucp, edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/121519/13080

¹¹ Marinoni, Guilherme, *ibid* dem

670, 708 y 782”, en los cuales las normas fueron dictadas por el Supremo Tribunal Federal para viabilizar el ejercicio del derecho a la huelga por los trabajadores¹².

Cabe anotar que aun cuando resulta clara la diferencia del “*mandado de injuncao*” con la “acción de inconstitucionalidad por omisión”, pues ésta permite regular el régimen jurídico para hacer efectivo un precepto constitucional pendiente de desarrollo mediante una sentencia del Tribunal Constitucional con efectos *erga omnes*, el “*mandado de injuncao*” solo pretende la articulación de la solución del caso concreto mediante la materialización de un acto de la autoridad implementando las medidas necesarias para el disfrute efectivo del derecho constitucional no regulado a favor de la persona reclamante, sin efecto *erga omnes*, similar a nuestra acción de amparo; aun cuando el “mandado” también es conocido y resuelto por el Tribunal Constitucional del Brasil (TSF) que por la naturaleza de esta alta Corte goza de las atribuciones *urdi exordi*.

Lo destacable aquí es que en el Brasil el ordenamiento jurídico reconoce la existencia del problema investigado referido a la inconstitucionalidad por omisión, aun cuando se diferencie el mecanismo de solución en este país, puesto a disposición de los beneficiarios de los derechos fundamentales. Regulación que abona sin lugar a dudas en la consolidación de la figura objeto de la presente investigación.

2.3. Definición de términos básicos.

2.3.5. Acción de inconstitucionalidad:

Es la que puede ejercer el presidente de la república, el fiscal de la nación, el defensor del pueblo, 25% del número legal de congresistas, 5,000 ciudadanos, los gobernadores regionales y los colegios profesionales, ante el Tribunal constitucional contra las normas con rango de ley; entiéndase leyes, decretos

¹² Marinoni, Guilherme, *ibid dem*

legislativos, decretos de urgencia, decretos leyes, tratados, el reglamento del congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales; que contravengan la Constitución en la forma o por el fondo. Artículos 200 inciso 4 y 203 de la Constitución de 1993, concordante con el artículo 90 y siguientes del Código procesal constitucional.

2.3.6. Competencia legislativa.

La competencia o función legislativa es la atribución constitucional conferida al Congreso Nacional de manera directa o al poder ejecutivo de manera indirecta, para proponer, debatir y aprobar las leyes y resoluciones legislativas o normas legales que regulan la vida de las personas que habitan la nación conforme con la Constitución; así como para interpretarlas, modificarlas o derogarlas. También para aprobar los tratados, el presupuesto y cuenta general de la república, autorizar empréstitos, ejercer el derecho de amnistía, aprobar la demarcación territorial propuesta por el poder ejecutivo, prestar consentimiento para el ingreso de tropas extranjeras a territorio nacional, autorizar al presidente de la república para salir del país y ejercer otras atribuciones que le señala la Constitución. Comprende el debate y aprobación de reformas de la Constitución, de leyes y resoluciones legislativas, así como su interpretación, modificación o derogación, de acuerdo con los procedimientos establecidos en la Constitución y el reglamento del congreso. Artículo 102 de la Constitución, concordante con el artículo 4 del Reglamento del Congreso.

2.3.7. Control concentrado.

Es un método y una forma de ejercer el denominado control de constitucionalidad en un Estado Constitucional de Derecho. Según PÉREZ (2005) es el que se confía a un tribunal constitucional, a un órgano jurisdiccional, autónomo y distinto a los demás poderes públicos. Es el único que tiene el monopolio del control de constitucionalidad; fue ideado por Hans Kelsen. La declaratoria de fundabilidad de la demanda, puede conducir a la expulsión de la norma legal impugnada del ordenamiento jurídico nacional.

2.3.8. Control difuso.

Responde a otra forma de ejercer las funciones de control de constitucionalidad en un Estado Constitucional de Derecho. Tiene su origen en el modelo de control de constitucionalidad norteamericano, sustentado en la soberanía popular como fundamento del poder; se materializa en la potestad conferida a los jueces del Poder judicial para ejercerlo; por lo tanto se trata de un control ejercido por uno de los poderes clásicos del Estado, y puede ser por vía incidental (caso de España) o en el marco de un proceso judicial (caso del Perú). La fundabilidad de la demanda da lugar a la inaplicación de la norma cuestionada de inconstitucionalidad al caso concreto. PEREZ ROYO (2005).

2.3.9. Derechos fundamentales.

“Son todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos dotados de status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiéndose por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscritas a un sujeto por una norma jurídica...”. Ferrajoli (1997).

2.3.10. Garantías Constitucionales.

Son las seguridades que la Constitución se da asimismo, con la finalidad de asegurar su primacía respecto de las demás normas del ordenamiento jurídico, y son dos: el procedimiento de reforma de la Constitución y la jerarquía normativa para el control de constitucionalidad. También comprende los mecanismos que la Constitución pone a disposición de los habitantes para defender sus derechos frente a la actuación de las autoridades, individuos o grupos sociales que vulneran o amenazan los mismos. PÉREZ ROYO (2005).

2.3.11. Jerarquía de la ley.

Es una de las categorías o niveles establecidos en el artículo 51 de la Constitución; rango normativo que comprende a la ley ordinaria aprobada por el parlamento y las normas con carácter de ley como los decretos legislativos, decretos de urgencia, decretos leyes, los tratados, el reglamento del congreso, las normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales; las cuales pueden ser cuestionadas mediante el proceso de inconstitucionalidad. CONSTITUCIÓN DEL ESTADO.

2.3.12. Jurisprudencia constitucional

Se refiere al conjunto de decisiones o fallos constitucionales emanados del Tribunal Constitucional, expedidos a efectos de defender la superlegalidad, jerarquía, contenido y cabal cumplimiento de las normas pertenecientes al bloque de constitucionalidad. STC del TC N° 00204-2003-AI/TC.

2.3.13. Omisión legislativa.

Es la falta de emisión de las normas de desarrollo constitucional por parte del poder legislativo durante un periodo excesivo de tiempo, de tal forma que impide la vigencia y aplicación eficaz y efectiva del texto constitucional en todos sus extremos. CASTRO (2003).

2.3.14. Órgano jurisdiccional.

Son todos aquellos investidos de la potestad de impartir justicia, de manera autónoma y con libertad de criterio. Conforman los diversos niveles del Poder judicial o actúan de manera independiente como el Tribunal Constitucional, impartiendo justicia especializada con arreglo a la Constitución y a la ley. ARTÍCULO 138 DE LA CONSTITUCIÓN, concordante con el artículo 1 del texto único ordenado de la Ley orgánica del Poder Judicial, aprobado por Decreto supremo N° 017-93-JUS.

2.3.15. Protección constitucional.

Significa que todo derecho humano se encuentra comprendido en el texto constitucional, como derecho subjetivo que puede ser exigido por los habitantes del país; como tal los poderes públicos y los órganos estatales se encuentran obligados a atenderlos y a brindarles tutela administrativa y/o jurisdiccional. Duran (2002).

2.3.16. Rechazo liminar.

Procesalmente es la atribución que tiene los jueces para denegar tutela jurisdiccional en la primera resolución calificatoria de una demanda o solicitud formulada al órgano jurisdiccional, cuando no exista duda respecto a la carencia de verosimilitud de la amenaza o vulneración de un derecho fundamental. En el derecho procesal civil es una atribución similar de los jueces civiles, que se utiliza cuando la demanda o solicitud postulada carece de los requisitos de procedencia y/o de las condiciones de la acción.

2.3.17. Sentencias interpretativas normativas o manipulativas

Son las sentencias emitidas por la jurisdicción constitucional cuando detecta y determina la existencia de un contenido normativo inconstitucional dentro de una ley o norma con rango de ley. Dicha sentencia está sujeta alternativa o acumulativamente a dos tipos de operaciones: la ablativa y la reconstructiva. La ablativa o de exéresis consiste en reducir los alcances normativos de la ley impugnada “eliminando” del proceso interpretativo alguna frase o hasta una norma cuya significación colisiona con la Constitución; lo que genera un cambio del contenido preceptivo de la ley. La operación reconstructiva o de reposición consiste en consignar el alcance normativo de la ley impugnada “agregándosele” un contenido y un sentido de interpretación que no aparece en el texto por sí mismo. STC del TC N° 0004-2004-CC/TC.

2.3.18. Sentencias interpretativas manipulativas exhortativas

Son aquellas en donde el órgano de control constitucional declara la incompatibilidad constitucional de una parte o de la totalidad de una ley o norma con rango de ley, -pese a lo cual no dispone su inmediata expulsión del ordenamiento constitucional, sino que recomienda al Parlamento para que dentro de un plazo razonable, expida una ley sustitutoria con un contenido acorde a las normas, principios y valores constitucionales. STC del TC N° 0004-2004-CC/TC.

2.3.19. Sentencias interpretativas manipulativas aditivas

Son aquellas en donde el órgano de control de la constitucionalidad determina la existencia de una inconstitucionalidad por omisión legislativa; en consecuencia, procede a “añadir” algo en el texto incompleto, para transformarlo en plenamente constitucional. Se expiden para completar leyes cuya redacción presenta un contenido normativo “menor” respecto al exigible constitucionalmente. 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. Entonces el órgano de control considera necesario “ampliar” o “extender” su contenido normativo permitiendo su aplicación a supuestos inicialmente no contemplados, o ensanchando sus consecuencias jurídicas. Su finalidad es evitar que una ley cree situaciones contrarias a los principios, valores o normas constitucionales. El contenido de lo “adicionado” surge de la interpretación extensiva, de la interpretación sistemática o de la interpretación analógica. STC del TC N° 0004-2004-CC/TC.

2.3.20. Sistemas de control constitucional.

En la doctrina es el conjunto de garantías y procedimientos establecidos en la Constitución y el Código procesal constitucional, para que se materialice el control de constitucionalidad de las actuaciones de los poderes públicos y de las personas privadas en el territorio nacional. Comprende las entidades y los instrumentos mediante los cuales se busca mantener o defender el orden creado por la constitución política de un determinado Estado. PEREZ ROYO (2005).

2.3.21. Sistema jurídico de normas.

Conjunto de normas, instituciones y agentes que hacen el derecho que rige en el territorio de un país. Se relaciona con el diseño, aplicación, el análisis y la enseñanza de la legislación. Es la serie de normas objetivas vigentes en un lugar y en un momento determinado. Es regido por el Estado para la materialización de lo dispuesto en la Constitución, favoreciendo la convivencia y fijando pautas para la conducta de las personas. Existen diferentes sistemas jurídicos, como el common law y el civil law o derecho continental, el socialista y el derecho canónico. Mantiene relación directa con el ordenamiento jurídico.

2.3.22. Principio de Separación de Poderes, Control y Balance de estos.

Conforme a la doctrina el principio de separación de poderes tiene por esencia evitar, entre otros aspectos, que quien ejerce funciones legislativas o administrativas realicen la función jurisdiccional, y con ello que se desconozca los derechos y libertades fundamentales. No debe ser entendido en su concepción clásica, en el sentido que establece una separación tajante y sin relaciones entre los distintos poderes del Estado; sino por el contrario debe ser concebido, por un lado, como control y balance en los poderes del Estado –check and balances of power- y, por otro lado, como coordinación y cooperación entre ellos, sin perjuicio de la independencia y autonomía de los órganos del Estado. La separación de las tres funciones básicas del Estado, limitándose de modo recíproco, sin entorpecerse innecesariamente. STC del TC N° 00005-2007-PI/TC, Fj 16 a 23.

2.3.23. Tribunal Constitucional.

Es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad. Es autónomo e independiente de los demás órganos constitucionales. Se encuentra sometido sólo a la Constitución y a su Ley Orgánica. Puede, por acuerdo mayoritario de sus miembros, tener sesiones descentralizadas en cualquier otro lugar de la República. Es responsable de velar por el respeto y la vigencia de la constitución y de los derechos fundamentales que ella reconoce. Conoce en única instancia de la acción de inconstitucionalidad y en última y definitiva instancia las

resoluciones denegatorias de hábeas corpus, hábeas data y acción de cumplimiento. ARTÍCULOS 201 Y 202 DE LA CONSTITUCIÓN, concordantes con el artículo 1 de la Ley 28301.

2.3.24. Vacío legal.

En el derecho procesal llamado también laguna jurídica o laguna del derecho o limbo jurídico; es la ausencia de ley o reglamentación legislativa en una materia jurídica concreta.

2.3.25. Vulneración de derechos.

En la doctrina es cualquier práctica que transgrede por lo menos uno de los derechos reconocidos en la constitución y la ley, por acción u omisión. La vulneración siempre se evidencia en la realización de actos positivos u omisivos que limitan el ejercicio de derechos fundamentales y legales, sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial.

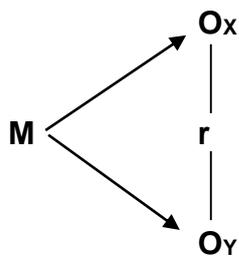
CAPÍTULO III

3. MATERIAL Y MÉTODOS.

3.1. Tipo de estudio y diseño de contrastación de hipótesis.

La presente investigación se ha desarrollado, según el tipo de estudio, con el carácter de no experimental y su diseño fue transversal correlacional; según Hernández, Roberto y otros (2014, p: 157) estos diseños describen relaciones entre dos o más categorías, conceptos o variables en un momento determinado. A veces, únicamente en términos correlacionales, otras en función de la relación causa-efecto (causales).

La representación del diseño de la investigación es la siguiente:



Dónde:

M = Muestra de investigación

O_x = Observaciones de la variable Inconstitucionalidad omisiva

O_y = Observaciones de la variable Proceso de garantía constitucional

r = Correlación entre ambas variables.

Tabla 1: Diseño de contrastación de hipótesis:

VARIABLES	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	DEFINICIÓN OPERACIONAL	DIMENSIONES	INDICADORES	ESCALA
V. I. Inconstitucionalidad Omisiva	SAGÜES (2005): Variable de violación de la norma fundamental que se presenta en aquellos supuestos en que los poderes constituidos del Estado se abstienen de dar cumplimiento a los mandatos constitucionales; que más contribuye a ahondar la dialéctica norma-realidad.	Se medirá mediante la aplicación de una encuesta para determinar la relación con la variable dependiente .	Dimensión de Legislación Nacional	Jurisprudencia.	- Ordinal - Bueno - Regular - Deficiente
				Exposición de motivos.	
				Eficacia normativa.	
			Dimensión de Legislación Comparada	Jurisprudencia.	
				Exposición de motivos.	
				Relevancia normativa.	
V.D. Proceso de Garantía Constitucional	Tribunal Constitucional (2009): Son acciones previstas por el constituyente que permiten la tutela subjetiva y objetiva; su finalidad es garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales.	Se medirá mediante la aplicación de una encuesta para determinar la relación con la variable independiente.	Dimensión de Primacía de la Constitución	Jerarquía.	- Ordinal - Bueno - Regular - Deficiente
				Control constitucional.	
				Proceso constitucional	
			Dimensión de Estado y Sociedad	Protección.	
				Contrato social.	

Fuente: Base de datos del Autor.

2.4. Población, muestra y muestreo.

3.2.1. Población

La población del estudio estuvo conformada por el Pleno del Tribunal Constitucional a través de sus actuaciones en los casos concretos que se tienen analizados, docentes de las Escuelas de Post Grado de la especialidad de las Universidades Nacionales de Tumbes y Chiclayo y las particulares de Piura y Lima; jueces de la

Corte Superior de Justicia de Tumbes, fiscales del Ministerio Público de Tumbes y abogados que ejercen libremente en la Región Tumbes.

3.2.2. Muestra

La muestra que se tuvo en cuenta fueron los magistrados miembros del Tribunal Constitucional, en su actuación a través de las sentencias emitidas en los casos concretos examinados en este informe, la entrevista a 05 expertos en Derecho Constitucional relacionada a los propósitos de la presente investigación, docentes de las Escuelas de Post Grado de la especialidad de las Universidades Nacionales de Tumbes y Pedro Ruiz Gallo de Chiclayo, así como de las Universidades privadas de Piura y Lima, 05 jueces de la Corte Superior de Justicia de Tumbes, 05 fiscales del Ministerio Público distrito Fiscal de Tumbes y 10 abogados que ejercen libremente el derecho en la Región Tumbes, a través de una encuesta elaborada especialmente y aplicada por el autor según los parámetros científicos establecidos.

3.2.3. Muestreo

Se aplicó el muestreo intencionado sobre la población de estudio, seleccionándose de manera predeterminada a los magistrados miembros del Tribunal Constitucional que emitieron las sentencias analizadas en este trabajo, que se precisan más adelante, la entrevista a 05 juristas expertos en Derecho Constitucional profesores de las Escuelas de Post Grado de las Universidades Nacionales de Tumbes y Pedro Ruiz Gallo de Chiclayo, de la Universidad Privada de Piura y de la Universidad de Lima, así como la encuesta a 20 abogados en ejercicio, con conocimiento y experiencia, de los cuales 10 fueron abogados que ejercen cultivan y ejercen libremente el Derecho, 05 fiscales en ejercicio integrantes del Ministerio Público y 05 jueces en ejercicio que forman parte del cuadro de magistrados de la Corte Superior de Justicia de Tumbes, órgano público integrante del Poder Judicial del Perú, los cuales formaron los elementos de la investigación, que presumiblemente debían poseer los conocimientos jurídicos y dogmáticos suficientes como para verter su opinión calificada en torno al tema objeto de averiguación científica.

2.5. Métodos, técnicas e instrumentos de recolección de datos.

3.3.1. Método

Según la orientación científica y el desarrollo específico del presente trabajo de investigación, el método que se ha utilizado para poder entender y poder asignar las características de los elementos de investigación, corresponde al método básico, analítico, cuantitativo, cualitativo y correlacional, debido a que la investigación se desarrolló mediante la indagación de la problemática en base y a partir de la información contenida en documentales que permitieron la revisión de las causas judiciales y sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional, que permitieron a su vez el analizar a profundidad la fundamentación doctrinaria y jurídica sustentatoria de las decisiones adoptadas en torno al problema de la omisión inconstitucional materia de investigación; asimismo por la correlación de la variable independiente y dependiente en el desarrollo de la investigación, donde se corroboró que ambas son complementarias en el logro de los resultados obtenidos.

3.3.2. Técnicas:

La recolección de datos, se ha realizado con las siguientes técnicas:

a. La entrevista. – A través del cual, se sostuvo una conversación con 05 juristas expertos en derecho constitucional de diversas partes del país, incluido un docente principal de derecho constitucional de la Escuela de Post Grado de la Universidad Nacional de Tumbes.

b. La encuesta.- Se realizó una encuesta a 20 abogados en ejercicio en la Región Tumbes, de los cuales 10 fueron abogados que ejercen libremente la profesión, 05 fueron fiscales del Ministerio Público y 05 fueron jueces del Poder Judicial adscritos a la Corte Superior de Justicia de Tumbes, basada en una serie de preguntas planteadas de acuerdo al tema de investigación.

c. El análisis de contenido. – Tuvo como finalidad la descripción objetiva, sistemática y cuantitativa del contenido manifiesto de documentos materiales, expedientes, informes, etc, necesarios para el desarrollar nuestra investigación.

3.3.3. Instrumentos de recolección de datos

Como instrumento, se utilizó dos cuestionarios, uno para evaluar la variable Inconstitucionalidad omisiva y Proceso de garantía constitucional. Teniendo 3 posibles alternativas:

1 = Nunca 2 = A veces 3 = Siempre

a. Confiabilidad:

La confiabilidad, es la confianza y/o certeza que le brinda al investigador, la aplicación de un instrumento idóneo para determinar la alta probabilidad que los resultados tendrán pertinencia en la sustentación de sus objetivos.

Para Hernández, Roberto y otros (2014), la confiabilidad de un instrumento de medición, que en su aplicación por repetición al mismo elemento, produce resultados comunes. (p. 200).

En esta investigación, se utilizó la prueba de Alfa de Cronbach, con una muestra de 20 elementos (jueces – fiscales – abogados). Ante ello, se procedió a procesar los datos obtenidos mediante el uso del Programa Estadístico SPSS.

Tabla 2: Resultado de la fiabilidad de la Inconstitucionalidad omisiva y Proceso de garantía constitucional.

Variable	Alfa de Cronbach	N de ítems
Inconstitucionalidad omisiva	,883	10
Proceso de garantía constitucional	,708	10

Según los datos obtenidos por el procedimiento estadístico del Alfa de Cronbach, los cuestionarios para medir la Inconstitucionalidad omisiva y Proceso de garantía constitucional, tienen una alta confiabilidad.

Tabla 3: Escala Valorativa de los cuestionarios:

ESCALA VALORATIVA				
Variable	Total de Ítems	Puntaje	Escala	Niveles y/o rangos
Inconstitucionalidad omisiva	10	30	25-30	Buena
			19-24	Regular
			13-18	Deficiente
Proceso de garantía constitucional	10	30	25-30	Buena
			19-24	Regular
			13-18	Deficiente

Fuente: Cuestionarios elaborados por el investigador.

b. Ficha técnica

Cuestionario para medir la variable Inconstitucionalidad omisiva.

Autor: Cuestionario elaborados por el investigador.

Año: 2020

Objetivo: Medir el nivel mediante la valoración de la variable Inconstitucionalidad omisiva.

Descripción: Está compuesto por 10 ítems, distribuido en dos **Dimensiones:** De Legislación Nacional (5 ítems) y Legislación Comparada (5 ítems); la escala de valor de medición de los ítems se realizó mediante la escala de Likert, y son los siguientes: Siempre (3 puntos), a veces (2 puntos) y nunca (1 punto).

Aplicación: Individual.

Duración: 15 minutos aproximadamente.

Niveles y/o rangos: Bueno, regular deficiente.

c. Ficha técnica

Cuestionario para medir la variable Proceso de garantía constitucional.

Autor: Cuestionario elaborados por el investigador.

Año: 2020

Objetivo: Medir el nivel mediante la valoración de la variable Proceso de garantía constitucional.

Descripción: Está compuesto por 10 ítems, distribuido en dos **dimensiones:** De Primacía constitucional (5 ítems) y Estado y Sociedad (5 ítems); la escala de valor de medición de los ítems se realizó mediante la escala de Likert, y son los siguientes: Siempre (3 puntos), a veces (2 puntos) y nunca (1 punto).

Aplicación: Individual.

Duración: 15 minutos aproximadamente.

Niveles y/o rangos: Bueno, regular deficiente.

2.6. Procesamiento y análisis de datos.

Los datos obtenidos, se analizaron, mediante la elaboración de tablas y gráficos estadísticos, y para ello se utilizó el sistema del software estadístico SPSS, con el propósito de dar contrastación de la hipótesis al problema planteado y de ello poder determinar los objetivos de la investigación.

CAPÍTULO IV

4. RESULTADOS Y DISCUSIÓN

4.1. RESULTADOS

Tablas y gráficos estadísticos

Tabla 4: Nivel de valoración de la Inconstitucionalidad omisiva y Proceso de garantía constitucional.

Alternativa	Variable 1		Variable 2	
	Inconstitucionalidad omisiva		Proceso de garantía constitucional	
Deficiente	16	80.0%	-	-
Regular	4	20.0%	2	10.0%
Bueno	-	-	18	90.0%
Total	20	100.0%	20	100.0%

Fuente: Aplicación del Cuestionario de Inconstitucionalidad omisiva y Proceso de garantía constitucional.

Análisis e interpretación. Se observa que dieciséis (16) elementos que representan el 80.0% ubican la Inconstitucionalidad omisiva en el nivel deficiente; luego, se aprecia que cuatro (4) elementos que representan el 20.0% la ubica en el nivel regular. Determinándose que la deficiencia es el resultado natural del desconocimiento del fenómeno materia de estudio, vale decir de la inconstitucionalidad por omisión, así como de los remedios que ha concebido la doctrina y el derecho comparado para resolver este tipo de problemática violatoria de la Carta Fundamental, como de los utilizados por el Tribunal Constitucional peruano ante la carencia normativa de origen nacional. Ello lógicamente trae consigo la indiferencia del foro especializado y de la sociedad respecto al gravísimo problema de las omisiones inconstitucionales, por ende la ausencia de debate

especializado y social, por la falta de interés conjunta de las autoridades del Estado y de la comunidad en poner el tema en la agenda pública para su debate y articulación de su solución. Con ello, la prolongación indefinida en el tiempo de este tipo de violaciones a la Carta Fundamental, que no se condice con el modelo de Estado Constitucional y democrático de derecho diseñado en la Constitución Política del Estado de 1993.

Asimismo dos (2) elementos que representan el 10.0% de la muestra ubicaron los procesos de garantía constitucional actualmente reglados en el nivel regular; en tanto que dieciocho (18) elementos que representan el 90.0% de la muestra lo ubicaron en el nivel bueno. Determinándose nuevamente de esta manera la existencia de un flagrante desconocimiento de la naturaleza jurídica del tema materia de investigación, así como de los supuestos y niveles de cobertura y eficacia de protección de los derechos fundamentales que conciernen a los procesos constitucionales vigentes desarrollados en el Código Procesal Constitucional; la data obtenida revela también de manera bastante clara el desconocimiento y falta de conciencia de los profesionales consultados en relación a la ausencia de legislación positiva reguladora del proceso de inconstitucionalidad por actos omisivos violatorios de la Carta fundamental y su utilidad para la defensa de la Carta, del modelo de Estado constitucional de derecho y de los propios derechos humanos y fundamentales reconocidos en la Carta Fundamental; evidenciándose con ello que existe por delante una ardua tarea que realizar sobre el particular.

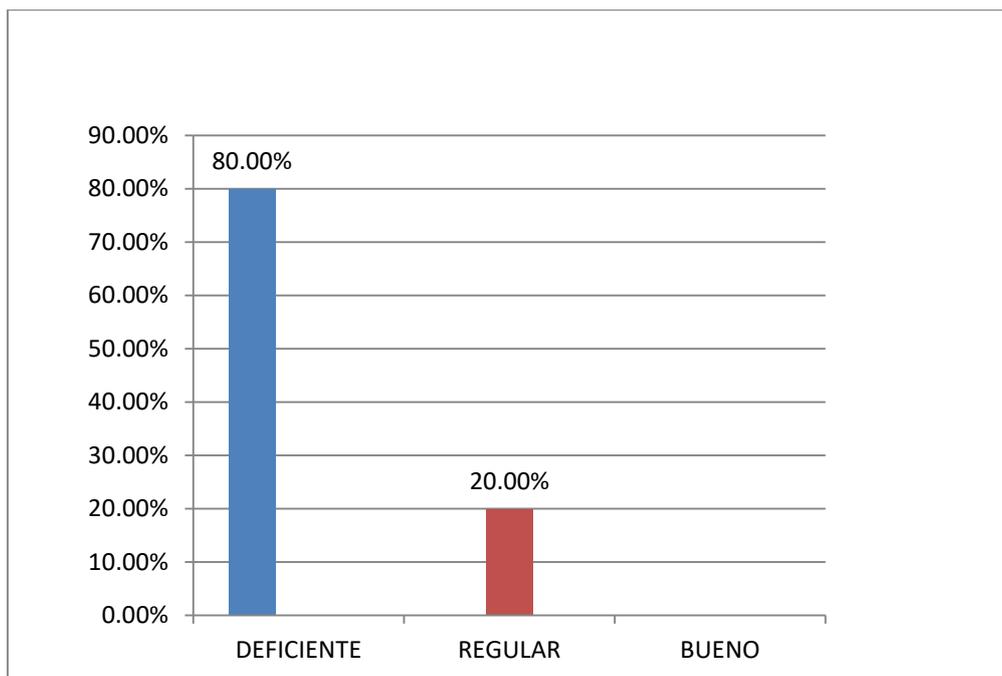


Figura 1. Nivel de valoración de la Inconstitutionalidad omisiva.

Fuente: Tabla 04.

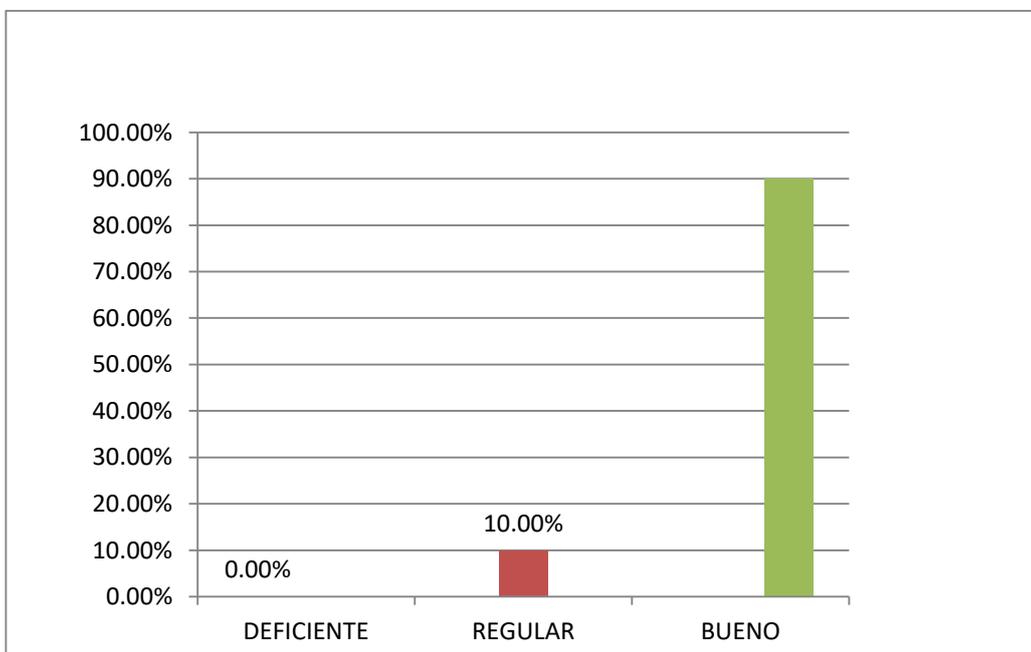


Figura 2. Nivel de valoración del Proceso de garantía constitucional.

Fuente: Tabla 04.

Tabla 5: Nivel de las dimensiones de la Inconstitucionalidad omisiva.

Alternativa	Dimensión 1		Dimensión 2	
	Legislación Nacional		Legislación Comparada	
Deficiente	19	95%	18	90.0%
Regular	1	5%	2	10.0%
Bueno	-	-	-	-
Total	20	100.0%	20	100.0%

Fuente: Aplicación del Cuestionario de Inconstitucionalidad omisiva.

Análisis e interpretación. Como se puede apreciar en la tabla que antecede 19 elementos que representan el 95% de la muestra opinaron que la dimensión legislación nacional es deficiente y 18 elementos que representan el 90% dijeron que la dimensión legislación comparada era regular; asimismo 1 elemento que representa el 5% opinó que la dimensión legislación nacional era regular y 2 elementos que representan el 10% sostuvo que la dimensión legislación comparada era regular. Los resultados obtenidos confirman las conclusiones expuestas en el análisis de los resultados del cuadro anterior (Tabla número 4). Esto es el desconocimiento del problema de la inconstitucionalidad por omisión por la mayoría de profesionales del Derecho y por los integrantes de la comunidad, lo mismo ocurre respecto a los supuestos y niveles de cobertura y eficacia de protección de derechos fundamentales de los procesos constitucionales vigentes, que se encuentran desarrollados en el Código Procesal Constitucional; situación que no les permite advertir ni tomar conciencia de la importancia de resolver el problema objeto de estudio, ni de la necesidad de articular un nuevo proceso de garantía que lo encare, que pueda permitir en la realidad social la plena y total vigencia de los derechos fundamentales que contempla la Constitución; contexto que motiva a realizar los esfuerzos necesarios para que el tema se ponga en la agenda pública y sea objeto de debate para conocimiento público.

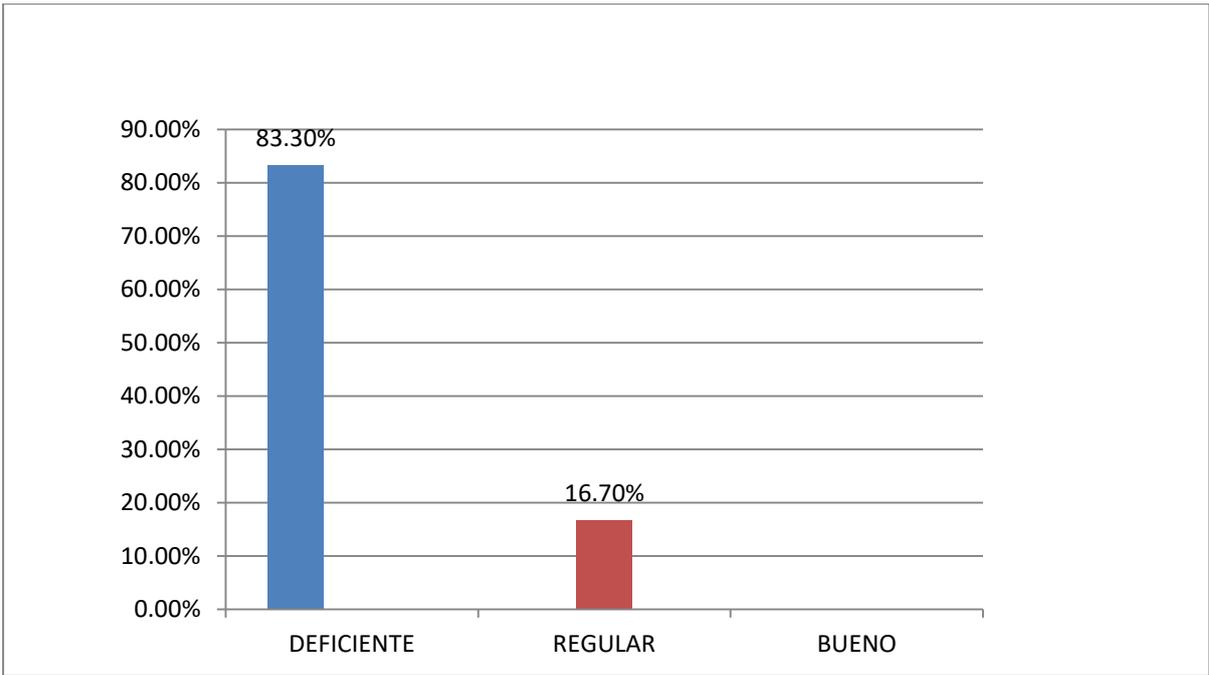


Figura 3. Nivel de la dimensión investigación de la Inconstitucionalidad omisiva.
Fuente: Tabla 05.

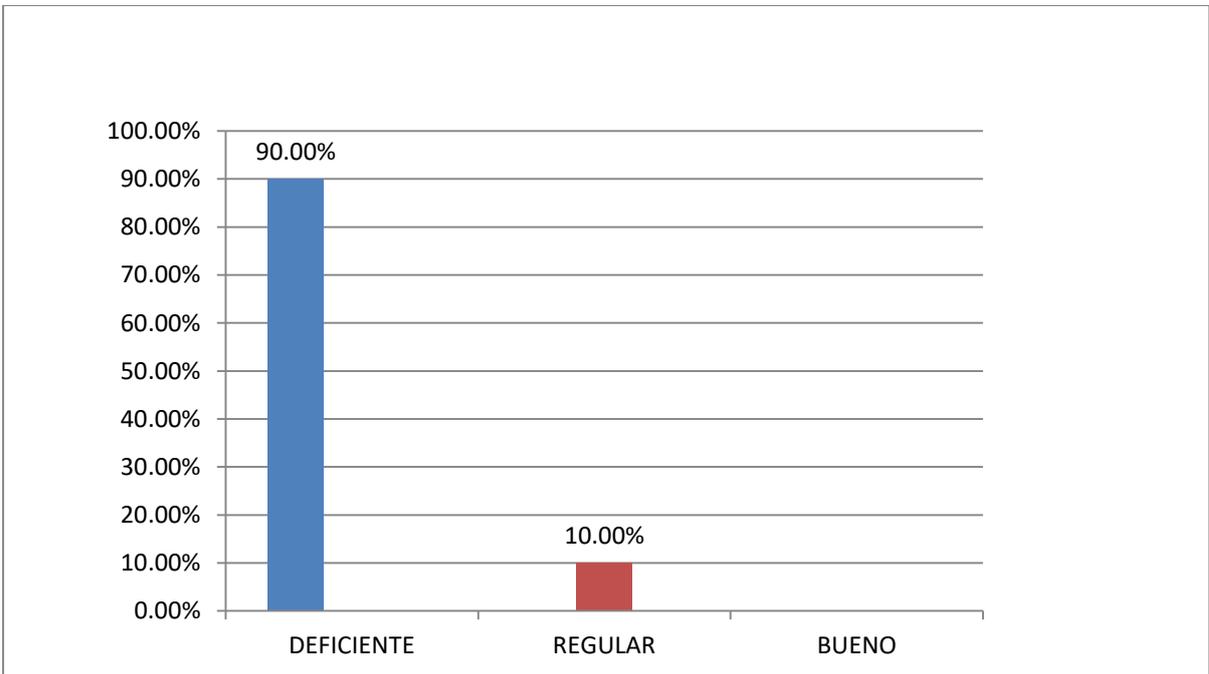


Figura 4. Nivel de la dimensión objetividad de la Inconstitucionalidad omisiva.
Fuente: Tabla 05.

Tabla 6: Nivel de las dimensiones del Proceso de garantía constitucional.

Alternativa	Dimensión 1		Dimensión 2	
		Primacía Constitucional		Estado y Sociedad
Deficiente	-	-	-	-
Regular	1	5%	2	10%
Bueno	19	95%	18	90%
Total	20	100%	20	100%

Fuente: Aplicación del Proceso de garantía constitucional.

Análisis e interpretación. Nuevamente los resultados que contiene esta tabla revelan y confirman la existencia de un alarmante nivel de desconocimiento del fenómeno materia de estudio y del proceso que se pretende proponer, en el ámbito de un número bastante importante de profesionales del derecho, que se desempeñan en los más variados ámbitos de las diversas especialidades del derecho en la Región.

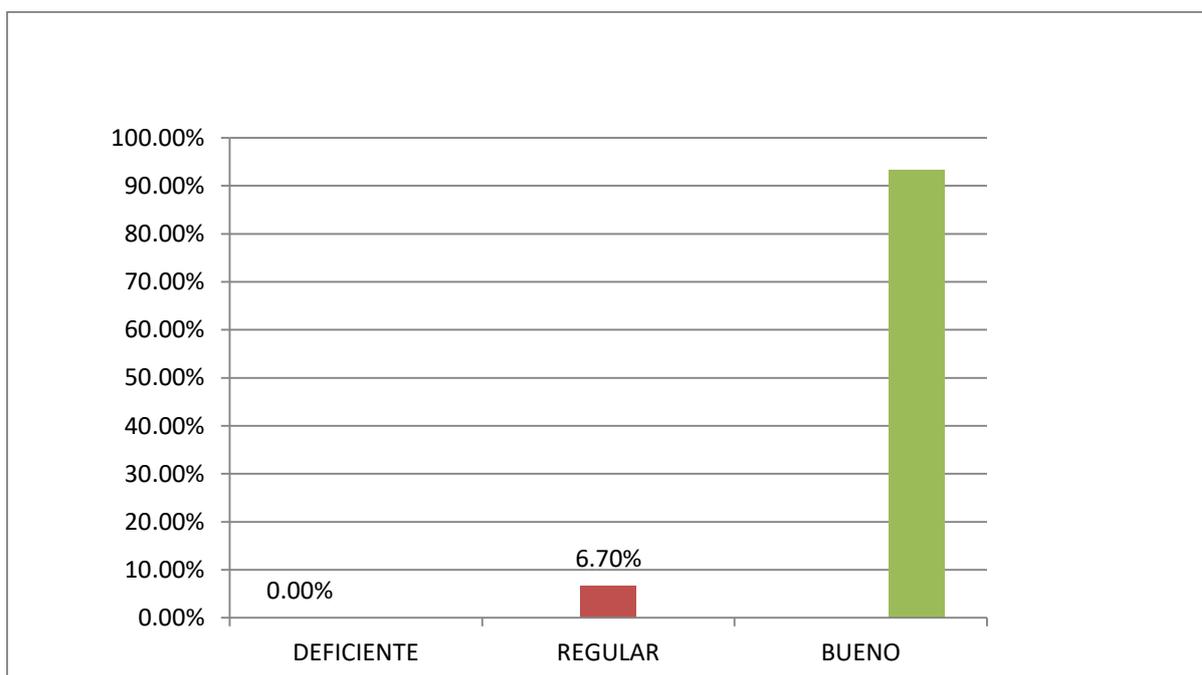


Figura 5. Nivel de la dimensión garantía del Proceso de garantía constitucional.

Fuente: **Tabla 6.**

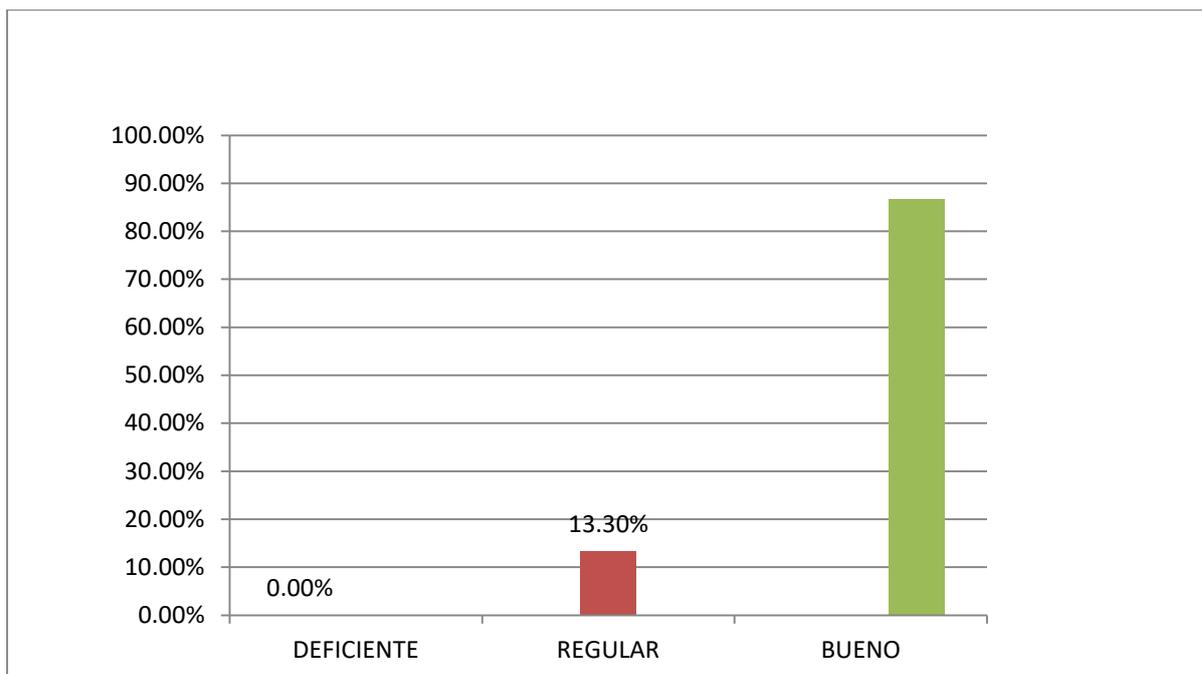


Figura 6. Nivel de la dimensión procesal del Proceso de garantía constitucional.

Fuente: Tabla 6.

Contrastación de hipótesis:

Prueba de normalidad de las variables

Tabla 7: Prueba de normalidad de la Inconstitucionalidad omisiva y Proceso de garantía constitucional.

Pruebas de normalidad			
Variables / Dimensiones	Shapiro-Wilk		
	Estadístico	GI	Sig.
Inconstitucionalidad omisiva	0.962	20	0.084
Legislación nacional	0.940	20	0.035
Legislación comparada	0.978	20	0.601
Proceso de garantía constitucional	0.987	20	0.629
Primacía constitucional	0.963	20	0.220
Estado y sociedad	0.959	20	0.160

Fuente: Aplicación del Cuestionario de Inconstitucionalidad omisiva y Proceso de garantía constitucional.

Análisis e interpretación. La prueba de Shapiro Wilk nos da un valor de significancia mayores para ambas variables al 5% ($p > 0.05$), de lo cual nos permite inferir que las variables de estudio interactúan de manera normal; concluyendo que la prueba paramétrica a utilizar es la de correlación de Pearson, para sistematizar la relación entre las variables de estudio.

Hipótesis General (H_1): La Inconstitucionalidad omisiva, incide significativamente con la necesidad de regular un nuevo proceso de garantía constitucional.

Hipótesis Nula (H_0): La Inconstitucionalidad omisiva, no incide significativamente con la necesidad de regular un nuevo proceso de garantía constitucional.

Tabla 8: La Inconstitucionalidad omisiva se relaciona significativamente con la dimensión primacía constitucional.

Correlación R de Pearson	Inconstitucionalidad omisiva
Primacía constitucional	
Coefficiente de correlación de "R" Pearson	0.883**
Sig. (bilateral)	0.000
N	20

Fuente: Aplicación del Cuestionario de Inconstitucionalidad omisiva y Proceso de garantía constitucional.

** La relación es significativa al 5% (0.05) y altamente significativa al 1% (0.01).

Análisis e interpretación. Se muestra el coeficiente de correlación R de Pearson entre los resultados de las variables en estudio. Podemos apreciar en la tabla precedente que dicha correlación es $R = 0.883$ (correlación positiva alta) con un nivel de significancia $p = 0.000$ siendo esto menor al 5% ($p < 0.05$), por lo cual se descarta la hipótesis nula; es decir, se demuestra de esta manera que la variable Inconstitucionalidad omisiva en la investigación, se relaciona significativamente con la dimensión de primacía constitucional.

Tabla 9: La Inconstitucionalidad omisiva se relaciona significativamente con la dimensión de estado y sociedad.

Correlación r de Pearson	Inconstitucionalidad omisiva
Estado y sociedad	
Coefficiente de correlación de "R" Pearson	0.845**
Sig. (bilateral)	0.000
N	20

Fuente: Aplicación del Cuestionario de Inconstitucionalidad omisiva y Proceso de garantía constitucional.

** La relación es significativa al 5% (0.05) y altamente significativa al 1% (0.01).

Análisis e interpretación. Se muestra el coeficiente de correlación R de Pearson entre los resultados de la variable Inconstitucionalidad omisiva y la dimensión Estado y sociedad. Podemos apreciar en la tabla que dicha correlación es $R = 0.845$ (correlación positiva alta) con nivel de significancia $p = 0.000$ siendo esto menor al 5% ($p < 0.05$), por lo cual se descarta la hipótesis nula; es decir, se demuestra que La Inconstitucionalidad omisiva se relaciona significativamente con la dimensión de Estado y sociedad.

Tabla 10: El Proceso de garantía constitucional se relaciona significativamente con la dimensión de Legislación nacional.

Correlación R de Pearson	Proceso de garantía constitucional
Legislación nacional	
Coefficiente de correlación de "R" Pearson	0.871**
Sig. (bilateral)	0.000
N	20

Fuente: Aplicación del Cuestionario de Inconstitucionalidad omisiva y Proceso de garantía constitucional.

** La relación es significativa al 5% (0.05) y altamente significativa al 1% (0.01).

Análisis e interpretación. Se muestra el coeficiente de correlación R de Pearson entre los resultados de la variable Proceso de garantía constitucional y la dimensión de Legislación nacional en estudio. Podemos apreciar que dicha correlación es $R = 0.871$ (correlación positiva alta) con nivel de significancia $p = 0.000$ siendo esto menor al 5% ($p < 0.05$) por lo cual se descarta la hipótesis nula; es decir, se

demuestra que el Proceso de garantía constitucional se relaciona significativamente con la dimensión de Legislación nacional.

Tabla 11: El Proceso de garantía constitucional se relaciona significativamente con la dimensión Legislación comparada.

Correlación R de Pearson	Conducción Compulsiva
Legislación comparada	
Coeficiente de correlación de "R" Pearson	0.889**
Sig. (bilateral)	0.000
N	20

Fuente: Aplicación del Cuestionario de Inconstitucionalidad omisiva y Proceso de garantía constitucional.

** La relación es significativa al 5% (0.05) y altamente significativa al 1% (0.01).

Análisis e interpretación. Se muestra el coeficiente de correlación R de Pearson entre los resultados de la variable Proceso de garantía constitucional y la dimensión Legislación comparada en estudio. Podemos apreciar que dicha correlación es $R = 0.889$ (correlación positiva alta) con nivel de significancia $p = 0.000$ siendo esto menor al 5% ($p < 0.05$) por lo cual se descarta la hipótesis nula, es decir, se demuestra que el Proceso de garantía constitucional se relaciona significativamente con la dimensión Legislación comparada.

4.2. DISCUSIÓN

4.2.1. De la Encuesta:

Los resultados obtenidos con la encuesta, referente a la inconstitucionalidad omisiva y proceso de garantía constitucional, comprobaron que ambas variables tienen una correlación positiva alta y estadísticamente significativa. Se utilizó la prueba Shapiro Wilk, para la comprobación de la normalidad de las variables en estudio, evidenciándose niveles significativos en ellas mayores al 5% ($p > 0.05$), cuyos datos se distribuyen de manera normal. En ese sentido se establece que las preguntas generadas a los elementos de investigación, han tenido correlación y han sido viables en la obtención de datos referenciales de manera estadística y de concepción jurídica idóneos e importantes para la investigación.

4.2.2. De la entrevista:

A continuación presentamos las preguntas formuladas a los expertos en Derecho Constitucional entrevistados durante el desarrollo de la investigación y sus respuestas a cada interrogante:

✓ **Opinión si las garantías constitucionales actuales son suficientes para garantizar los derechos fundamentales a nivel jurisdiccional**

Fuente: Elaboración Propia. Entrevista Lima – Piura - Chiclayo 2018 y 2020.

De acuerdo con la opinión de nuestros juristas entrevistados, la mayoría concluyeron que las garantías constitucionales previstas en nuestra Carta Magna son suficientes para garantizar los derechos fundamentales a nivel jurisdiccional. Sin embargo se precisa que los magistrados (del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional) entrevistados consideraron en el fondo en minoría que no son suficientes por sí mismos y deben modificarse.

Iniciamos con la respuesta del **Dr. Gustavo Gutiérrez Ticse**, quien hace alusión a la diversidad de procesos constitucionales, señalando que: “Sí, tenemos un catálogo amplio de procesos constitucionales, son 7 procesos constitucionales, y por lo tanto no se trata de cantidad de procesos sino del ámbito de acción”.

Además, consideró que a diferencia de México donde sólo existe un solo proceso constitucional –el Amparo-, en el Perú tenemos siete (07) procesos constitucionales: hábeas corpus, amparo, hábeas data, acción popular, proceso de cumplimiento, proceso de inconstitucionalidad y el proceso competencial (art. 200° del texto constitucional). Sin embargo, sostiene, no se trata de cantidad de procesos sino del ámbito de acción de cada uno de ellos; entendiéndolo de forma genérica e implícita que alguno de los procesos constitucionales en vigencia actual, que indica, comprende la solución al problema de la omisión inconstitucional.

Asimismo, el **Dr. Omar Effio Arroyo**, catedrático de post grado de la Universidad Nacional de Tumbes y de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo de Chiclayo, hizo algunas precisiones en cuanto al rol del Tribunal Constitucional en la defensa de los derechos fundamentales, pues, afirma que: “Sí, considerando el amplio trabajo jurisprudencial que ha venido desarrollando el tribunal constitucional, a través de las sentencias manipulativas, se desarrolló el contenido esencial y la teoría de los derechos fundamentales”.

En otras palabras, éste constitucionalista considera que las garantías establecidas en el artículo 200° de la Constitución del Estado peruano resultan suficientes para garantizar desde la justicia constitucional la vigencia de la Carta y los derechos fundamentales, pero teniendo en cuenta el amplio trabajo jurisprudencial desarrollado complementariamente por el Tribunal Constitucional mediante el uso de las sentencias manipulativas, a través de las cuales se ha desarrollado el contenido esencial y la teoría de los derechos fundamentales en el país.

Por el contrario, el **Dr. Carlos Hakanson Nieto**, profesor de Post Grado de la Universidad Privada de Piura, enfatizó que sin importar el número de garantías constitucionales que exista, lo más relevante es su eficacia, manifestando que: “Considero que la efectiva garantía de los derechos se mide por la calidad y no la cantidad. En el derecho comparado, las constituciones no necesariamente coinciden en sus formas de protección jurisdiccional a los derechos fundamentales; lo importante es que las garantías cumplan su función”.

Es decir, para este jurista en función a la suficiencia de las garantías de los derechos fundamentales el número de ellas contempladas en el artículo 200° de la Constitución debió ser menor, atendiendo al criterio de la calidad de la garantía que debió reflejarse en la cobertura de un amplio ámbito de derechos protegidos, y a su criterio, como veremos más adelante, el número ideal de garantías debería ser dos procesos constitucionales: uno para la protección de los derechos y otro para la protección de la jerarquía normativa; sostiene que en el derecho constitucional peruano, acorde a su evolución histórica, debieron ser el hábeas corpus (para la protección de los derechos) y la acción popular (para la protección de la jerarquía

normativa), pero se impuso la influencia del constitucionalismo foráneo (europeo), que dio como resultado el número de garantías que figuran en el referido artículo 200° del texto constitucional de 1993; dejando entrever que sería bastante difícil reformar en el sentido indicado dicho artículo de la Carta.

En cambio el **Dr. Edwin Figueroa Gutarra**, magistrado del Poder Judicial-Corte Superior de Justicia de Lambayeque y profesor del Post Grado de la Universidad Nacional de Piura y otras universidades del país, considera que si bien el esquema inicialmente es adecuado, puede mejorarse adoptándose algunas variantes del sistema español, así como se puede mejorar la redacción del articulado pertinente de la constitución; manifiesta que:

“En un nivel inicial, si es adecuado el esquema. Puede mejorar el mismo. A mi juicio, adoptándose algunas variantes del esquema español, el cual hace una mejor precisión conceptual, pues aborda el estado de alarma, que en nuestro caso es el estado de emergencia. De otro lado, creo que puede mejorarse la redacción constitucional del articulado pertinente, pues un término más idóneo, antes que el de “suspensión” de derechos fundamentales, sería el de “restricción” de derechos”.

Es decir para este magistrado judicial y profesor universitario la redacción del artículo 200 de la Constitución no es la más feliz y puede mejorarse integrándose las variantes del sistema español que hace una mejor precisión y aborda el “estado de alarma” equivalente al “estado de emergencia” de nuestro sistema constitucional; asimismo que el término “suspensión” de derechos debe ser reemplazado por el “restricción” de derechos fundamentales, que resulta más ajustado a lo que acontece cuando el poder ejecutivo toma una decisión de esa naturaleza.

A su turno el **Dr. Eloy Espinoza Saldaña**, jurista, catedrático universitario y de la Academia de la Magistratura y magistrado en funciones del Tribunal Constitucional peruano, considera que el sistema no es suficiente y siempre se va a necesitar de un Juez para definir la figura utilizada y resolver de manera idónea y útil la controversia planteada; sostiene:

“No es suficiente; en el Perú cuando se habla de garantías se confunde con procesos. El concepto garantía es mucho más amplio; los procesos son garantías procesales, pero también hay garantías institucionales, por ejemplo la autonomía universitaria es una típica garantía institucional, que son la protección de ciertos datos de la realidad (la universidad) que a su vez le permite el ejercicio de varios derechos fundamentales. En lo estrictamente procesal se tiene que los procesos son canales para materializar a través de ellos las opiniones de concretización de la constitución que hacen los jueces constitucionales. El solo hecho de tener los mecanismos con todos sus defectos, y aun cuando tuviéramos todos los canales imaginables, no nos salva el problema, pues cómo se resuelve la omisión, siempre va a ser necesario la respuesta de un juez; es decir aun teniendo el mejor escenario, que no lo tenemos, siempre va a ser necesario contar con un Juez preparado que pueda dar respuesta, para que aplicando sus pautas de interpretación constitucional, pueda dar una respuesta sobre el problema de omisión constitucional”.

En otras palabras, que en la Carta Magna se debe establecer con mayor certeza la distinción entre “garantías” y “procesos” constitucionales, y que aun cuando ello ocurra y se incorporen todas las garantías necesarias, por sí mismas no se convertirán en el remedio eficaz para protección de la propia constitución y los derechos fundamentales, porque siempre para su efectividad y utilidad se requerirá de la intervención del juez constitucional, quien debe ser un funcionario con la formación y conocimiento especializados de alta calidad, que permitan mantener la vigencia del Estado constitucional de derecho, con su respuesta a las demandas de justicia constitucional.

✓ **Opinión acerca del sistema de garantías constitucionales**

Fuente: Elaboración Propia. Entrevista, Lima – Piura - Chiclayo 2018 y 2020

De la entrevista podemos advertir que la opinión de los entrevistados es categórica: el sistema de garantías constitucionales debe modificarse.

Sobre el particular el **Dr. Gustavo Gutiérrez Ticse**, opinó lo siguiente: “(...) El Código Procesal Constitucional es un instrumento de avanzada, importante, en

donde se establecen los principios y reglas de carácter procesal, las reglas de carácter procesal de manera arreglada y coherente.

Ahora, ya teniendo el código 18 años de vigencia correspondería hacer un análisis para optimizar sus instituciones como mejorar las medidas cautelares en los amparos y permitir que no haya rechazo liminar de habeas corpus tomando en cuenta que tratan de tutelar un derecho fundamental central en el estado que es la libertad individual.

A nivel de los órganos de procesos de control normativos, mejorarlos, como por ejemplo las demandas de inconstitucionalidad o los procesos competenciales que no solamente debieran ser activados por grupos especiales como congresistas o una cantidad importante de ciudadanos, podría ser, como señala Blume, que un ciudadano pueda presentar una demanda de inconstitucionalidad, esto permitiría un mejor control de las leyes y evitar casos en los que no se cumplan normas o se mantengan en vigencia leyes de carácter inconstitucional...”.

Es decir, éste jurista reconoce que el Código Procesal Constitucional es un instrumento jurídico de avanzada, muy importante porque establece los principios y reglas de carácter procesal en forma ordenada y coherente, pero que atendiendo al periodo de vigencia –más de 18 años- debe hacerse un análisis para detectar sus defectos o aquello que puede mejorarse para optimizar sus instituciones así como el sistema de medidas cautelares en los amparos y permitir que no haya rechazo liminar de hábeas corpus, teniendo en cuenta que este trata de tutelar el derecho fundamental a la libertad individual; reconociendo implícitamente con esta respuesta que contiene deficiencias.

El **Dr. Omar Effio Arroyo** resalta dicha problemática afirmando que no contamos con un sistema originario, en los siguientes términos: “Aunque no tenemos un sistema originario necesitamos una reivindicación de la eficacia de los derechos fundamentales positivados en la Constitución formal y también los reconocidos en la Constitución material”

Por lo tanto, este jurista sostiene en relación al sistema de garantías constitucionales, que no tenemos un sistema originario y necesitamos una reivindicación de la eficacia de los derechos fundamentales positivados en la Constitución formal y también los reconocidos en la Constitución material, mejorando la redacción del sistema de garantías constitucionales, de acuerdo a la realidad propia de nuestro país.

Luego, el **Dr. Carlos Hakanson Nieto** a manera de comentario, manifiesta: “Lo ideal sería un proceso constitucional para la protección de los derechos y otro para salvaguardar la jerarquía normativa. En el derecho constitucional peruano, el desarrollo y evolución histórica de las garantías debería ser el hábeas corpus (derechos) y acción popular (jerarquía normativa), pero pudo más la influencia del constitucionalismo europeo”.

De esta manera, a criterio de dicho jurista la redacción normativa base del sistema de garantías constitucionales debe modificarse, ya que lo ideal en relación a las garantías debería establecerse solo en dos procesos constitucionales: uno para la protección de los derechos y otro para la protección de la jerarquía normativa; sostiene que en el derecho constitucional peruano, acorde a su evolución histórica, debieron ser el hábeas corpus (para la protección de los derechos)¹³ y la acción popular (para la protección de la jerarquía normativa)¹⁴, pero se impuso la influencia

¹³ Adoptado en el artículo 69 la décima Constitución peruana de 1933 cuyo texto fue el siguiente: “Todos los derechos individuales y sociales reconocidos por la Constitución, dan lugar a la acción de habeas corpus”.

¹⁴ Se refiere a lo dispuesto sucesivamente en los artículos 186 y 187 de la primera Constitución peruana de 1823 (que obligaba al Congreso en la apertura de sus sesiones a examinar las infracciones de la Constitución y autorizó a cualquier peruano a reclamar ante el Congreso, ante el Poder Ejecutivo o ante el Senado la observancia de la Constitución y a presentar fundadamente las denuncias de infracciones constitucionales que detectara), fórmula que se mantuvo sucesivamente, con ciertos matices, en los artículos 173 y 174 de las Constituciones de 1826 (segunda Carta llamada “Constitución Vitalicia”), artículos 165 y 187 de Carta de 1834 (cuarta Constitución), artículos 177 y 184 de la Constitución de 1834 (sexta Constitución), artículo 14 de la Constitución de 1856 (séptima Constitución, a partir de aquí se dejó de obligar al Congreso a examinar las infracciones constitucionales), artículo 13 de la Constitución de 1860 (octava Constitución), artículo 12 de la Constitución de 1867 (novena Constitución) y artículo 16 de la Constitución de 1920 (décima

del constitucionalismo foráneo (europeo), que dio como resultado el número de garantías que figuran en el referido artículo 200° del texto constitucional de 1993; dejando entrever que sería bastante difícil reformar en el sentido indicado dicho artículo de la Carta.

Por su parte el magistrado judicial **Dr. Edwin Figueroa Gutarra** afirma que es un esquema que debe apuntar en la Constitución a la figura del juez constitucional, ya que en los hechos ya tenemos juzgados y salas constitucionales en Lima, y que el sistema debe perfeccionarse, incorporando procesos sencillos, rápidos, pero sobre todo eficaces; señala:

“Es un esquema adecuado y sin embargo, creo que debería apuntar la Constitución, a la inclusión de la figura del “juez constitucional”. Ciertamente lo hace el Código Procesal Constitucional, pero de modo muy inicial. Adviértase que ya tenemos juzgados y salas constitucionales en Lima. Todo sistema es perfectible y la implementación legislativa resulta necesaria, dado el mandato del artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos sobre la estructuración de un recurso sencillo y rápido para cuestiones constitucionales”.

Finalmente el magistrado del Tribunal Constitucional peruano **Dr. Eloy Espinoza Saldaña** remitiéndose a su respuesta en la pregunta anterior sostiene que:

(...) el sistema no es suficiente. En el Perú cuando se habla de garantías se confunde con procesos. El concepto garantía es mucho más amplio; los procesos son garantías procesales, pero también hay garantías institucionales, por ejemplo la autonomía universitaria es una típica garantía institucional, que son la protección de ciertos datos de la realidad (la universidad) que a su vez le permite el ejercicio de varios derechos fundamentales. En lo estrictamente procesal se tiene que los procesos son canales para materializar a través de ellos las opiniones de concretización de constitución que hacen los jueces constitucionales. El solo hecho de tener los mecanismos con todos sus defectos, y aún cuando tuviéramos todos

Constitución); posteriormente se dejó de lado el derecho ciudadano de ejercer su derecho a la “acción popular”.

los canales imaginables, no nos salva el problema, pues cómo se resuelve la omisión siempre va a ser necesario la respuesta de un juez; es decir aun teniendo el mejor escenario, que no lo tenemos, siempre va a ser necesario contar con un Juez preparado que pueda dar respuesta, para que aplicando sus pautas de interpretación constitucional, pueda dar una respuesta sobre el problema una omisión inconstitucional.

De esta manera se reafirma en que el sistema de garantías constitucionales previsto en nuestra Constitución del Estado debe perfeccionarse, porque contiene deficiencias para el cabal cumplimiento de su finalidad.

✓ **Opinión acerca de las omisiones inconstitucionales**

Fuente: Elaboración Propia. Entrevista, Lima – Piura – Chiclayo 2018 y 2020

Acorde con los resultados de la entrevista, podemos considerar la opinión diferida de nuestros entrevistados acerca de las omisiones constituciones, si es verdad que constituye un problema o aún no lo es. Frente a esta interrogante las respuestas obtenidas fueron las siguientes:

El **Dr. Gustavo Gutiérrez Ticse** aduce que es un problema, considerando lo siguiente: “(...) es un tema sumamente polémico porque lo que se intenta con esta doctrina es judicializar la Constitución y sustituir al parlamentario en sus funciones democráticas de legislar. Yo la considero peligrosa, porque si hablamos con esa misma lógica, también se permitiría que el poder político resuelva los conflictos jurisdiccionales porque hay casos en los cuales la Corte Suprema, en un proceso que tiene dos o tres años y en el Tribunal Constitucional igual, estaríamos hablando de omisión jurisdiccional, yo creo que sería peligroso (...)”.

A criterio de este jurista, el tratamiento jurídico de las omisiones inconstitucionales resulta un tema polémico porque estima que lo que se intenta con esta doctrina es judicializar la Constitución y sustituir al parlamento en sus funciones democráticas de legislar; razón por la que la considera peligrosa y no admisible. Agrega que si se habla con la misma lógica, también se podría permitir al poder político que resuelva los conflictos jurisdiccionales, porque hay casos en los cuales incluso la Corte

Suprema, en procesos que tiene dos o tres años, no resuelve; y que lo mismo ocurre en la sede del Tribunal Constitucional igual; ya que en estos casos afirma estaríamos hablando de “omisión jurisdiccional”; razones que abonan en que sería peligrosa. Sin embargo, esta respuesta contiene en el fondo una opinión subjetiva y radical, en la que no se ha tomado en cuenta la experiencia del derecho comparado, como tampoco el ámbito jurídico de los derechos reconocidos en la Constitución, que siempre y en cualquier circunstancia por principio deben ser garantizados finalmente con las garantías de la tutela judicial efectiva y el debido proceso, y no pueden quedar supeditados a la voluntad política, coyuntural de los gobernantes y a los intereses de los grupos de poder; como tampoco se ha considerado el hecho de que la Constitución en estos casos viene siendo incumplida por largo tiempo por quien tiene el deber de concretarla *in toto*, perjudicando derechos fundamentales.

Asimismo, el **Dr. Carlos Hakanson Nieto** también lo considera un problema, desde la perspectiva interpretativa, afirmando que: “En el fondo, la acción de inconstitucionalidad por omisión reafirma la visión positivista de la constitución (europea continental), una posición que no se comprendería desde el constitucionalismo anglosajón, más judicialista”.

Significando que para este experto las omisiones inconstitucionales no resultan ser una complejidad o problema para el ámbito constitucional, pues el derecho constitucional tiene herramientas que suplen las deficiencias a través de la interpretación judicial; pero que su regulación expresa se ajusta a la concepción positivista de nuestro sistema jurídico, derivado del sistema europeo continental; aceptando de esta manera que se resuelve de manera informal.

Sin embargo, el **Dr. Omar Effio Arroyo** advierte que la solución se encuentra en la norma principal del Estado, señalando que: “Las omisiones no resultan ser una complejidad o problema para el ámbito constitucional, pues el derecho constitucional tiene herramientas que suplen deficiencias a través de la interpretación”. Lo que quiere decir que para este jurista las “omisiones inconstitucionales” son consideradas como una anomalía jurídica, cuyo remedio se encuentra en el uso de algunos procesos regulados, como la acción de

inconstitucionalidad o el proceso de amparo, que una vez instaurados permiten a los jueces constitucionales resolver la cuestión mediante la interpretación, aun cuando la solución a la cuestión planteada no se encuentre reglada, apelando a los principios y valores de la Carta Fundamental, o sea, de manera informal.

Para el **Dr. Edwin Figueroa Gutarra**, se trata implícitamente de un tema pendiente, no obstante que existen las pautas para su implementación legislativa; manifiesto:

“Ya el Tribunal Constitucional de nuestro país se ha pronunciado sobre esta materia, por ejemplo en la STC 0006-2008-PI/TC, entre otras, y varios países, entre ellos Brasil, han adecuado una sistemática inicial para atender este tipo de situaciones. Considero que las pautas para su implementación legislativa están dadas, pues ya hay un sentido de criterios sobre la materia por parte del Tribunal Constitucional del Perú”. Es decir, para este magistrado y jurista la cuestión debe positivizarse en el derecho procesal constitucional articulando la garantía para resolver las omisiones inconstitucionales, como viene ocurriendo en el derecho comparado.

A su turno el **Dr. Eloy Espinoza Saldaña** considera que:

“Sobre el hecho hay que ponernos de acuerdo, porque si no todo el mundo habla de lo mismo cuando estamos hablando de este tema. En la mayoría de los casos hay consensos en que hay mandatos de la Constitución que no son cumplidos por los órganos competentes y esto crea las “omisiones inconstitucionales”, porque estamos con ello no cumpliendo con el margen de competencia otorgado a cada entidad en la Constitución pudiendo perjudicar el cabal ejercicio de derechos fundamentales. Esto es distinto a los supuestos de “omisión que pueda tener una Constitución” de no tratamiento de un tema, el cual solo se remedia con una reforma constitucional; aunque hay algunas interpretaciones que han debido hacer los jueces constitucionales, que han tenido que cubrir incluso el espacio de la reforma constitucional; por ejemplo el famoso caso de los votos nulos y

blancos en el caso de la elección de Alan García¹⁵; ahí el Tribunal de Garantías de aquella época hizo una interpretación educativa, mejor dicho lo que ha hechos es una “reforma no formal” de la Constitución ante una omisión. Hay entonces omisiones en cosas que no han sido vistas por la Constitución que el juez tiene que resolverlas integrando y aplicando principios de derechos, y hay cosas que la constitución ha dicho pero que no se cumplen, ahí también el juez tendrá estrategias que aplicar. En este segundo escenario se ha avanzado más; el Perú es uno de los países de América Latina que mejor ha trabajado el tema, incluso planteando sentencias estructurales; es el caso de las hermanas Cieza¹⁶ y otros más; cubrir la deficiencia el silencio de la entidad constitucional que debió tomar una tarea que la propia constitución le impone más no lo hace; en todo caso el Tribunal, mientras no haya respuesta de la autoridad competente, debe tomar una serie de decisiones en tanto y en cuanto es el interprete de cierre vinculante de la constitución; esto ya se ha hecho en el caso de las hermanas Cieza (y otros más). En el caso de la hermanas Cieza no había previsión constitucional para que una persona mujer pueda estudiar la secundaria en zonas rurales porque el grueso de los colegios rurales estaban diseñados para hombres; el Ministerio de Educación no había cumplido con su función constitucional de poner colegios para mujeres y para hombres, las hermanas Cieza no podían estudiar y tenían que trasladarse al colegio más cercano a 4 horas de ida y 4 horas de vuelta por la selva inhóspita de Bagua Grande, lo cual era materialmente imposible; acá se daba una omisión del segundo tipo, entonces el Tribunal Constitucional decidió cubrir esa omisión emitiendo una típica sentencia estructural¹⁷, ordenó que en el colegio secundario de varones más cercano

¹⁵ Caso resuelto por el entonces Tribunal de Garantías Constitucionales con la emisión de la sentencia de fecha 09 de febrero de 1985 en el Expediente N° 003-84-I/TGC.

¹⁶ Se refiere a la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 00853-2015-PA/TC, de fecha 14 de marzo de 2017, seguido por las hermanas Cieza Fernández contra el Ministerio de Educación y otros, por violación del derecho a la educación y otros.

¹⁷ La sentencia estructural, llamada también “estructural injuntions” o “remedios estructurales”, tiene como antecedentes el caso *Brows vs Board of Education* en los EE.UU sobre temas de segregación racial; luego el caso *Grootboom vs República de Sudafrica* sobre derecho a una vivienda digna; también el caso *Unión del Pueblo para las Libertades Civiles vs Unión India* y otros sobre derecho a una alimentación básica; también la

acepten a las dos únicas mujeres, y ordeno que el Ministerio de Educación elabore el mapa de educación rural, el que se hizo incluso en seis meses, antes del tiempo concedido; declarando inconstitucional que solo hubieran colegios para varones; por esa sentencia hoy hay colegios mixtos en primaria y secundaria gracias a la sentencia del Tribunal Constitucional, evitando que haya esa situación discriminatoria inconstitucional. Por lo tanto, las omisiones pueden darse en instancias fundamentales o en instancias legislativas, siempre que el mandato constitucional exista pero no haya sido cumplido a cabalidad. De hecho hay varias sentencias en ese sentido”.

La respuesta de éste jurista y Juez en funciones del Tribunal Constitucional a la pregunta formulada deja entrever de manera bastante clara que el tema de las omisiones inconstitucionales constituye un problema aún no resuelto de manera adecuada en el sistema jurídico constitucional peruano; poniendo en evidencia que también estamos frente a una “omisión constitucional” cuando en el discurrir de la realidad se detectan asuntos que la Carta Fundamental no contempla pero que debieron ser incluidos por el constituyente en su texto; omisiones frente a las cuáles estima que el Tribunal Constitucional de todos modos tiene que actuar estableciendo las soluciones al caso concreto mediante el uso de los principios constitucionales, en su condición de máximo Tribunal de cierre del ordenamiento constitucional, mediante la emisión de sentencias

sentencia T-025 de 2004 de la Corte Constitucional Colombiana sobre desplazamiento forzado de personas. En el Perú el Tribunal Constitucional ha dictado en más de 12 oportunidades este tipo de sentencias, las que han recaído básicamente sobre derechos socio-económicos. Su desarrollo es aún incipiente.

Es aquella en que frente a la vulneración generalizada de derechos fundamentales de un grupo considerable de personas, establecida en un caso concreto, provocado por la omisión de funciones de una varias instituciones del Estado, el Juez constitucional dicta una serie de órdenes o mandatos (como la adopción de políticas públicas, medidas administrativas y hasta medidas presupuestales) para la protección de los derechos vulnerados; se emiten en los litigios de interés público. Con posterioridad el TC continúa con una labor de seguimiento y control de cumplimiento de la sentencia mediante una Comisión de Seguimiento de la ejecución de sentencias.

Para mayor ilustración puede consultarse la Tesis de Jaramillo, Juan Fernando- Unprimny, Rodrigo y Guarnizo, Diana titulada: “intervención Judicial en Cárceles” en: <http://www.idpe.es/archivo/1208279467FCII2AFJ.pdf>

interpretativas; señalando con toda precisión que cuando el tribunal actúa de esta manera realiza una labor de cobertura del espacio constitucional no trabajado por el constituyente, en consecuencia, realizando una “reforma no formal de la Constitución ante una omisión”. Y en cuanto a las omisiones de carácter infralegal el Tribunal las resuelve mediante la emisión de sentencias estructurales.

✓ **Opinión acerca de cómo resolver las omisiones inconstitucionales**

Fuente: Elaboración Propia. Entrevista, Lima – Piura – Chiclayo 2018 y 2020

Ahora bien, de acuerdo a las respuestas obtenidas se muestran las opiniones vertidas acerca de cómo el ordenamiento jurídico peruano pretende resolver el problema de las omisiones inconstitucionales, se obtuvieron las siguientes respuestas:

Para el **Dr. Omar Effio Arroyo**, a través de las sentencias se viene evidenciando cierta manipulación por parte del Tribunal Constitucional, en los siguientes términos: “Ya se ha dado inicio a esta temática, el desarrollo de las sentencias manipulativas han creado una forma novedosa de suplir los aparentes vacíos u omisiones que causa la formalidad del positivismo”.

Este jurista aseveró que en nuestro ordenamiento jurídico ya se han adoptado medidas para encarar el tema de las omisiones inconstitucionales con el desarrollo de las sentencias manipulativas, creándose una forma novedosa de suplir los aparentes vacíos u omisiones que causa la formalidad del positivismo; sin embargo no toma en cuenta los efectos o test de trascendencia de una sentencia interpretativa emitida para resolver un problema de una omisión inconstitucional detectada, cuyos efectos no solo se limitan a las partes del proceso.

Por otro lado, el **Dr. Carlos Hakanson Nieto**, de similar manera, hizo mención a lo siguiente:

“La interpretación que realiza el Tribunal Constitucional se convierte en el medio para declarar en sus resoluciones la existencia de omisiones constitucionales y cubrir sus vacíos (sentencias aditivas, exhortativas, restrictivas, etc)”.

Por lo tanto vale para esta respuesta el comentario anterior. Éste constitucionalista, en el contexto de sus respuestas anteriores, admite que el remedio para esta anomalía jurídica -como suele llamarla- sería la acción de inconstitucionalidad, sosteniendo que la misma reafirma la visión positivista de la Constitución, de origen europeo continental, distinta al constitucionalismo anglosajón, que es más judicialista, donde el papel del juez y de la jurisprudencia es muy trascendente en lo concerniente a las reglas para el goce y disfrute de los derechos humanos que contempla la Ley de Leyes; empero no tomo en cuenta que esta garantía sirve legalmente para proteger la jerarquía normativa de la Constitución.

No obstante, el **Dr. Gustavo Gutiérrez Ticse** considera que hay otras herramientas para superar las omisiones constitucionales, afirmando que:

“La omisión legislativa está dirigida al ocio del legislador, a la falta de regulación que el parlamento debe dar en determinados actos que no han sido legislados y que la Constitución establece, por ejemplo, el matrimonio homosexual o leyes de subsidiariedad del Estado para la inversión privada, el congreso debe dar leyes y no las da, está omitiendo leyes que debe dar, el congreso no legisla por una cuestión política o falta de consenso político. Hoy en día hay jueces empoderados que pueden a la luz de las garantías de los derechos preferir los instrumentos internacionales, principios constitucionales y por tanto no creo que haya problema. La omisión legislativa debe generar un alto consenso político o concierto ciudadano que permita que nuestras autoridades asuman su rol en la regulación de carácter legal”.

Este experto opinó que personalmente a las llamadas “omisiones inconstitucionales” no le encuentra ningún problema. Precisa que la omisión legislativa está dirigida al ocio del legislador, a la falta de regulación que el Parlamento debe dar en determinados actos que no han sido legislados pese a que la Constitución así lo establece (por ejemplo, el matrimonio homosexual o las leyes de subsidiaridad del Estado para la inversión privada); el Congreso debe dar leyes y no las da, omitiendo el mandato constitucional. Pero señala que el Congreso, a su entender, no legisla por cuestiones políticas o por falta de consenso político entre sus diversas fuerzas políticas acreditadas en el mismo. Sin embargo, de manera inconsciente, pero muy significativa y realista, agregó que hoy en día hay jueces empoderados que, a la luz de las garantías de los derechos, prefieren los instrumentos internacionales, los principios constitucionales que –obviamente mediante sentencia interpretativa- pueden resolver y por tanto no cree que haya problema para afrontar y resolver el tema de las “omisiones inconstitucionales”, con lo cual termina aceptando, por la fuerza de la realidad, que los jueces constitucionales a través de sus sentencias pueden regular el régimen del derecho constitucional omitido; aun cuando remate su respuesta sosteniendo que éstos son actos políticos que merecen mayores consensos y en una democracia se requiere que se fomenten los consensos. Sí, pero también, paralelamente, se requiere que el servicio de justicia constitucional y la ordinaria funcionen de manera idónea y eficaz, de lo contrario las personas se encuentran desprotegidas, a merced de los intereses políticos, a la arbitrariedad y hasta la negligencia de los funcionarios estatales en perjuicio de sus derechos.

El **Dr. Edwin Figueroa Gutarra**, por su parte, considera que el Tribunal Constitucional puede pautear la idea a través de sus fallos, para que el poder legislativo le dé forma en el Código Procesal Constitucional; manifiesta que:

“El mismo Tribunal Constitucional puede pautear la idea a través de sus fallos, a fin de que el Poder Legislativo pudiera darle forma en el mismo Código Procesal Constitucional. Ya existe, como señalé, una posición jurisprudencial por parte del Tribunal Constitucional peruano. A este

respecto, es un importante recurso que profesores de Derecho constitucional puedan ser un referente de aporte de ideas de afinamiento en el tratamiento jurídico a sistematizar frente a las omisiones constitucionales. Similar situación ocurrió en nuestro Código Procesal acotado, pues un grupo de estudiosos docentes de la materia sugirió la adopción del Código, a partir del Código sobre la materia de Tucumán, Argentina, de 1977, proyecto que el Parlamento luego hizo suyo”.

Nuevamente éste jurista con su respuesta evidencio sin mayores reparos su total conformidad con la incorporación a nuestro derecho procesal constitucional, de una garantía que apunte a la solución de las omisiones inconstitucionales.

A su turno el **Dr. Eloy Espinoza Saldaña** sobre el tema, expresó:

(El Tribunal Constitucional) “Ha hecho varias cosas. Primero hay que establecer de qué omisiones estamos hablando, si estamos en las omisiones del texto constitucional o del incumplimiento de lo ordenado en el texto constitucional; en el primer escenario el Tribunal Constitucional tiene que recurrir a los criterios básicos de interpretación para construir respuestas a las flagrantes situaciones en que el texto constitucional no se había puesto, una típica sentencia por los hechos del 30 de setiembre 2019 pasado¹⁸, la Constitución no se había puesto en el supuesto de la situación de la denegatoria de una cuestión de confianza a un gabinete fuera tácita y no expresa. Aquí el Tribunal recurrió a la doctrina estableciendo que el término “rehusar” es rechazar, entonces se debe entender que cuando no

¹⁸ El entrevistado hace alusión a lo ocurrido en el recinto del Congreso de la República del Perú el 30 de setiembre de 2019, cuando el Primer Ministro Sr. Salvador Del Solar concurrió y formuló ante el pleno “cuestión de confianza” para la postergación de la selección de los magistrados del Tribunal Constitucional hasta que se aprobara la reforma del procedimiento de selección que estaba en vigencia, acorde con el Proyecto de Ley N° 4847-2019-PE que buscaba reformar el artículo 8 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional; controversia que finalmente fue resuelta por el Tribunal Constitucional mediante sentencia de fecha 14 de enero de 2020 emitida en el Expediente N° 0006-2019-CC/TC (fj N° 61).

se quiere discutir un tema que se ha planteado como cuestión de confianza hay una denegatoria, cuando se discute el tema y no se da respuesta en dos legislaturas, se le hace largas, hay denegatoria; cuando -como ocurrió en este caso- se deduce que se ha denegado la cuestión de confianza y tiempo después se saca la cuestión de confianza también hay denegatoria no se hicieron las cosas como debieron hacerse, y se hizo con un cambio de normas, aquí hay un rechazo implícito de negación de confianza. Entonces este es un típico caso donde la constitución no dice nada y el TC tiene que armar la respuesta en función a los valores de separación de poderes, colaboración de poderes, lealtad constitucional, que tiene todo texto constitucional.

El otro problema es mucho más frecuente, no se cumple las atribuciones que la constitución le da a alguien. El TC comenzó hace muchos años con exhortaciones, el record de respuestas a las exhortaciones siempre fue muy malo; entonces se tuvo que pasar al uso de dos términos: uno de carácter procesal que es el “estado de cosas inconstitucional”, o sea comprobar que a mucha gente una la entidad no le ha dado lo que tenía que dar, entonces resuelve darle eso a una persona y que en ejecución de sentencia se puedan colgar los demás; eso paso en el caso Arellano Serquen¹⁹, esta jueza no fue ratificada, planteó su habeas data para conocer su file y saber porqué motivos no la habían ratificado y el entonces el Consejo Nacional de la Magistratura no le dio el file, como a muchas personas, había una omisión del cumplimiento de las funciones propias del Consejo, que era hacer un examen con resultado públicos, había un incumplimiento de su labor constitucional; entonces el TC le dio la razón a la señora Arellano Cerquen y dispuso que en ejecución de sentencia se puedan colgar todos los demás que habían hecho un pedido similar al de la señora Arellano.

¹⁹ El entrevistado alude a la sentencia de fecha 06 de abril de 2004 emitida por el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 2579-2003-HD/TC seguido por doña Julia Eleiza Serquén contra el ex Consejo Nacional de la Magistratura sobre Habeas Data.

Ahora como los problemas básicamente no son principales, el mecanismo que más ha usado el TC frente a omisiones constitucionales, entendida como aquello que no hace una institución a pesar de que la constitución le ha dicho que lo haga, ahí la sentencia emblemática es la de las hermanas Cieza, y desde ahí plantear la lógica de las sentencias estructurales; es decir, ante la omisión de no hacer su labor constitucional de algún órgano el Tribunal Constitucional mientras tanto se dicta la normativa que tiene aplicarse para que esa situación no quede sin resguardo constitucional, sobre todo cuando está en juego la violación de derechos fundamentales de una persona, en este caso el derecho de las hermanas Cieza de acceso a una educación secundaria y eventualmente a una educación superior que no podían tener si solamente se quedaban con la primaria y no se les permitía acceder a la secundaria, entonces ahí se dice no, el colegio las tienen que recibir, y el Ministerio de Educación tuvo que intervenir para hacer el mapa de educación rural para saber dónde están los colegios y si los colegios son suficientes, y si siendo suficientes se está dictando una educación que les permita recibir una buena formación; entonces esa es una típica sentencia estructural, para el cumplimiento de las sentencias estructurales el TC en sentencias emblemáticas armó su comisión de seguimiento, que presido yo precisamente, habiendo conseguido que al Ministerio de Educación se le dieron dos años, pero en menos de seis meses se armó el mapa de educación rural, donde los colegios que antes eran para chicos se han ido colocando chicas en comunidades rurales, para que estudien la educación primaria y secundaria; entonces se ha ido avanzando”.

De esta manera el jurista y magistrado del Tribunal Constitucional señaló que el ordenamiento jurídico peruano viene encarando y resolviendo el problema de las omisiones inconstitucionales, aún sin normativa vigente, a través de las sentencias interpretativas estructurales del Tribunal Constitucional y en algunas oportunidades apelando específicamente al mecanismo del estado de cosas inconstitucional o mediante los precedentes vinculantes.

✓ **Opinión acerca de la eficacia de las sentencias aditivas y exhortativas del tribunal constitucional en la solución a las omisiones inconstitucionales**

Fuente: Elaboración Propia. Entrevista, Lima – Piura- Chiclayo 2018 y 2020

Luego, de acuerdo a los fines de la investigación, fue necesario preguntar a nuestros entrevistados, acerca de la eficacia de las sentencias aditivas y exhortativas del Tribunal Constitucional en la solución del problema de las “omisiones inconstitucionales”, obteniendo diversas respuestas, de las cuales podemos resaltar:

Para el **Dr. Gustavo Gutiérrez Ticse**, este tipo de sentencias no suplen la ley ni tampoco tienen carácter mandatorio, por lo que consideró que:

“(…) Las aditivas, son sentencias manipulativas, estas tienden a corregir una legislación defectuosa pero no a sustituir al legislador, o sea no tienen una naturaleza sustitutoria del poder democrático del legislador, tienden a complementar una norma mal hecha, a la que le falta un verbo, un párrafo o algún contenido sobre la finalidad de la legislación.

Las exhortativas son una exhortación, una invocación, un pedido, no pueden tener un carácter mandatorio, simplemente es una recomendación que el parlamento está en la potestad de aceptar o no la recomendación. Es así como se mueve el sentido el sistema democrático de frenos y contrapesos”.

En otras palabras, éste experto entrevistado acepta la idea que frente a los vacíos legislativos, ciertamente mediante sentencia el juez tiene la potestad de ser garante de la Constitución y puede aplicar a un caso concreto un principio o el valor constitucional frente a la ausencia de una regulación legislativa, pues dicho proceder subsanaría cualquier omisión o falta de legislación²⁰; pero de ahí a que el

²⁰ Con lo que indiscutiblemente acepta que el Tribunal Constitucional puede actuar como legislador positivo.

poder jurisdiccional constitucional sustituya el poder político sería gravísimo, porque estaría atentándose contra las competencias constitucionales del órgano democrático que debe elaborar la legislación; sin embargo, no toma en cuenta que el Tribunal, como él mismo y los demás entrevistados lo aceptan, ya viene supliendo esporádicamente las deficiencias del legislador, a través de sus sentencias, pese a que no existe norma que le conceda expresa y racionalmente el uso de ese poder; asimismo que es mejor que sea el propio legislador quien regule mediante la modificación de la Constitución y el Código Procesal Constitucional el ejercicio adecuado de ese poder; no obstante deja entrever en su respuesta que ambos tipos de sentencias del Tribunal Constitucional no son las más eficaces para resolver el problema planteado materia de investigación, ante la ausencia de la garantía y del proceso que regule su actuación y delimite el uso de ese poder al momento de redimir las omisiones inconstitucionales.

Asimismo, el **Dr. Omar Effio Arroyo**, ha negado la eficacia de estas sentencias, señalando que: “No han logrado una verdadera solución pues las de exhortación o adición no tiene sanción coercitiva para su cumplimiento o eficacia a favor de los derechos fundamentales”. Por lo que ante la pregunta planteada, reconoce que ambos tipos de sentencias no han logrado una verdadera solución al tema, pues, las de exhortación o adición no tienen sanción coercitiva para su cumplimiento o eficacia a favor de los derechos fundamentales, ni confieren al TC el poder para establecer el régimen transitorio del derecho omitido; sin dejar de lado que por intereses políticos o de otra índole muchas veces el legislador hace oídos sordos a los requerimientos del Tribunal Constitucional.

Sin embargo, el **Dr. Carlos Hakanson Nieto** afirmó lo contrario, adujo que estas sentencias logran su finalidad, puesto que: “(...) las sentencias interpretativas, como las aditivas y exhortativas, son un medio para cubrir las omisiones, pero deben emitirse con prudencia y con visión previsoras en sus efectos mediatos e inmediatos”. Éste constitucionalista fue categórico en señalar que en el ordenamiento jurídico peruano resulta clave la interpretación que realiza el Tribunal Constitucional, y es el medio no solo para declarar la existencia de omisiones inconstitucionales sino también para resolverlas, cubriendo de esta manera los

vacíos jurídico constitucionales, a través de las sentencias aditivas, exhortativas, restrictivas, etc; pero al mismo tiempo reconoce implícitamente que ello conlleva a que se le otorgue mayor poder resolutivo al Tribunal Constitucional, recomendando que al ejercer tales atribuciones, dichas sentencias deben emitirse con prudencia y con visión previsora de sus efectos inmediatos y mediatos (test de consecuencias); pero en todo caso, ello no significa el fortalecimiento del activismo judicial, o sea, que el Tribunal Constitucional pueda desplazar las funciones del legislador ordinario; por lo que las sentencias manipulativas resultan más bien las llamadas “*normas constitucionales adscriptas*”²¹, que son aquellas que complementan las labores del legislador ordinario, necesarias para aclarar o actualizar el contenido de las disposiciones de la Constitución Política del Estado.

Por su parte el jurista **Edwin Figueroa Gutarra**, considera en el fondo que las sentencias aditivas y exhortativas del Tribunal Constitucional no han resultado muy eficaces; manifestó:

“Las premisas base han sido fijadas por el supremo intérprete de la constitución, y siendo que el mismo ente le compete el control concentrado constitucional, pues es el órgano que puede pautear la forma en que mejor se han de trabajar estos temas. En mi opinión, las sentencias exhortativas deben ser examinadas por el Congreso, con carácter de prioridad, pues muchas de las exhortaciones del Tribunal no han sido atendidas por el parlamento peruano”.

²¹ Se refiere a los precedentes vinculantes fijados por el Tribunal Constitucional en su condición de ser siempre concreciones de la disposición directamente estatuida en la Constitución; por ello se dice que tienen la misma naturaleza del objeto concretado, al haberse formulado a través de una interpretación vinculante, por lo cual tendrá siempre rango constitucional. Desde el punto de vista formal será siempre una norma constitucional, pero desde el punto de vista material o de fondo no siempre puede darse el mismo resultado. Al respecto puede consultarse el artículo “Un Precedente Vinculante que fue Norma Constitucional Inconstitucional” de Luis Castillo Córdova, en:

pirhua.udep.edu.pe/bistream/handle/11042/Precedente_vinculante_norma_constitucional_inconstitucional.pdf?sequence=1:::tex=Las%20normas

Es decir el profesor Figueroa pone en evidencia la poca eficacia de las sentencias exhortativas, como mecanismo de solución de las omisiones inconstitucionales, y sugiere que el Parlamento debe darle prioridad en su estudio e implementación de la legislación pertinente, a partir de las pautas establecidas en dichas sentencias por el Tribunal Constitucional, porque se supone son absolutamente razonadas y compatibles con la carta fundamental; aun cuando no precisa el cómo obligar al Parlamento a priorizar el tratamiento del problema en su agenda.

Finalmente el **Dr. Eloy Espinoza Saldaña** contestando la pregunta manifestó:

“Yo no creo en las sentencias exhortativas, porque estas son más una recomendación que una sentencia, la sentencia tiene que encerrar mandatos de cumplimiento obligatorio; la exhortación es un llamado de atención que está más vinculado con lo que debiera ser una recomendación una sugerencia en términos muy enérgicos, pero no tiene pues el cabal cumplimiento; en cambio en los otros tipos de sentencias interpretativas: la interpretativa propiamente dicha, las manipulativas, entre ellas las aditivas, las institutivas o las reductoras, si tienen la ventaja de su ejecutabilidad; entonces lo que yo digo oiga para que esta norma no sea inconstitucional, usted tiene que tomarse tales seguridades: 1, 2 y 3; la típica sentencia aditiva que se ha hecho en la mitad del mundo, frente a los temas de eutanacia, entonces claro, usted puede practicar, cosa que no se ha hecho en el Perú, usted puede pedir privarse de la vida pero tiene que: 1) probar que está en estado sumamente enfermo y se va a morir, 2) que no tiene capacidad alguna de poder auto sostenerse y va a ser una muerte delegatoria y 3) Porque finalmente sus funciones básicas no van a funcionar; entonces esa es una típica sentencia aditiva. Entonces para que pueda ser constitucional un comportamiento yo añado cosas. Entonces tiene la capacidad la posibilidad de decidir. El gran problema que tenemos en el Perú es que para hacer sentencia manipulativas, no solo las aditivas sino las otras, hay por un lado una gran desconfianza de algún sector de la academia y del congreso porque para éste es muy grave que tenga el Tribunal que decir lo que tenga que hacer y le cambie su ley para que siga siendo constitucional, entonces no suelen tomarlo muy bien, y por otro lado que se

pide una votación especial, o sea se pide para una sentencia interpretativa sea o no en una demanda de inconstitucionalidad, porque puede serlo en un amparo, se pide una votación calificada de 5 o hasta 6 votos, entonces no es tan fácil conseguir 5 votos en un Tribunal de 7. Pero de todas maneras se han hecho pronunciamientos interpretativos aditivos muchos y muy importantes porque aun cuando sea difícil entonces lo primero que aclaramos en una resolución que no es lo mismo una manipulativa, aditiva, y todas las interpretativas, con lo cual para el resto de interpretativas estamos pidiendo solamente 4 votos; entonces no en todas se piden 5, y aun así se pida 5 en algún caso se ha podido conseguir la votación, los temas eran de tanta importancia que generaban tanto consenso que llegábamos a los 5 votos que eran necesarios”.

Resulta así más que evidente, en palabras del mencionado integrante del Tribunal Constitucional, la carencia del matiz de eficacia de las sentencias manipulativas – exhortativas y aditivas- para resolver con contundencia y vigor incuestionable el problema materia de la investigación, vale decir, el de la omisión inconstitucional, con el solo recurso de los ciudadanos a la obtención eventual de una sentencia interpretativa manipulativa, exhortativa o aditiva, del Tribunal Constitucional, pues, aún en este caso en el terreno de los hechos pueden quedar, y de hecho así viene ocurriendo, vulnerados y afectados derechos fundamentales reconocidos en la Carta Magna; situación que evidentemente no es compatible ni tolerable en un estado constitucional de derecho como el existente en el Perú.

✓ **Opinión acerca de la suficiencia del proceso de amparo y el proceso de cumplimiento para resolver las omisiones inconstitucionales**

Fuente: Elaboración Propia. Entrevista, Lima – Piura- Chiclayo 2018 -2020.

Ahora bien, mostramos los resultados de la opinión de nuestros entrevistados respecto a que si el amparo y el proceso de cumplimiento son suficientes para resolver las omisiones inconstitucionales.

Sobre el particular, el **Dr. Gustavo Gutiérrez Ticse** afirmó que dichos procesos

son suficientes, señalando lo siguiente: “Sí, yo creo que es suficiente y lo máximo que se podría hacer. Porque lo otro sería desnaturalizar las instituciones de carácter constitucional”.

Para éste experto no es necesaria la creación de un nuevo proceso constitucional con un ámbito de acción suficiente para resolver el problema de las omisiones inconstitucionales absolutas, pero cimentado en un enfoque inflexible o absoluto del principio constitucional de división de poderes y en la desconfianza de la labor del Tribunal Constitucional; sin embargo deja de lado que en la realidad este principio es relativo, porque todos los poderes públicos de alguna u otra manera materializan actos legislativos (reglamentarios) para la optimización de las funciones asignadas por la propia Constitución; además tampoco tomo en cuenta que el ejercicio jurisdiccional de cara al problema central materia de investigación, no necesariamente puede tener como resultado la expedición de un mandato regulador definitivo, sino solo transitorio, que obligaría o en todo caso motivaría al poder legislativo a asumir su responsabilidad, pudiendo éste modificar y mejorar el nuevo régimen jurídico-judicial establecido (hasta puede sustituirlo bajo esas condiciones) en beneficio de los ciudadanos, de la vigencia integral de la propia Constitución y de los derechos fundamentales reconocidos de manera expresa e implícitamente, pues, las atribuciones de configuración legal atribuidas al parlamento no resultan afectadas (recortadas) un ápice con la actuación del Tribunal Constitucional y durante el trámite del proceso.

En la misma línea de pensamiento el **Dr. Omar Effio Arroyo** afirmó que: “Sí resultan ser suficientes. La amplia gama de desarrollo jurisprudencial permite condiciones razonables de tutela de los derechos fundamentales”.

Por lo que también calza y vale para ésta respuesta lo expresado anteriormente en relación a lo sostenido por el jurista Gutierrez Ticse. Cabe agregar que en ambos casos, sin referirnos a sus presupuestos de procedencia, no resuelven el problema ya que las sentencias que se emiten en sus correspondientes procesos solo son vinculantes para las partes procesales, con lo cual continuarán desprotegidos los derechos fundamentales de millones de habitantes que no forman parte de la

relación procesal del caso concreto.

En una postura contraria el **Dr. Carlos Hakanson Nieto** sostuvo que: “El proceso de amparo, por definición, procede no sólo para las acciones sino las omisiones que afectan derechos fundamentales; la acción de cumplimiento protege las consecuencias de una omisión administrativa que, en mi opinión, también terminó por afectar un derecho humano. El problema no es norma sino de personas. Los avances del Estado constitucional de derecho se encuentran en evolución, por eso es vital la formación de jueces para reconocer, en casos concretos, la afectación por omisiones constitucionales”.

Es decir para éste jurista en cuanto a la eficiencia del proceso de amparo y del proceso de cumplimiento, sostiene que aun cuando el primero procede también contra las omisiones que afectan derechos fundamentales y el segundo para proteger las consecuencias de una omisión administrativa que afecta derechos humanos, acepta tácitamente que no son suficientes, eficientes, ni eficaces para resolver el problema de las omisiones inconstitucionales, por eso advierte que el problema no es la norma sino las personas que no cumplen sus deberes; y que por eso es vital se cuente con jueces capacitados, para fortalecer su habilidad de detectar y reconocer cuándo existe la afectación de derechos fundamentales por omisiones constitucionales en un caso concreto y también para articular su adecuada solución; enfilándose de esta manera su respuesta precisamente a los efectos de una sentencia emitida en un proceso por acción de inconstitucionalidad omisiva.

A su turno el jurista **Edwin Figueroa Gutarra**, en la misma línea de pensamiento, considera también que ambos procesos serán suficientes si se estructuran mejor sus alcances; señaló: “serán suficientes si el Tribunal Constitucional estructura mejor los alcances de las omisiones constitucionales, por supuesto. El amparo es un proceso de caracteres muy amplios, y bien puede el Tribunal determinar las materias que, en línea de reflexión, pueden incluirse en los petitorios de amparo sobre la materia”.

Es obvio pues, que para este jurista es factible usar el proceso de amparo para resolver el problema de las omisiones inconstitucionales, más no el proceso de cumplimiento atendiendo a su silencio sobre el mismo, pero no en las condiciones actuales sino con las necesarias para su óptima solución por ser una garantía de amplísimo espectro, que necesita previamente que el Tribunal Constitucional a través de jurisprudencia decante con precisión las materias protegibles con el amparo; en otras palabras, que actúe como legislador positivo mediante sentencia al respecto, lo que resultaría supuestamente contraproducente en el marco del Estado constitucional de derecho y el principio de separación de poderes.

Por último, el **Dr. Eloy Espinoza Saldaña** sobre lo preguntado sostuvo que:

“Partimos aquí de una necesaria precisión: el proceso de cumplimiento en rigor no es un proceso constitucional sino un proceso constitucionalizado, me explico, la constitución lo colocó pero no hay mandato constitucional que proteja, lo que básicamente hace el proceso de cumplimiento son omisiones de carácter legal e infralegal y no de carácter constitucional, entonces por eso se tuvo que sacar la sentencia Villanueva Villaverde²² para distinguir en qué casos yo voy al proceso de cumplimiento y en qué casos yo voy al proceso contencioso administrativo porque en rigor buena parte de las cosas que se ven por proceso de cumplimiento pueden verse tranquilamente por un proceso de contencioso administrativo que ahora en el Perú es de plena jurisdicción, o sea pone el énfasis en la defensa de los derechos.

Ahora yendo ya al tema del amparo para las omisiones constitucionales, bueno si se puede utilizar el amparo; el problema es qué cosas se pueden hacer dentro del amparo; definitivamente las sentencias estructurales están reservadas para las altas cortes, o sea un juez de primer grado o un juez superior no puede declarar una sentencia estructural, no puede declarar un estado de cosas inconstitucional,

²² Sentencia de fecha 29 de setiembre de 2005 emitida por el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 0168-2005-AC/TC.

porque finalmente estas son decisiones que abarcan lo que los romanos llamaban *urdi exhordi*, que tienen cobertura nacional, entonces implicancias en todo el país en el tratamiento de un tema; obviamente el juez de un juzgado con una circunscripción provincial o el juez superior que tiene competencia interprovincial no tiene pues esa competencia territorial para dar ese tipo de decisiones; por lo cual el amparo sirve para cualquier ciudadano en omisiones sí, pero algunas omisiones van a tener que esperar llegar a la sede del Tribunal Constitucional porque el juez de primer grado y el juez superior no van a tener competencia para ello. En otras omisiones más puntuales, sobre todo de carácter legal o de carácter infralegal, ahí si la sede del amparo en el Poder Judicial es más bien la zona idónea antes de que llegue al Tribunal Constitucional y aumente el número de causas por un tema que debieron responderse en la judicatura ordinaria”.

Entonces para éste magistrado del Tribunal Constitucional el proceso de cumplimiento no es adecuado para resolver el problema de las omisiones inconstitucionales, y si bien se puede utilizar el proceso de amparo, esta vía tal y como se encuentra regulada presenta varios inconvenientes para resolver el problema: las omisiones inconstitucionales contienen problemas de trascendencia y por tanto exigen de soluciones de trascendencia y amplitud que muchas veces deben extenderse al territorio nacional, la solución requiere que el juez constitucional se encuentre investido de las atribuciones *urdi exhordi*, o sea de la capacidad de obligar que su decisión sea vigente y acatada en todo el territorio nacional, atribuciones de las que carecen los órganos jurisdiccionales competentes para conocer el proceso de amparo en primera y segunda instancia; como consecuencia de ello, que los ciudadanos deben esperar a que asuma competencia en última instancia el Tribunal Constitucional luego de un buen tiempo de trámite, lo que desnaturaliza la tutela de urgencia propia de los procesos constitucionales; y finalmente que los fallos emitidos en el procesos de amparo por regla general solo tienen eficacia intra proceso y únicamente para las partes procesales, a no ser que el Tribunal Constitucional discrecionalmente decida utilizar el mecanismo de la declaratoria de “estado de cosas inconstitucionales” del que se puedan colgar uno por uno los cientos de miles y tal vez millones de ciudadanos a quienes pueda beneficiar la sentencia que cubra la omisión inconstitucional, en este supuesto,

deberá formarse un expediente con millones de folios o iniciarse millones de amparos, todo lo cual pone en evidencia que la acción de amparo no sea la solución óptima y más eficaz al problema materia de investigación, ya que la solución debe ser de carácter plano, con efectos *erga omnes*, que incidan en la objetivación del principio de igualdad de oportunidades para todos los afectados en sus derechos fundamentales pendientes de reglamentación o desarrollo.

✓ **Recomendaciones en el ordenamiento jurídico para resolver eficazmente las omisiones inconstitucionales**

Fuente: Elaboración Propia. Entrevista, Lima – Piura – Chiclayo 2018-2020.

Para terminar, la entrevista, se muestran las recomendaciones de nuestros especialistas acerca de los cambios en el ordenamiento jurídico para resolver con mayor eficacia el problema de las “omisiones inconstitucionales”, quienes manifestaron lo siguiente:

Empezamos con el **Dr. Gustavo Gutiérrez Ticse** con la siguiente recomendación: “Habría que buscar un mayor consenso político para hacer que el parlamento cumpla adecuadamente su rol de legislador, pero hacer que el juez legisle, a mi criterio, significaría judicializar la política”.

Éste constitucionalista no precisa en su respuesta el cómo y/o a cargo de quién debería estar esa responsabilidad; en puridad, no toma en cuenta que por regla de experiencia los consensos políticos para la elaboración de los proyectos de ley, debate, aprobación y promulgación de las leyes de desarrollo constitucional, sobre todo en aspectos constitucionales trascendentes (como por ejemplo la educación, salud, trabajo, y derechos sociales en general –derechos de segunda generación), toman demasiado tiempo, muchas veces años, y que los mismos responden a una serie de intereses de grupos y sectores sociales que en los hechos determinan la postergación indefinida de la eficacia y eficiencia de la Constitución del Estado, frenando su poder de transformación y progreso social; en suma, que en los hechos se configuran en una modalidad de desacato y desobediencia sostenida en el tiempo de los mandatos del poder constituyente; los cuales por principio deben

concretarse a la brevedad o en un plazo prudencial porque, se supone, todo el texto de la ley de leyes se encuentra concebido y dirigido a la protección con mayor grado de eficacia de la dignidad humana y su libertad, apuntando a la concreción de un Estado bienestar o por lo menos más eficiente y cualificado en la prestación de los servicios públicos a favor de los administrados; objetivo respecto al cual de ninguna manera pueden contraponerse y prevalecer los intereses de grupo ajenos a los propósitos de la carta fundamental y del mismo poder constituyente que la aprobó y mucho menos sucumbir al ocio y/o desinterés del legislador ordinario o administrativo.

Luego, el **Dr. Omar Effio Arroyo**, hizo la siguiente recomendación: “Un sistema de sanciones penales por vulneración de derechos fundamentales. Si protegemos bienes jurídicos, podemos tipificar conductas que menoscaben derechos fundamentales”. Por consiguiente, la recomendación de implementación de un sistema de sanciones penales por la vulneración de derechos fundamentales, esto es la recurrencia a un proceso de naturaleza legal-penal no hace más que poner en evidencia las deficiencias de los procesos constitucionales existentes y de los métodos que se vienen utilizando actualmente en el ámbito jurisdiccional especializado para resolver el problema de las omisiones inconstitucionales; ya que si protegemos bienes jurídicos, nos dice el entrevistado, se puede tipificar conductas que menoscaben derechos fundamentales. Sin embargo, el Dr. Effio Arroyo no ha reparado que los procesos constitucionales contemplados en el artículo 200° de la Constitución de 1993, desarrollados ampliamente en el Código Procesal Constitucional, tienen como premisa de valides el requisito ineludible, para el tema objeto de estudio, la existencia y vigencia previa de una ley, discutida y aprobada por el Congreso Nacional, supuesto absolutamente distinto al planteado como base central del presente trabajo de investigación –ausencia de ley-, que en todo caso constituye un enfoque parcial del problema: las omisiones legislativas que contiene la ley, llamadas también omisiones relativas.

Sin embargo sí cabe destacar de la entrevista global realizada al jurista Omar Effio Arroyo que éste aceptó tres cuestiones de suma importancia a los fines de la investigación: **1)** Que las “omisiones inconstitucionales” pueden ser resueltas a través de herramientas propias del derecho procesal constitucional que posibilitan

suplir deficiencias, a través de la interpretación constitucional; **2)** Que el ordenamiento jurídico peruano, en el contexto actual que no le concede atribuciones expresas al Tribunal Constitucional para asumir y resolver las omisiones inconstitucionales absolutas, pretende encarar y resolver el tema a través del uso y desarrollo de las sentencias manipulativas denominadas aditivas y exhortativas, que constituye una forma novedosa de suplir los vacíos causados por la formalidad del positivismo, es decir, las omisiones o vacíos de la ley vigente o más exactamente del legislador son superadas sin ningún problema por el órgano jurisdiccional constitucional mediante la interpretación y nadie ha hecho mucho aspavientos sobre esta forma de proceder del Tribunal Constitucional; y **3)** Que las sentencias manipulativas (exhortativas y aditivas) en la realidad no han resuelto de manera eficiente y eficaz el problema de las omisiones inconstitucionales relativas y menos las absolutas, debido a que ambos tipos de sentencia manipulativa carecen de medidas de coerción que garantice su cumplimiento por los destinatarios (los poderes públicos), perjudicándose en consecuencia los derechos fundamentales de las personas.

En su oportunidad el **Dr. Carlos Hakanson Nieto** hizo la siguiente recomendación:

“El progresivo desarrollo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se convierte en la clave para cubrir lagunas del ordenamiento jurídico, sin que ello signifique activismo sino más bien la producción de las llamadas normas constitucionales adscritas para aclarar o actualizar el contenido de las discrepancias de la Carta Magna”

En consecuencia, éste jurista recomendó que sea el progresivo desarrollo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional la herramienta más idónea para cubrir lagunas del ordenamiento jurídico, sin que ello signifique activismo sino más bien la producción de las llamadas normas constitucionales adscritas para aclarar las discrepancias con la Constitución; no obstante, el entrevistado olvidó la función preventiva del derecho a efecto de no esperar hasta la aparición del daño o el menoscabo concreto de los derechos fundamentales para la intervención del Tribunal Constitucional; aun cuando en el fondo siempre reconoce que es el

Tribunal Constitucional quien a través de sus sentencias interpretativas tiene toda la legitimidad para resolver el problema investigado.

A su turno el entrevistado **Dr. Edwin Figueroa Gutarra** formuló la siguiente recomendación:

“Pauteo constante por parte del Tribunal Constitucional. Le corresponde a este órgano jurisdiccional desarrollar en forma constante una línea pedagógica en estas materias, y a partir de estas reflexiones base, deviene importante que el parlamento las estructure en nuestro Código Procesal Constitucional. Igualmente, corresponde a la academia, analizar y realizar dichos alcances”.

Es decir, éste jurista va en la misma línea que nuestro anterior entrevistado y vale también sobre su recomendación similares comentarios: Es el Tribunal Constitucional quien debe cubrir los vacíos legislativos omisivos, sean relativos o absolutos.

Finalmente el jurista y magistrado del Tribunal Constitucional **Dr. Eloy Espinoza Saldaña** formuló las siguientes recomendaciones:

“Bueno en primer lugar creo hay que reconocerle al Tribunal Constitucional formalmente más competencias que las que tiene y eso evitaría el problema de que siendo el Tribunal el que cubre las omisiones constitucionales, tanto de lo que no está en la constitución como de lo que estando en la constitución cuando un órgano no lo cumple, ha sido jurisprudencialmente que el Tribunal ha tomado éstas atribuciones y en un país donde estamos en una tradición jurídica donde las normas por excelencia tiene que ser escritas y la jurisprudencia y la doctrina están abriéndose paso pero no tiene el peso que muchas veces reclaman los ciudadanos, entonces no estaría nada mal ampliar las competencias del Tribunal Constitucional y reconocer que estas alternativas que por cierto ya viene aplicando buen tiempo y sin mayor cuestionamiento, estén plasmadas por escrito para que nadie las pueda

objetar, oiga y usted porque hizo lo que hizo, no no no. Las buenas costumbres siempre en un país es que el desarrollo jurisprudencial cuando se asienta y es con éxito y estamos en la tradición romano germánica, que es la nuestra, es positivizado; entonces es llevarlo a una norma y en este caso a una norma constitucional, porque aun cuando nos hayamos abierto fórmulas como precedentes, la base del sistema romano germánico es la ley escrita y la ley escrita por excelencia es la Constitución; y estamos hablando de un órgano constitucionalmente autónomo, entonces no vendría mal que estas actuaciones jurisprudenciales ya aceptadas sean recogidas en un próximo texto constitucional o en una reforma constitucional, entonces eso afianzaría en la lógica de todos el margen de acción que se puede tener para cubrir estas omisiones.

Otros países han recurrido, como Brasil y Portugal, a la técnica de la inconstitucionalidad por omisión, o sea que yo pueda demandar directamente tal como una demanda de inconstitucionalidad, una demanda porque se ha dejado de hacer algo. Entonces algún pronunciamiento ha tenido el Tribunal proclive a esto pero no han sido muchos los casos que se han planteado de esta manera, sin embargo también es justo decir que en Brasil y Portugal incluso la inconstitucionalidad por omisión ha sido muy útil para resolver algunos problemas de forma abstracta y no tener que esperar un perjuicio, dos perjuicios, tres perjuicios para poder enfrentar el tema, pero en el Perú siempre se ha sido muy reacio a los legisladores a aplicarla y los litigantes a plantearla, la han planteado muy pocas veces los litigantes y el Tribunal cuando ha visto estos casos, que han sido muy pocos, ha tenido una actitud favorable, pero los Tribunales no se inyectan los casos, entonces no ha tenido mayor desarrollo aun cuando en otros países ha sido muy distinto.

Esta modificación no puede ser directa en el Código Procesal Constitucional, porque este lo que hace es desarrollar los medios procesales reconocidos por la propia constitución, no se inventa en este código ningún amparo, ningún hábeas data, ningún cumplimiento, ningún hábeas corpus, ninguna inconstitucionalidad, ningún competencial; lo que es el código procesal constitucional es una ley de

desarrollo de acciones ya previstas en la constitución, entonces no podríamos poner una institución procesal que no está prevista en la constitución, como la inconstitucionalidad por omisión, si es que no hay un reconocimiento constitucional previo o si no hay una interpretación del supremo intérprete de la constitución (léase TC) que lo habilite.

Algunos artículos de la Constitución que no se han desarrollado todavía, bueno tiene muchos: los derechos sociales de compromisos de asegurar el pleno acceso, o por lo menos el acceso a ciertos niveles en salud, educación, trabajo, y todos sabemos que en la práctica eso no se ha cumplido; entonces ahí hay omisiones constitucionales muy claras.

Después también tenemos omisión por falta de previsión del texto constitucional, el texto constitucional no tiene previsto qué pasa en el último año en la presidencia de la República, porque claro en el último año el Presidente no puede cerrar el Congreso, pero sí el congreso podría censurar, censurar y seguir censurando al Presidente sin que el poder ejecutivo pueda evitarlo, ahí hay una imprevisión del constituyente que podría también con una reforma constitucional ser cubierta²³.

Como se puede ver para éste jurista, sin lugar a dudas y se advierte de sus claras respuestas argumentativas proporcionadas, lo que es muy importante con base en la experiencia y casuística del Tribunal Constitucional, recomendó sin ambagajes la positivización del tratamiento del problema y la inclusión en el texto constitucional, a través de una reforma constitucional, de la garantía de la inconstitucionalidad por omisión, para su posterior inclusión regulatoria procedimental en el texto del Código Procesal Constitucional; reforma que debe incluir el reconocimiento al Tribunal Constitucional formalmente de más competencias a la hora de la expedición de la correspondiente sentencia

²³ Confróntese los siguientes artículos de la Constitución del Perú de 1993, en actual vigencia: 114 (suspensión del ejercicio del cargo de Presidente de la República), 112 (periodo presidencial), 113 (causales de vacancia presidencial), 132 (voto de censura o cuestión de confianza), 133 (crisis total del gabinete) y 134 (facultades del Presidente de la República para disolver el Congreso).

estructural; esto en atención al éxito e innegable utilidad que tiene la garantía en el derecho comparado, sobre todo en los ordenamientos procesales constitucionales de Brasil y Portugal.

Análisis de la Actuación del Tribunal Constitucional a través de su Jurisprudencia.

Tabla 12: Expediente N° 0019-2012-PI/TC sobre la Omisión Legislativa en torno a la Autonomía de los Colegios Profesionales en la Ley N° 29944.

Nro.	Materia: Análisis Jurisprudencial – Exp. del TC	SUMILLA
01	Exp. N° 00019-2012- PI/TC STC. 002- 2013-PI	<p>El proceso versó sobre los derechos fundamentales y ciertos requisitos formales que se han debido adjudicar a los docentes para su postulación a la Carrera Pública Magisterial; habiéndose vulnerado con dichas omisiones los derechos y disposiciones constitucionales acerca de la autonomía de los Colegios Profesionales contemplado en el Art. 20 de la Constitución Política de 1993.</p> <p>PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: El Colegiado declaró infundada la demanda porque consideró que la omisión de la ley N° 29944 de exigir el requisito de la colegiatura de los profesores del Colegio Profesional de Profesores no incumple ningún aspecto ordenado por la Constitución, es decir, no se trataba de una omisión inconstitucional de legislador, porque la Ley 29510 permite que otros profesionales realicen labores docentes, y si accedía obviamente incurría en discriminación violatoria de la Carta Magna. Pero hace consideraciones importantes respecto a lo que es una omisión inconstitucional del legislador, importantes para el desarrollo del presente trabajo de investigación.</p>

Fuente: Portal web del Tribunal Constitucional, Resoluciones y Jurisprudencia

En principio, cabe recordar que el inciso l) del artículo 202° de la Constitución y el artículo 98° del Código Procesal Constitucional, disponen que corresponde al Tribunal Constitucional conocer, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad y solo puede ser presentada por los órganos y sujetos indicados en el artículo 203° de la Constitución²⁴.

Con ésta sentencia el Tribunal Constitucional resolvió el proceso de inconstitucionalidad interpuesto por el Colegio de Profesores del Perú contra el Congreso Nacional, a través del cual cuestionó de inconstitucional del artículo 18° de la Ley N° 29944, Nueva Ley de Reforma Magisterial, vigente desde noviembre del año 2012, que versa y regula los requisitos para postular a la carrera pública magisterial; sostuvo que el artículo en mención era inconstitucional porque no exigía a los postulantes la acreditación de encontrarse afiliado al Colegio Profesional de Profesores, obligando al Tribunal Constitucional a sostener que según lo establecido por el demandante, su pretensión se bifurcaba: en primer lugar en la declaratoria de inconstitucionalidad por omisión y en segundo lugar, como consecuencia, que el Tribunal Constitucional reforme el artículo cuestionado.

Sobre la primera pretensión indicó el Tribunal Constitucional que la inconstitucionalidad por omisión constituye una herramienta jurídica idónea para controlar las negligencias en que puede 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 Contemporáneo.

²⁴ Artículo 203 de la Constitución de 1993: “Titularidad de la acción de inconstitucionalidad: Están facultados para interponer acción de inconstitucionalidad: 1) el Presidente de la República, 2) El Fiscal de la Nación, 3) el Defensor del Pueblo, 4) El veinticinco por ciento del número legal de congresistas; 5) Cinco mil ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones. Si la norma es una ordenanza municipal, está facultado para impugnarla el uno por ciento de los ciudadanos del respectivo ámbito territorial, siempre que este porcentaje no exceda del número de firmas señalado; 6) Los Presidentes de Región (hoy Gobernadores Regionales) con acuerdo del Consejo de Coordinación Regional, o los alcaldes provinciales con acuerdo de su Consejo, en materias de su competencia; 7) Los colegios profesionales, en materia de su especialidad”.

Respecto a la naturaleza de la inconstitucionalidad por omisión señaló que el carácter normativo que ostenta la Constitución significa que sus disposiciones 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 las obligaciones que señala, entre las que se encuentra las de desarrollo normativo de determinados preceptos constitucionales, sean cumplidas de modo efectivo y adecuado; es decir que se cumpla con lo constitucionalmente ordenado; pues, de esta manera se garantiza la plena y completa realización del proyecto constitucional que una comunidad política ha abrigado a través de su norma fundamental.

Precisa que conforme lo estableció en el fundamento 41 de la STC 0006-2008-PI/TC, la necesidad de la inclusión del control de las omisiones obedece a: **a)** La necesidad de reivindicar el valor normativo de la Constitución; **b)** La reivindicación de la naturaleza “social” del Estado Constitucional, por cuanto los derechos tradicionalmente protegidos o dejados al ocio del legislador son por lo general los derechos sociales, es decir, aquellos que benefician a la mayoría de habitantes y por lo general a los que conforman los sectores más empobrecidos; **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 el rol actual de los Tribunales Constitucionales en labor de defensa de la Constitución; **e)** La necesidad de tomar en serio las “obligaciones constitucionales”, principalmente las que competen al legislador para la vigencia y efectividad de los derechos fundamentales.

Consecuentemente estima que la omisión inconstitucional es aquella en la que el legislador omite cumplir con lo que se encuentra constitucionalmente ordenado.

En el caso concreto, partiendo de la autonomía institucional reconocida por la Constitución a los colegios profesionales y que no todo profesional docente debe cumplir con el requisito de la colegiatura previsto en la Ley 25231, ya que

el artículo 1° de la Ley 29510 admite que otros profesionales realicen labores docentes, el Tribunal Constitucional concluyó que cuando la Ley 29944 omite incluir el requisito de la colegiatura para postular a la carrera magisterial no incumple algún aspecto constitucionalmente ordenado; motivo por el cual rechazó la demanda constitucional omisiva como infundada.

Sin embargo en este caso cabe precisar que si bien el Tribunal Constitucional enfoca el tema de los actos inconstitucionales omisivos, lo hace desde la perspectiva de la omisión incurrida por el legislador en una ley promulgada y vigente, estos es, desde la perspectiva de la omisión contenida en una ley positiva, la denominada “omisión relativa”, más no desde el enfoque esencial o central que motiva el presente trabajo que es la “omisión inconstitucional absoluta” u “omisión absoluta”, derivada del incumplimiento del deber del legislador de reglamentar los preceptos constitucionales, emitiendo leyes de desarrollo constitucional, de manera pronta y adecuadas para el disfrute pleno de los derechos fundamentales por los integrantes de la sociedad, con la finalidad que se cumpla de esta manera todos los ámbitos de la Constitución y se materialice el proyecto social contenido en la Carta Fundamental. Pero ese proceder del máximo intérprete de la Constitución nacional no es casual, obedece simple y llanamente a que no se ha positivizado hasta la fecha en la Carta Magna del país y en el Derecho Procesal Constitucional, el mecanismo adecuado que le permita hacer frente de manera legítima, contundente y eficaz el problema de la omisión inconstitucional absoluta y relativa; el Código Procesal Constitucional solo le concede tímidamente atribuciones genéricas para que de alguna manera integre las leyes defectuosas mediante la interpretación judicial, pero lo lamentable es que en realidad, llevando al extremo el principio de la división de funciones estatales, no le ha concedido a través de los procesos constitucionales actualmente reglados la posibilidad de luchar contra los actos inconstitucionales omisivos absolutos y relativos, que se han convertido en un grave problema que indefinidamente se viene proyectando en el tiempo, sujeto a la arbitrariedad del legislador, frente al cual aparentemente los ciudadanos nada pueden hacer.

Tabla 13: Análisis de Expediente Acumulado N° 0013-2014-PI/TC, Omisión de Extensión Aplicativa de los Beneficios Remunerativos y Pensionables para el Grupo de Docentes de la Carrera Pública Magisterial en la Ley N° 29944.

Nro.	Materia: Análisis Jurisprudencial – Exp. del TC	SUMILLA
02	<p>Exp. N° 0013-2014-PI/TC</p> <p>Exp. N° 0021-2012-PI/TC</p> <p>Exp. N° 0008-2013-PI/TC</p> <p>Exp. N° 0009-2013-PI/TC</p> <p>Exp. N° 0010-2013/PI/TC</p>	<p>Estos procesos sostienen que en la cuestionada Ley N° 29944 de Reforma Magisterial, no se les ha considerado otro de sus derechos constitucionales esenciales en torno a la falta de extensión aplicativa de los beneficios remunerativos y pensionables para el grupo de docentes cesantes y jubilados, que se han encontrado ampliamente discriminados o discriminados por la ley referida; además de que también se haya omitido la consideración de los derechos constitucionales de la presunción de inocencia y sobretodo del derecho fundamental de los docentes de ejercer el derecho a la huelga y la sindicación, habiéndose considerado negativamente en el artículo 18.1.d. de la Ley N° 29944, en criminalizar a todo docente participante que haya intervenido en huelgas magisteriales, llegándoseles a discriminar con el no acceso o postulación a los principales cargos de la Carrera Pública Magisterial; bajo la supuesta imputación de acusárseles indebidamente como terroristas o como elementos perniciosos para el desempeño de la labor docente.</p> <p>PRONUNCIAMIENTO DEL TC: El Tribunal Constitucional ha considera que también son</p>

Nro.	Materia: Análisis Jurisprudencial – Exp. del TC	SUMILLA
		inadmisibles las pretensiones de las demandas de inconstitucionalidad por omisión efectuadas por el grupo de docentes; no habiéndose considerado por parte del colegiado, que los Docentes Profesores como otros grupos de trabajadores sean públicos o del Régimen de Actividad Laboral Privada tienen derecho a manifestarse y protestar mediante huelgas pacíficas ante el Estado.

Fuente: Portal web del Tribunal Constitucional, Resoluciones y Jurisprudencia

Con esta sentencia el Tribunal Constitucional resolvió los expedientes acumulados N°s. 0021-2012-PI/TC, 0008-2013-PI/TC, 0009-2013-PI/TC, 0010-2013-PI/TC y 0013-2013-PI/TC, caso Colegio de Profesores del Perú y ciudadanos contra el Congreso de la República sobre proceso de inconstitucionalidad, a través de la cual se cuestionaron diversos artículos de la Ley N° 29944 de Reforma Magisterial, la Ley N° 29951 y contra la Ley de Presupuesto del sector público para el año fiscal 2013. En la demanda originaria de estos acumulados, entre otros, los demandantes plantearon los siguientes cuestionamientos en el Expediente N° 0013-2013-PI/TC:

- “La Ley N° 29944 es inconstitucional porque de manera arbitraria omite incluir en su ámbito de aplicación a los profesores de las instituciones educativas privadas, a los profesores de los institutos tecnológicos, a los auxiliares de educación y a los profesores cesantes y jubilados, generándose una violación del principio – derecho de igualdad, previsto en el artículo 2.2. de la Constitución”.
- “Los artículos 16, 20 y 25 de la referida ley afectan la libertad sindical por excluir la participación de los profesores, a través de sus instituciones

gremiales, en los comités de evaluación para el acceso a la carrera magisterial y de desempeño docente”.

- “El artículo 134.4 del Decreto Supremo N° 004-2013-ED, Reglamento de la Ley N° 29944, publicado en el diario oficial El Peruano el 3 de mayo de 2013, es inconstitucional porque no reconoce los servicios prestados por los profesores mediante resoluciones de reconocimiento de pago, en instituciones educativas particulares, los servicios ad honorem ni los prestados como personal administrativo”.

Pretensiones que obligaron al Tribunal Constitucional ha pronunciarse sobre el problema de las omisiones inconstitucionales.

En esta sentencia el Tribunal Constitucional, de acuerdo la *ratio decidendi* expuesta en la sentencia analizada, forzando la demanda interpuesta, reconoce de manera expresa la existencia del problema de la inconstitucionalidad por omisión en el ordenamiento jurídico peruano, recordando además que ya en anteriores oportunidades también se ha referido al mismo, reivindicando su competencia para conocerlo.

Sostiene, que aun cuando la Constitución no contempla de manera expresa la posibilidad del control de estas omisiones, el fundamento de tal potestad radica en el principio de supremacía de la constitución (art. 51° de la Constitución), del que se desprende el efecto normativo de las disposiciones constitucionales (fj. 12 y 15 de la STC 5427-2009-PC/TC); el principio de colaboración entre los poderes del Estado, en virtud del cual el Tribunal Constitucional ha venido prestando permanentemente colaboración con la actividad legislativa (fj. 37 de la STC 006-2008-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 (fj. 16 de la STC 5427-2009-PC/TC). Asimismo, precisa que el carácter normativo que la Constitución ostenta no solo significa que sus disposiciones no sean

infringidas, sino que las obligaciones que contiene, entre ellas las de desarrollar normativamente determinado precepto constitucional, sean cumplidas de modo efectivo y adecuado (fj. 12 de la STC 05427-2009-PC/TC), ya que solo de esta manera puede garantizarse la plena y completa realización del proyecto de la comunidad política que contiene la Constitución, evitando su intervención que se incurra en supuestos de “fraude a la Constitución” o que nuestra Carta Magna pueda devenir en una “Constitución nominal”, que conduzca al descrédito del modelo de Estado Constitucional de derecho, de las instituciones democráticas y del principio de gobierno de las leyes.

No obstante reconoce que dada la naturaleza del proceso de inconstitucionalidad, sólo le cabe controlar a través suyo las omisiones de carácter normativo; esto es si la presunción de relación armónica entre la Constitución y las normas con rango infraconstitucional se termina suspendiendo si alguna de éstas atenta contra el contenido de la primera, conforme a lo dispuesto en el artículo 200.4 de la Constitución y la disposición contenida en el artículo 75° del Código Procesal Constitucional, en ejercicio del control concentrado para defender la supremacía normativa de la Constitución y depurar el ordenamiento jurídico de aquellas disposiciones que la contravengan (finalidad inmediata); e impedir la aplicación de normas legales viciadas en su constitucionalidad; es decir, impedir que éstas últimas generen afectaciones concretas y subjetivas a los derechos fundamentales de los individuos (finalidad mediata) (véase fj. 3 y 4 de la STC 0021-2012-PI/TC). Sostenemos que lo mismo ocurre con los demás procesos constitucionales, en la medida que operan a partir de la existencia previa de una norma infraconstitucional.

En el caso concreto, aun cuando forzadamente el Tribunal Constitucional afirma que le corresponde controlar el desarrollo normativo para la plena vigencia de los derechos fundamentales “o cuando requieren su actuación normativa para frenar situaciones de manifiesta inconstitucionalidad omisiva” (fj. STC 0021-2012-PI/TC), consideramos en el fondo no logra convencer

que el proceso de inconstitucionalidad o cualquier otro proceso constitucional en vigencia no exija la preexistencia de una norma positiva en vigor aprobada por el órgano legislativo, ya que, como hemos dicho, tales procesos operan con normalidad precisamente a partir de la existencia de una ley, pues, pese a nuestra búsqueda, en la casuística constitucional sólo se pudo encontrar un proceso de amparo por omisión funcional legislativa resuelto el Tribunal Constitucional (el que siguieron las hermanas Cieza Fernández²⁵), pero aún así, en base al conocimiento de la carga procesal que soporta el Poder Judicial es de conocimiento público que los procesos de amparo demoran años en resolverse definitivamente; lo cual atenta contra la tutela de urgencia que inspira todo proceso constitucional; y lo mismo ocurre con la fijación de los precedentes vinculantes por el Tribunal Constitucional que no son abundantes²⁶.

En los fundamentos 6, 7 y 8 de la sentencia en comento el Tribunal Constitucional afirma que, bajo esta lógica, y habiendo quedado establecida la necesidad del control de las omisiones del legislador o de alguna autoridad estatal en el desarrollo normativo de la Constitución, se identifica dos supuestos en que procede este tipo de control de su parte, porque no toda omisión legislativa da lugar a “declaración de inconstitucionalidad”, sino únicamente aquella que se origina en el incumplimiento de disposiciones constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo. Incide en la necesidad de reformar la jurisprudencia en torno a este asunto, a fin de lograr un uso adecuado de este tipo de control. Los dos tipos de omisiones (fj. 42 de la STC 006-2008-PI/TC) son:

- a) Omisión absoluta, referida a los silencios totales del órgano de producción normativa sobre determinadas materias cuya regulación o

²⁵ Expediente N° 00853-2015-PA/TC.

²⁶ La causa N° 0053-2015-PA/TC que siguieron las hermanas Cieza Fernández se inició en el año 2015 y fue resuelta por el TC el 14 de marzo del año 2017, a lo que debe agregarse el plazo de devolución y de ejecución de sentencia.

tratamiento legislativo viene exigido desde la Constitución, cuya exigencia puede tornarse necesaria para la eficacia plena de la disposición constitucional. Se configura en los siguientes supuestos (fj. 33 y ss STC 5427-2009-PC/TC): **(i)** Cuando 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 por la Constitución.- **(ii)** Que la omisión produzca un efecto o resultado inconstitucional, referido a la ineficacia del mandato constitucional que establece la obligación de desarrollo normativo, o aquellas violaciones graves y manifiestas de los derechos fundamentales, como es el caso de la negación absoluta de su goce y disfrute efectivo.

- b) Omisión relativa, referida al silencio de la ley en un extremo que no haya sido normado, causando perjuicio en la tutela de los derechos o vulnerando una disposición constitucional.

Entonces de lo expuesto se puede advertir que, a diferencia del supuesto anterior, en éste último existe un desarrollo legislativo (una ley en sentido general) previo, pero incompleto. Aquí la ley ha regulado determinado precepto constitucional, pero excluye de manera arbitraria o discriminatoria un beneficio o estatus jurídico en perjuicio de un determinado grupo de personas, impidiendo la materialización del principio de igualdad ante la ley.

De los dos supuestos, en estricto, el Tribunal Constitucional solo se encuentra autorizado en realidad a controlar la omisión inconstitucional relativa actuando como legislador negativo; más no así la omisión inconstitucional absoluta, por no existir en nuestra Constitución material y en la legislación procesal constitucional debidamente reconocida la garantía constitucional de la “omisión inconstitucional”, ni la configuración legal del correspondiente proceso

de garantía *express*, -entiéndase proceso de inconstitucionalidad por omisión-, destinado a corregir y resolverla, evitando sus nefastas consecuencias, lo cual viene perjudicando de manera sostenida e irracionalmente los derechos fundamentales de los ciudadanos, pendientes de desarrollo en norma infralegal.

Finalmente sostiene el Tribunal Constitucional en la sentencia comentada que el supuesto de omisión inconstitucional relativa no comprende las normas del bloque de constitucionalidad relativas a los fines, estructura, organización y funcionamiento de los órganos y organismos constitucionales, que precisan a detalle las competencias y deberes funcionales de los titulares de estos organismos, así como los derechos, deberes, cargas públicas y garantías básicas de los ciudadanos (fj. 4 in fine de la STC 0046-2004-AI/TC; fj.128 de la STC 0047-2004-AI/TC, cuyos requisitos se desarrollaron en el fj. 28 de la STC 0020-2005-PI/TC), quedándose en el rango legal (fj. 27 de la STC 0023-2007-PI/TC), ya que tales normas responden a la libertad de configuración que la propia Constitución otorga al legislador en el desarrollo normativo de sus preceptos dentro de los límites impuestos por el propio texto constitucional (fj. 20 de la STC 0014-2010-PI/TC).

En conclusión, que se controla a través del proceso de inconstitucionalidad y amparo, la constitucionalidad de las normas jurídicas ya emitidas, pero incompletas o de desarrollo deficiente.

En el caso concreto analizado el Tribunal Constitucional resolvió declarando infundada la demanda en estos extremos, considerando que la parte demandada no incurrió en los supuestos de la omisión inconstitucional relativa denunciada por la parte demandante, por las razones in extenso que expone en la sentencia comentada que puso fin a la controversia planteada en los expedientes acumulados.

Tabla 14: Análisis de Expediente N° 05477-2009-PC/TC sobre la Omisión Reglamentaria del Convenio N° 169 de la OIT por parte del Poder Ejecutivo- Ministerio de Energía y Minas y el Congreso Nacional.

Nro.	Materia: Análisis Jurisprudencial – Exp. del TC	SUMILLA
01	Exp. N° 05477-2009-PC/TC	<p>El proceso verso sobre la omisión del Ministerio de Energía y Minas de adecuar la normatividad interna de acuerdo al contenido del Convenio N° 169 de la OIT, suscrito y ratificado por el estado peruano mediante Resolución Legislativa N° 26253, promulgado el 2 de diciembre de 1993, particularmente en los temas relativos al derecho a la consulta, tierras, territorios y recursos naturales. Los demandantes reconocen que si bien existen algunas normas que se refieren a estos temas, ellas son de carácter general, aplicables para toda la población nacional, y no específicamente para los pueblos indígenas.</p> <p>PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL:</p> <p>El Colegiado declaró fundada la demanda de cumplimiento interpuesta por la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva (AIDSEP), por haberse acreditado el incumplimiento parcial por el Ministerio de Energía y Minas de su deber de reglamentar el derecho a la consulta de los pueblos indígenas reconocido en el Convenio N° 169 de la OIT, ordenó que el Ministerio emita el reglamento especial que desarrolle el derecho a la consulta de los pueblos indígenas, de conformidad con los principios y reglas establecidos en los artículos 6.1, 6.2 y 15.2 del Convenio N° 169 de la OIT y exhortó al</p>

Nro.	Materia: Análisis Jurisprudencial – Exp. del TC	SUMILLA
		<p>Congreso nacional a que, dentro del marco de sus competencias, culmine con el trámite de la promulgación de la Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u originarios reconocidos en el citado Convenio internacional, en el término más inmediato posible.</p> <p>Declaró improcedente la demanda en el extremo referido a la obligación del Ministerio demandado de adecuar sus reglamentos a lo establecido en el Convenio N° 169 de la OIT, en materia de derecho a la tierra, al medio ambiente y a los recursos naturales, por no ser un asunto de su competencia.</p>

Fuente: Portal web del Tribunal Constitucional, Resoluciones y Jurisprudencia

a. Con esta sentencia el Tribunal Constitucional resolvió la demanda interpuesta por AIDSESEP contra el Estado- Ministerio de Energía y Minas sobre proceso de cumplimiento, por la falta de adecuación de la normatividad interna a los términos del Convenio N° 169 de la OIT, demanda que fue declarada fundada en parte e infundada en parte. Sentencia de gran valor doctrinario porque aborda con cierta profundidad el tema de las omisiones inconstitucionales.

b. El Tribunal reconoce en esta sentencia que el proceso de cumplimiento regulado en el Código Procesal Constitucional no ha sido diseñado para el control de constitucionalidad de las omisiones inconstitucionales, pero no obstante procede a ponderar esta deficiencia según su deber de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley, para justificar –a su entender y acorde a su *ratio decidendi*- la aplicación “extensiva” de dicho proceso a la solución del caso concreto mediante su “redimensionamiento”; es decir, en la práctica, legislando para forzar el uso del proceso de cumplimiento en este tipo de casos, aunque de manera persuasiva, lamentablemente de manera contradictoria porque lo aplica a

pesar que reconoce de manera expresa que carece de atribuciones constitucionales para adecuar los procedimientos o procesos con carácter general. Ergo la actuación del Tribunal Constitucional en este caso, jurídicamente, no resulta muy convincente desde el punto de vista racional y técnico²⁷.

c. Precisa el Tribunal Constitucional en esta sentencia que el primer requisito de configuración de la inconstitucionalidad por omisión normativa hace referencia a la obligación constitucional de regulación o de desarrollo; esto es, la exigencia derivada directamente de la Constitución de emanación de una regulación específica que atienda un mandato constitucional; obligación que debe enmarcarse dentro de lo constitucionalmente necesario y no de lo constitucionalmente posible; y que es dentro de aquella obligación impuesta por la Constitución de desarrollar normativamente un precepto constitucional con el objeto de lograr su plena eficacia. Señala que aquí se comprende 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 con las normas que contienen derechos sociales prestacionales, comúnmente conocidos como cláusulas programáticas.

d. También preciso que la sola referencia a la necesidad de legislar para hacer efectivo un mandato constitucional no es suficiente para que se produzca la inconstitucionalidad por omisión, sino que es imprescindible que dicha necesidad este referida a un ámbito específico claramente identificable. Así por ejemplo, las normas que adscriben fines de política general, como puede ser “el logro del

²⁷ Es necesario evidenciar que en este caso el TC olvidó que de conformidad con la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993, “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”. El Convenio 169 de la OIT es un tratado internacional ratificado por el Perú mediante Resolución Legislativa N° 26553 de fecha 05.12.1993, vigente en el país desde el 02.02.1995 acorde al artículo 38 de dicho Convenio internacional, consecuentemente el mismo es una Ley de la República, que contiene un *mandamus* respecto al cual resulta perfectamente factible la protección de la garantía constitucional de “Acción de Cumplimiento” prevista en el artículo 200 inciso 6 de la Constitución de 1993; por lo tanto, no debió recurrirse a una sustentación forzada para el uso de este tipo de garantía en el proceso en comento.

bienestar social” no identifican cuáles son los ámbitos específicos en los que se debe legislar; por lo que en este caso no se configura el fenómeno de la inconstitucionalidad por omisión.

e. Señala que la inconstitucionalidad por omisión normativa supone el tiempo transcurrido en exceso entre el momento que se asume la obligación de desarrollar normativamente la disposición constitucional (momento que entra en vigencia la norma constitucional) y el momento en que debe cumplirse la obligación de llevar a cabo dicho desarrollo normativo. Si la Constitución establece el plazo para la emisión de la norma de desarrollo correspondiente, la omisión se produce culminado dicho plazo sin haberse emitido la norma pertinente; pero precisa que este criterio puede relativizarse en algunos casos, atendiendo a las circunstancias concretas.

Indica además que cuando la Constitución no haya establecido plazo para la emisión de la norma de desarrollo constitucional, queda a criterio del juez constitucional establecer la calidad del exceso del tiempo transcurrido, teniendo en cuenta la doctrina del plazo razonable conforme a las sentencias N°s. 0006-20008-PI/TC (fj 45), 1680-2009-PHC/TC (fj 5-9) y 7624-2005-PHC/TC (fj 6-19).

Por último, señala, el juez constitucional puede declarar la inconstitucionalidad de la omisión normativa denunciada, para lo cual es necesario se concrete en verdaderos actos inconstitucionales, que pueden estar representados por violaciones graves y manifiestas de derechos fundamentales o por la negación absoluta de su goce y disfrute efectivo, como puede ser el caso de la falta de implementación de un derecho social prestacional por falta de desarrollo normativo.

Síntesis de la discusión

Sintetizando lo analizado en la discusión, en primer lugar debe resaltarse que cuando se habla de la omisión inconstitucional y de la acción de

inconstitucionalidad omisiva, en el primer supuesto debe diferenciarse dos tipos de omisión: el primero consiste en un asunto omitido por el constituyente en el texto de la Norma Fundamental, que por su trascendencia debió necesariamente incluir, el mismo que debe resolverse mediante ley modificatoria o de reforma de la Constitución conforme a su artículo 206º o mediante la aprobación de una nueva Constitución que contemple el tema. En cambio en el segundo supuesto se trata de la falta de desarrollo o configuración o de reglamentación de un derecho fundamental establecido en la Constitución por parte del legislador o de la administración estatal competentes, que en tanto no se apruebe el régimen especial para resolver adecuadamente el problema el Tribunal Constitucional, en su condición de máximo intérprete de la Constitución, se encuentra autorizado precariamente a nivel jurisdiccional a resolver en los casos concretos, canalizados mediante amparo o incorrectamente con la acción de cumplimiento, a través del uso voluntario y discrecional de las sentencias interpretativas estructurales, aplicando los principios y valores fundamentales, en la medida que no se puede dejar de impartir justicia por vacío o deficiencia de la ley conforme al artículo IX del Código Procesal Constitucional y en aplicación del principio de fuerza normativa de la Constitución. Además la omisión inconstitucional también comprende los casos deficiencias en la formulación de la ley promulgada que afectan derechos fundamentales; la ausencia de supervisión y toma de acciones concretas del legislador respecto a las leyes vigentes que con el discurrir del tiempo y la dinámica social devienen en contrarias a la Constitución; y por el no acatamiento a las sentencias exhortativas del Tribunal Constitucional por el legislador llamado a configurar o reglamentar un derecho fundamental.

Por otro lado se puede establecer que el resultado de la **encuesta** practicada nos muestra que la mayoría de abogados en ejercicio (incluidos jueces y fiscales) no conocen y por ende no son conscientes de la existencia del problema de la omisión inconstitucional existente en el país, ni de la trascendencia negativa de este tipo de infracciones respecto de la Carta Fundamental y una gran porción de derechos fundamentales de las personas; asimismo que tampoco tienen una noción certera de los mecanismos que provee el Derecho Constitucional y el Derecho Procesal Constitucional en general para resolver la cuestión; en

consecuencia, de ese hecho se puede deducir que mucho menos lo conoce y es consciente el resto de integrantes de la sociedad civil, sobre todo por carecer de los conocimientos especializados del Derecho Constitucional, por lo que con justificación en esa ignorancia u oscurantismo se mantienen indiferentes, dada la escasa información existente sobre el particular y la ausencia del problema como punto de referencia y debate en la agenda pública; obviamente en ese escenario los miembros del legislativo y las autoridades administrativas a quienes concierne el deber ineludible de expedir las normas de desarrollo constitucional continúan omitiendo el acatamiento y obediencia de los mandatos pendientes del poder constituyente, vulnerando sostenidamente y de manera continua la Carta Fundamental vigente y los derechos fundamentales que contempla, con ese no hacer.

Asimismo del resultado de la **entrevista** efectuada se puede advertir que los juristas expertos en Derecho Constitucional consultados unánimemente aceptan de manera expresa o implícita que las acciones de garantía contempladas en el artículo 200 de la Constitución del Estado de 1993, así como los procesos constitucionales reglados en el Código Procesal Constitucional, vigentes, no resultan ser idóneos ni eficaces para solucionar las omisiones inconstitucionales absolutas y relativas; también que tampoco resultan ser idóneas y eficaces con similar propósito el uso de las sentencias interpretativas manipulativas exhortativas y aditivas emitidas por el Tribunal Constitucional a nivel jurisdiccional; y ello porque en la **acción de amparo** por regla general la sentencia que determina su fundabilidad carece de efectos *erga omnes* y es dictada en primera y segunda instancia por jueces que carecen de la jurisdicción *urdi exordi*, una solución parcial de insignificante importancia en el contexto nacional, análoga al “*mandado de injuncao*” de origen brasileño; y si bien esporádicamente puede dar lugar a que el Tribunal Constitucional fije un “precedente vinculante” o haga uso del llamado “estado de cosas inconstitucionales”, esa posibilidad es muy remota y debe esperarse mucho tiempo para que ello ocurra (a veces años después del inicio del proceso), dependiendo de las condiciones especiales de trascendencia del caso concreto. Por otro lado porque la **acción de cumplimiento** sólo resulta aplicable para la objetivación de un *mandamus* que debe estar contenido en una ley o un acto administrativo vigentes; también porque la **acción de habeas data**

procede contra un hecho u omisión vulneratorios o amenazantes de los derechos fundamentales de acceso a la información almacenada en archivos públicos o privados con el propósito de actualizarla, incluir nuevos datos, suprimir o rectificar la misma; porque la **acción de inconstitucionalidad** se encuentra diseñada para preservar la jerarquía normativa de la Constitución contra las normas con rango de ley ordinaria, y la **acción popular** que procede contra los reglamentos por infracción de la Constitución y la ley, mediante un control abstracto, no en función del caso concreto, sino simplemente en su discrepancia abstracta sobre la interpretación del texto constitucional en relación a su compatibilidad con una ley singular. (STC N° 00007-2007-PI/TC, fj. 10-11). Además la **acción de hábeas corpus** tiene por objeto la protección de la libertad personal y sus derechos conexos; y el **proceso competencial** está destinado a resolver los conflictos de atribuciones de los poderes públicos bajo el principio de corrección funcional.

Es decir las garantías positivizadas en la Constitución de 1993, mencionadas, contemplan supuestos de procedencia y efectos técnicos distintos a los de la omisión inconstitucional (del constituyente, absoluta y relativa) y a los del proceso de inconstitucionalidad por omisión a los mandatos de la Constitución, los cuales se han venido resaltando a lo largo del presente trabajo; situación que nos lleva a plantear la necesidad de que se incorpore cuanto antes en el texto de la Constitución vigente de manera expresa dicha garantía constitucional y que luego en el Código Procesal Constitucional se desarrolle el correspondiente proceso, confiriéndole al Tribunal Constitucional las atribuciones para establecer en sentencia interpretativa principista y en sentencia estructural el régimen legal necesario para hacer eficaz el uso y disfrute de los derechos constitucionales pendientes de desarrollo, con carácter *erga omnes*, que se puedan judicializar.

Finalmente la experiencia obtenida en el Derecho comparado, así como en la actuación del propio Tribunal Constitucional peruano, descartan razonablemente cualquier temor que pueda surgir en relación a que el otorgamiento de estas atribuciones transitorias de legislador positivo a dicho Tribunal, complementarias a las del legislador ordinario, se puedan considerar como una desnaturalización del Estado Constitucional y un atropello al principio de separación de poderes así como a la autonomía de los poderes públicos; resultando también descartadas las

objeciones de un posible uso excesivo de poder o que se pueda dar pie a una posible dictadura de los jueces constitucionales, puesto que a diferencia de la aprobación de las leyes ordinarias, las sentencias del Tribunal Constitucional por principio ineludible del debido proceso deben ser debidamente motivadas en hechos y derecho, una dimensión de racionalidad que servirá de barómetro para la medición de su legitimidad y correcta solución del problema, en beneficio de las personas que habitan el país²⁸.

²⁸ En este punto debe traerse a colación lo señalado en el artículo 16 de la Declaración francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: “Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no esté asegurada, ni determinada la separación de poderes, no tiene Constitución”, pero esta separación de poderes no significa que uno u otro poder público deje de cumplir sus altas funciones encomendadas por la Constitución, pues, para ello en el Estado Constitucional funciona el principio de “pesos y contrapesos”.

CAPÍTULO V

5. CONCLUSIONES

A estas alturas de la investigación, el resultado de lo analizado permite arribar a las siguientes conclusiones centrales:

1. La inconstitucionalidad por omisión constituye un grave problema de violación de la Constitución existente en el país, que se encuentra pendiente de solución e incide en la necesidad de establecer en la Carta Fundamental del Estado la garantía necesaria y la incorporación en el Código Procesal Constitucional del proceso de inconstitucionalidad por omisión correspondiente, para resolverlo de manera eficaz, ante los supuestos de olvido del constituyente de incluir en el texto de la Constitución un tema trascendente que debió estar ahí, ante la falta de emisión de normas generales de desarrollo constitucional por parte de las autoridades del Estado obligadas a dictarlas, así como ante la deficiencia en la elaboración de las fórmulas legales vigentes, falta de supervigilancia de la constitucionalidad de las leyes promulgadas que con la dinámica social han devenido en contrarias a la Constitución y en el supuesto de desacato a las sentencias exhortativas del Tribunal Constitucional; en razón a que las garantías y procesos constitucionales actualmente reglados en nuestro ordenamiento jurídico, así como los mecanismos de las sentencias interpretativas principistas y las estructurales y manipulativas que viene utilizando el Tribunal Constitucional de manera informal, no resultan idóneas y eficaces cuando se trata del supuesto de una violación inconstitucional omisiva; ya que la Carta Magna de 1993 no la contempla, ni tampoco existe una ley reguladora del mencionado proceso, a efecto que las personas hagan uso de sus derechos fundamentales pendientes y el Tribunal Constitucional pueda actuar con mayor protagonismo y legitimidad al resolver este tipo de violaciones inconstitucionales. No se puede esperar que sea el propio Tribunal Constitucional quien regule mediante “precedente vinculante” estas prerrogativas, como ya lo ha hecho en otros temas, actuando como legislador positivo, es mejor que lo haga el

legislador ordinario. En otras palabras, la inconstitucionalidad por omisión impide que las cláusulas de la Constitución pendientes de institucionalización y de desarrollo desplieguen correctamente su eficacia jurídica, en el período 2017 al 2018; conclusión que resulta perfectamente extensible a otros periodos de tiempo de vigencia de la Constitución de 1993, teniendo en cuenta que el problema se mantiene invariable en el tiempo desde su promulgación y puesta en vigencia.

2. La ausencia de un mecanismo procesal efectivo en la normativa constitucional y procesal constitucional viene afectando los derechos fundamentales de las personas en el país, sobre todo los más trascendentes de naturaleza social y económica, vinculados a los grupos sociales minoritarios y más empobrecidos, sujetos a condiciones de vulnerabilidad, pues la afectación tiene mayor incidencia en este tipo de derechos y grupos sociales, ya que estos derechos despliegan su mayor eficacia en conexión con la gran mayoría de la población peruana, en el periodo 2017-2018; lo mismo viene ocurriendo hasta la fecha por mantenerse invariable la misma situación jurídica.

3. La regulación de un mecanismo procesal para solucionar la violación omisiva del constituyente así como la absoluta y relativa de la Constitución se convertirá en una herramienta formidable, idónea y eficaz, de mayor espectro y potencia resolutoria que las actuales garantías y procesos constitucionales reglados, atendiendo a la trascendencia y naturaleza de los derechos fundamentales que cubriría, fortaleciendo la participación ciudadana y consolidando el Estado Constitucional de Derecho, puesto que a través del mismo se devolvería a cada titular -integrante del soberano poder constituyente (el pueblo)-, la potestad de combatir este tipo de violaciones constitucionales de forma permanente, obligando jurídicamente al legislador y/o a la administración estatal competente a actualizar la Constitución y a poner en vigencia la integridad del texto constitucional, coadyuvando de esta manera al respeto de los derechos fundamentales de las personas y a concretizar los principios y valores de nuestro ordenamiento constitucional, pero sobre todo de los grupos humanos más vulnerables del país; impidiendo que la desidia, el ocio legislativo u otras causas e intereses frustren la materialización del proyecto social y político visualizado por el constituyente en la

Carta Fundamental, en el periodo 2017-2018 y hasta la actualidad; convirtiéndose de esta manera en un formidable mecanismo de materialización continua del Estado Constitucional de Derecho.

4. La puesta en vigencia de la nueva garantía constitucional por violación omisiva de la Constitución requiere la modificación o reforma del artículo 200 de la Carta Magna del Perú de 1993 para incorporarla adicionalmente a las garantías allí existentes; así como la modificación posterior del Código Procesal Constitucional para incorporar la regulación positiva del Proceso Constitucional consecuente, contra la Inconstitucionalidad omisiva del constituyente, la absoluta y relativa; siguiendo la técnica legislativa utilizada en la regulación de las demás garantías y procesos constitucionales en actual vigencia.

CAPÍTULO VI

6. RECOMENDACIONES

Asimismo el resultado del análisis permite plantear las recomendaciones siguientes:

1. En el contexto descrito resulta necesario e indispensable que el Congreso Nacional efectúe la modificación o reforma del artículo 200° de la Constitución Política del Estado para incorporar como nueva garantía la “Acción de Inconstitucionalidad por Omisión” del constituyente o del legislador y/o de la administración estatal a los mandatos de la Constitución del Estado, para que posteriormente sea desarrollado el respectivo proceso en el Código Procesal Constitucional, como ocurre con las demás garantías constitucionales en actual vigencia; la que procederá cuando el constituyente hubiere omitido incorporar un tema en el texto de la Constitución que necesariamente debió estar ahí y cuando el legislador ordinario o la autoridad administrativa individualizados en la Constitución no hayan emitido en el plazo tasado o en el plazo razonable la ley de desarrollo constitucional o el reglamento correspondiente para el disfrute efectivo de algún derecho constitucional reconocido, por deficiencia en la formulación de una ley, por falta de acciones de control de constitucionalidad sobre las leyes vigentes que devienen en inconstitucionales y por no acatamiento a las sentencias exhortativas del Tribunal Constitucional; con la finalidad que el Tribunal Constitucional a través de la sentencia interpretativa pura o principista o mediante sentencia estructural apruebe con carácter *erga omnes* el régimen jurídico transitorio para el disfrute del derecho constitucional pendiente, conforme a ley; régimen que, en el caso de los asuntos que se resuelvan mediante sentencia estructural, podrá ser reemplazado o modificado por el legislador ordinario bajo el principio de optimización y progresividad y no regresividad de los derechos fundamentales.

2. Asimismo, una vez incorporada la nueva garantía en el texto de la Constitución de 1993], se evidencia la necesidad de modificar el Código Procesal Constitucional para la incorporación del nuevo Proceso de Inconstitucionalidad por Omisión, que regule con claridad y contundencia el ejercicio de este nuevo poder jurisdiccional por el Tribunal Constitucional en relación cada uno de los supuestos que la motivan, así como los nuevos derechos procesales de las personas ante los supuestos de establecerse la omisión inconstitucional. De esta manera se garantizará con muchísima efectividad que no se continúe afectando masivamente los derechos humanos fundamentales de las personas y no se vulnere la Constitución del Estado mediante el incumplimiento sostenido y permanente de funciones por el legislador ordinario (en su actuaciones de constituyente delegado o legislador, según corresponda) y/o autoridad administrativa competente; consolidándose de esta manera el mandato contenido en los artículos 51º y 1º de la Carta Magna, en el sentido que la Constitución siempre debe primar en toda circunstancia política, económica, social y cultural de la sociedad y del Estado; teniendo como norte que la dignidad humana y la defensa de sus derechos e intereses son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

CAPÍTULO VII

7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVA Orlandini, Javier y otros (2005). "Comentario al artículo 203° de la Constitución Política". En: La Constitución Política comentada. Lima: Editorial Gaceta Jurídica.
- Amezcuca Alcalá, Luis Edgardo (2003). Problemas constitucionales con motivo de omisiones legislativas, tesis de licenciatura, México, Facultad de Derecho, UNAM.
- Astudillo, César (2007). La inconstitucionalidad por omisión legislativa en México. México D.F.: Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Bernales Ballesteros, Enrique y otros (2005). El Control Constitucional en el Perú. Lima: Revista Jurídica de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Carpio, Edgar (2002). Normas interpuestas en la acción de inconstitucionalidad (el caso peruano). México D.F.: Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. UNAM.
- Casal H., Jesús (2002). La protección de la Constitución frente a las omisiones legislativas. Caracas: Revista de Derecho Constitucional.
- Castillo Córdova, Luis (2004). Hábeas corpus, amparo y hábeas data en regímenes de excepción. Lima: Jurista Editores.
- Castillo Córdova, Luis (2004). Normas autoaplicativas, alternatividad y amparo contra amparo en el código procesal constitucional Perú. Lima: Revista Jurídica del Perú.
- Castro Patiño, Iván (2003). La inconstitucionalidad por omisión: una reforma necesaria en la constitución ecuatoriana. Guayaquil: Tesis Doctoral de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil – Facultad de Jurisprudencia.

- Cianciardo, Juan (2004). El principio de razonabilidad. Del debito proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad. Buenos Aires: Universidad Austral- Editorial Ábaco.
- Dermizaky, Pablo (2002). La Inconstitucionalidad por Omisión. Cochabamba, Bolivia: Revista Jurídica de la Universidad Mayor de San Simón de Cochabamba.
- DE Otto y Pardo, Ignacio (1990). Derecho Constitucional Sistema de fuentes. Barcelona: Edit. Ariel.
- Díaz Bravo, Enrique (2016). Análisis y reflexiones sobre el control de constitucionalidad de las leyes, Colombia: Revista Opinión Jurídica Universidad de Medellín.
- Díaz Gamboa Luis Bernardo (2016, Julio 7). La inconstitucionalidad por omisión Necesidad de reconocimiento de la figura en Colombia como factor garantista de los derechos humanos. Criterio jurídico garantista. Revista.usantotomas.edu.ca/index.php/insta/article/view/3045.
- Diez-Picazo, Luis (1998). Concepto de Ley y tipos de Leyes. Madrid: Revista Española de Derecho Constitucional" N° 24.
- Donayre, Patricia (2001). Los decretos legislativos en el Perú. Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú.
- Eto Cruz, Gerardo (1992). La inconvencionalidad por omisión: una aproximación conceptual. Lima: Fondo Editorial de la Revista Universidad Particular San Martín de Porres.
- Fernández Segado (1992), Francisco. El sistema constitucional español. Madrid: Dykinson.
- Figueroa Gutarra, Edwin (2013). El proceso de inconstitucionalidad. Desarrollo, límites y retos. Lima: Academia de la Magistratura del Perú. Docente del Área Constitucional de la Universidad San Martín de Porres, Filial Chiclayo.
- García Belaunde, Domingo (2013). Los tribunales constitucionales en América Latina. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- García Belaunde, Domingo (1999). Derecho Procesal Constitucional, Trujillo: Marsol Editores.
- García Belaunde, Domingo y Fernández Segado, Francisco (1997). La jurisdicción constitucional en Iberoamérica. Madrid: Dykinson.

- García De Enterría, Eduardo (1999). Curso de Derecho Administrativo. Volumen I. Madrid: Civitas.
- García de Enterría, Eduardo (2006). La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional. Editorial Civitas S. A.
- González Garcete, Juan (2004). La inconstitucionalidad por omisión legislativa en el Derecho Paraguayo. Asunción: Revista de Derecho de la Universidad Nacional de Asunción.
- Gutiérrez Camacho, Walter (2005). La Constitución Política del Perú comentada. Lima: Gaceta Jurídica.
- Herrera García, Alfonso (2011). El recurso de amparo en el modelo kelseniano de jurisdicción constitucional ¿un elemento atípico? Barcelona: Revista para el Análisis del Derecho - Instituto de Derecho Parlamentario, Universidad Complutense de Madrid.
- Leal W., Salvador (2002). Inconstitucionalidad por omisión. Estado Zulia, Venezuela: Cuestiones Políticas No. 28, Junio de 2002, 53-67 IEPDP-Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas - Luz ISSN 0798 -1406.
- Marinoni, Guilherme. El “mandado de injuncao” como remedio contra la omisión inconstitucional en el Derecho brasileño. Fuente consultada:
Revista.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/12519/13080.
- Mesía, Carlos (2007). Exégesis del Código Procesal Constitucional, Gaceta Jurídica, Lima.
- Pérez Royo, Javier (2000). Curso de Derecho Constitucional. Madrid: Marcial Pons.
- Pregoraro, L., & Figueroa Mejía, G. A. (2016). Las citas doctrinales en las sentencias de los tribunales constitucionales. Especial Análisis de aquellas incorporadas en los pronunciamientos de acción de inconstitucionalidad de la Suprema Corte de Justicia Mexicana. Ciudad de México: Elsevier España, S.L.U.
- Quispe Correa, Alfredo (2006). En su Artículo de Investigación titulado: “¿Inconstitucionalidad por omisión?”, Arequipa: VIII Congreso Nacional de Derecho Constitucional Fondo Editorial - Colegio de Abogados de Arequipa. Publicado en el Centro de Estudios Constitucionales de Chile.

Sagües, Néstor Pedro (2011), Mecanismos Procesales para superar la omisión legislativa. II Congreso Colombiano de Derecho Procesal Constitucional, Centro Colombiano de Derecho Procesal Constitucional, Universidad Católica de Colombia, Bogotá, Marzo.

Sagües, Néstor Pedro (1992). "Derecho Procesal Constitucional – Acción de Amparo", 5ta. Edición, 1ra. Reimpresión, Astrea, Buenos Aires.

Sagües, María Sofía (2005). "Recepción Normativa del Control de Inconstitucionalidad por Omisión en el Código Procesal Constitucional Peruano", en El Derecho Procesal Constitucional Peruano Homenaje a Domingo García Belaunde, Editorial Jurídica Grijley, Lima.

Salvador, Osvaldo (2012). Chihuahua y la Inconstitucionalidad por Omisión Legislativa. Chihuahua, México: Universidad Autónoma de Chihuahua.

Libros Virtuales:

Lemos, Hugo. ¿De qué se trata la inconstitucionalidad de la ley?. Montevideo: Diario El Pueblo. Fuente consultada:

<http://www.diarioelpueblo.com.uy/especialessemanales/jueves/leyes-de-mipais/%C2%BFde-que-se-trata-la-inconstitucionalidad-de-la-ley.html>, 2012.

Leyva Valera, Ana. Conga: Omisiones de sentencia del TC y competencias regionales. Lima. Fuente consultada:

<http://www.noticiasser.pe/16/05/2012/informe/conga-omisiones-de-la-sentencia-del-tc-y-competencias-regionales-ii>, 2012.

Fernández Rodríguez, José. La Inconstitucionalidad por Omisión en Portugal. Madrid: Revista de Estudios Políticos (Nueva Época) Núm. 101. Fuente consultada:

1. [file:///C:/Users/CLIENTE/Downloads/DialnetLaInconstitucionalidadPorOmisionEnPortugal-27495%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/CLIENTE/Downloads/DialnetLaInconstitucionalidadPorOmisionEnPortugal-27495%20(2).pdf), 1998.

SÁNCHEZ Paredes, Christian. Inconstitucionalidad por Omisión: El Tribunal Constitucional Peruano como Legislador Positivo. Cajamarca: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca (UNC). Fuente Consultada:

2. <http://es.slideshare.net/joyestrella/inconstitucionalidad-por-omisionchristiansanchez>, 2014.

Tesis Consultadas:

- Alomoto Rosales, Carlos Fernando (2013) “La Inconstitucionalidad por Omisión Legislativa en el Ecuador”. Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Ecuador
- Arenas Moreno, Alejandra Marcela (2014). Inconstitucionalidad por omisión legislativa. Contexto colombiano”. Revista electrónica Diálogos de Derecho y Política Universidad de Antioquia (UDA) - Facultad de Derecho y Ciencias.
- Castro (2003). La Inconstitucionalidad por Omisión: Una Reforma Necesaria en la Constitución Ecuatoriana. Ecuador.
- Eto Cruz, Gerardo (2014). El incumplimiento de las Sentencias Exhortativas Vinculantes del Tribunal Constitucional como una Modalidad de Inconstitucionalidad por Omisión de Configuración Jurisprudencial. Lima: Fondo Editorial de la Revista Universidad Particular San Martín de Porres.
- Figuroa (2013) El proceso de inconstitucionalidad. Desarrollo, límites y retos. Lima.
- Flores Pacheco, M. I. (2017). Comentarios a la acción de inconstitucionalidad 101/2014 resuelta por la Suprema Corte de Justicia de México. Proporcionalidad en normas de seguridad social. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de investigaciones Jurídicas.
- Jaramillo, J.F; Umprimmy, R y Guarnizo,D. “Intervención Judicial en Cárceles. Foro Constitucional Iberoamericano, N° 12, año 2005/2006: <http://www.idpe.es/archivo/1208279467FCIZAFJ.pdf>.
- Quispe (2006). ¿Inconstitucionalidad por omisión?. Arequipa.
- Rodríguez (2017). La controvertida inconstitucionalidad por omisión legislativa. Universidad Complutense de Madrid.
- Sánchez (2014). Inconstitucionalidad Por Omisión: El Tribunal Constitucional Peruano como Legislador Positivo. Lima.

CAPÍTULO VIII

8. ANEXOS

Anexo 1: Cuestionarios de Evaluación Encuesta

VARIABLE: INCONSTITUCIONALIDAD OMISIVA

INSTRUCCIONES Estimado: Lea atentamente cada pregunta, valore y elija la respuesta que mejor la describa acerca de la Inconstitucionalidad omisiva. Por favor expresa la opinión que te merece marcando en cada ítem solo uno de las alternativas de la escala y coloca una (x) en cualquiera de las 3 posibles alternativa, considerando que:

1 = Nunca 2 = A veces = Siempre

Nº	ITEMS	Puntuación		
	Dimensión Legislación Nacional	1	2	3
01	¿Sabe usted si las garantías dispuestas en el artículo 200 de la constitución resultan suficientes para garantizar a nivel jurisdiccional la vigencia de la constitución y los derechos fundamentales?			
02	¿Sabe usted en qué consiste las llamadas “omisiones inconstitucionales” desde el derecho constitucional?			
03	¿Sabe usted de qué manera el ordenamiento jurídico peruano encara el problema de las omisiones inconstitucionales para resolverlo?			
04	¿Conoce usted del grado de eficiencia y eficacia de las sentencias aditivas y exhortativas del TC en la solución del problema de las omisiones inconstitucionales?			
05	¿Sabe usted si el proceso de amparo y el proceso de cumplimiento regulados en el código procesal constitucional son suficientes para resolver las omisiones inconstitucionales?			
	Dimensión Legislación Comparada	1	2	3
06	¿Tiene conocimiento cómo se regula el fenómeno de las omisiones inconstitucionales en la legislación comparada?			
07	¿Conoce en que sistema judicial internacional se regulo por primera vez la omisión inconstitucional?			
08	¿Conoce usted, cual es tratamiento legislativo de las omisiones inconstitucionales en Latinoamérica?			
09	¿Conoce usted, qué legislación internacional influye más en las decisiones del TC para resolver las omisiones inconstitucionales?			
10	¿Conoce usted si el reconocimiento de la acción de inconstitucional por omisión en el derecho internacional a alterado significativamente el equilibrio de poderes del estado constitucional?			

Muchas Gracias.

Cuestionario de Evaluación

VARIABLE: PROCESO DE GARANTÍA CONSTITUCIONAL

INSTRUCCIONES: Estimado: Lea atentamente cada pregunta, valore y elija la respuesta que mejor la describa acerca del Proceso de garantía constitucional. Por favor expresa la opinión que te merece marcando en cada ítem solo uno de las alternativas de la escala y coloca una (x) en cualquiera de las 3 posibles alternativa, considerando que:

1 = Nunca 2 = A veces = Siempre

Nº	ITEMS	PUNTUACION		
	DIMENSIÓN DE PRIMACÍA CONSTITUCIONAL	1	2	3
01	¿Sabe usted en qué consiste las llamadas “omisiones inconstitucionales” desde el derecho constitucional?			
02	¿Sabe usted del grado de eficiencia y eficacia de las sentencias aditivas y exhortativas del Tribunal Constitucional en la solución del problema de las omisiones inconstitucionales?			
03	¿Sabe usted si el proceso de amparo y el proceso de cumplimiento regulados en el código procesal constitucional son suficientes para resolver las omisiones inconstitucionales?			
04	¿Sabe usted de que manera el ordenamiento jurídico peruano encara el problema de las omisiones inconstitucionales para resolverlo?			
05	¿Considera usted que debe reformarse el sistema de garantías constitucionales para resolver con mayor eficacia y eficiencia el problema de las omisiones inconstitucionales?			
	DIMENSIÓN ESTADO Y SOCIEDAD	1	2	3
06	¿Sabe usted si las garantías dispuestas en el artículo 200 de la constitución resultan suficientes para garantizar a nivel jurisdiccional la vigencia de la constitución y los derechos fundamentales?			
07	¿Es importante regular la garantía de la inconstitucionalidad omisiva en nuestro País?			
08	¿Afecta a los sectores más vulnerables de la población la omisión inconstitucional?			
09	¿Conoce los supuestos que produce la omisión inconstitucional?			
10	¿Con que frecuencia a conocido casos o supuestos de omisión inconstitucional durante su carrera profesional?			

Muchas Gracias.

Anexo 2: Documentos de Gestión.

Resolución Directoral N° 104-2018/UNTUMBES-EPG-D



UNIVERSIDAD NACIONAL DE TUMBES
ESCUELA DE POSGRADO

RESOLUCION DIRECTORAL N° 0104-2018/UNTUMBES-EPG-D

Tumbes, 29 de agosto de 2018.

VISTO: El Expediente N° 1116-450 correspondiente al Informe N° 056-2018/UNTUMBES-EPG-D-LMA-UI presentado por el Jefe de la Unidad de Investigación Dr. LEOCADIO MALCA ACUÑA; proponiendo Jurado para la revisión del Proyecto de Tesis presentado por el maestrante PERCY ELMER LEON DIOS; y

CONSIDERANDO:

Que, en conformidad a lo establecido en el artículo 23° del Reglamento de Investigación con fines de Graduación en la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Tumbes; el jurado evaluador tendrá un plazo máximo de 15 (quince) días hábiles a partir de la fecha de recepción del proyecto para emitir su dictamen; el cual deberá ser presentado al Director de la Escuela según las siguientes alternativas: a) Aprobar el proyecto sin modificaciones, b) Aprobar el proyecto luego de haber levantado las observaciones formuladas por el jurado y c) Desaprobar el proyecto especificando las causas.

Que, mediante expediente N° 450 el Jefe de la Unidad de Investigación Dr. LEOCADIO MALCA ACUÑA, propone el jurado evaluador del Proyecto de Tesis "INCONSTITUCIONALIDAD OMISIVA EN EL PERU Y LA NECESIDAD DE UN NUEVO PROCESO DE GARANTIA PARA REMEDIARLA" presentado por el maestrante de Derecho con mención en Derecho Constitucional y Administrativo PERCY ELMER LEON DIOS.

Que, teniendo en cuenta lo expuesto, deviene procedente disponer en los términos que se consignan en la parte resolutive y en virtud de sus atribuciones conferidas al Director de la Escuela de Posgrado, mediante Resolución de Consejo Universitario N° 699 – 2007/UNT-CU según el artículo 1° y con cargo a dar cuenta al Consejo de Escuela de Posgrado;

SE RESUELVE:

ARTICULO 1°.- CONFORMAR el Jurado que evaluará el Proyecto de Tesis: "INCONSTITUCIONALIDAD OMISIVA EN EL PERU Y LA NECESIDAD DE UN NUEVO PROCESO DE GARANTIA PARA REMEDIARLA", elaborado por el maestrante de Derecho con mención en Derecho Constitucional y Administrativo PERCY ELMER LEON DIOS asesorado por el Mg. HUGO VALENCIA HILARES, con los que a continuación se nominan:

Dr. VICTOR WILLIAM ROJAS LUJAN	PRESIDENTE
Mg. PERU VALENTIN JIMENEZ LA ROSA	SECRETARIO
Mg. WALTER SANTIAGO POZO NEYRA	VOCAL

ARTICULO 2°.- DISPONER que el jurado evaluador tendrá un plazo máximo de 15 (quince) días hábiles a partir de la fecha de recepción del proyecto para emitir su dictamen.

Dada en la ciudad de Tumbes a los veintinueve días del mes de agosto de dos mil dieciocho.

REGISTRESE COMUNIQUESE, (FDO) Dr. CARLOS ALBERTO DEZA NAVARRETE DIRECTOR DE LA ESCUELA DE POSGRADO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE TUMBES.- (FDO) Dr. EBER GINES TAFUR.- SECRETARIO ACADEMICO DE LA ESCUELA DE POSGRADO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE TUMBES.

UNIVERSIDAD NACIONAL DE TUMBES
ESCUELA DE POSGRADO
Dr. Eber Gines Tafur
SECRETARIO ACADEMICO

cc
INTERESADOS
ANEXO
CARRERA DE POSGRADO
ESTADISTICA
DGT

Resolución Directoral N° 0049-2019/UNTUMBES-EPG-D



UNIVERSIDAD NACIONAL DE TUMBES
ESCUELA DE POSGRADO

RESOLUCION DIRECTORAL N° 0049-2019/UNTUMBES-EPG-D

Tumbes, 22 de marzo de 2019.

VISTO: El Expediente N° 219, correspondiente a la Carta S/N, alcanzado por el Dr. Víctor William Rojas Lujan, Presidente de Jurado del Proyecto de Tesis presentado por el estudiante de la maestría en Derecho con mención en Derecho Constitucional y Administrativo **PERCY ELMER LEON DIOS**, adjuntando Acta para su aprobación; y

CONSIDERANDO:

Que, con RESOLUCION DIRECTORAL N° 004-2018/UNTUMBES-EPG-D, se acredita y reconoce formalmente como asesor del proyecto de tesis al Mg. HUGO VALENCIA HILARES.

Que, RESOLUCION DIRECTORAL N° 0104-2018/UNTUMBES-EPG-D, se conformó el Jurado del Proyecto de Tesis integrado por Dr. VÍCTOR WILLIAM ROJAS LUJAN, Mg. PERU VALENTIN JIMENEZ LA ROSA y Mg. WALTER SANTIAGO POZO NEIRA

Que, mediante Expediente N° 219, el Dr. Víctor William Rojas Lujan, Presidente de Jurado del Proyecto de Tesis: INCONSTITUCIONALIDAD OMISIVA EN EL PERU Y LA NECESIDAD DE UN NUEVO PROCESO DE GARANTIA PARA REMEDIARLA presentado por el maestrante de Derecho con mención en Derecho Constitucional y Administrativo PERCY ELMER LEON DIOS, adjunta el Acta de Revisión del Proyecto de Tesis en mención, indicando que se expida acto resolutivo de aprobación y autorización para el desarrollo del mismo.

Que teniendo en cuenta lo expuesto, deviene procedente disponer en los términos que se consignan en la parte resolutive y en virtud de sus atribuciones conferidas al Director de la Escuela de Posgrado, mediante Resolución de Consejo Universitario N° 699 – 2007/UNT-CU según el artículo 1° y con cargo a dar cuenta al Consejo de Escuela de Posgrado;

SE RESUELVE:

ARTICULO 1°.- APROBAR y AUTORIZAR la ejecución del Proyecto de Tesis: **INCONSTITUCIONALIDAD OMISIVA EN EL PERU Y LA NECESIDAD DE UN NUEVO PROCESO DE GARANTIA PARA REMEDIARLA**; presentado por el maestrante de Derecho con mención en Derecho Constitucional y Administrativo PERCY ELMER LEON DIOS.

Dada en la ciudad de Tumbes a los veintidós días del mes de marzo de dos mil diecinueve.

REGISTRESE COMUNIQUESE, (FDO) Dr. CARLOS ALBERTO DEZA NAVARRETE DIRECTOR DE LA ESCUELA DE POSGRADO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE TUMBES.- (FDO) Dr. EBER GINES TAFUR.- SECRETARIO ACADEMICO DE LA ESCUELA DE POSGRADO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE TUMBES.

C.c
❖ INTERESADOS
❖ ARCH.

Resolución de Consejo de Escuela N° 0115-2019/UNTUMBES-EPG-CE



Universidad Nacional de Tumbes
ESCUELA DE POSGRADO

RESOLUCION DE CONSEJO DE ESCUELA N° 0115-2019/UNTUMBES-EPG-CE

Tumbes, 01 de julio de 2019.

VISTO: El Expediente N° 930, correspondiente al Informe N° 0194-2019/UNT-EPG-UI presentado por el Jefe de la Unidad de Investigación Dr. LEOCADIO MALCA ACUÑA; proponiendo cambio de integrante de Jurado para la revisión de la Tesis presentado por el maestrante PERCY ELMER LEON DIOS; y

CONSIDERANDO:

Que, con RESOLUCION DIRECTORAL N° 004-2018/UNTUMBES-EPG-D, se acredita y reconoce formalmente como asesor del proyecto de tesis al Mg. HUGO VALENCIA HILARES.

Que, RESOLUCION DIRECTORAL N° 0104-2018/UNTUMBES-EPG-D, se conformó el Jurado del Proyecto de Tesis integrado por Dr. VÍCTOR WILLIAM ROJAS LUJAN, Mg. PERU VALENTIN JIMENEZ LA ROSA y Mg. WALTER SANTIAGO POZO NEIRA.

Que, RESOLUCION DIRECTORAL N° 049-2019/UNTUMBES-EPG-D, se aprobó y autorizó la Ejecución del Proyecto de Tesis: INCONSTITUCIONALIDAD OMISIVA EN EL PERU Y LA NECESIDAD DE UN NUEVO PROCESO DE GARANTIA PARA REMEDIARLA; presentado por el maestrante de derecho con mención en Derecho Constitucional y Administrativo PERCY ELMER LEON DIOS.

Que, con Resolución de Consejo de Escuela N° 069-2019/UNTUMBES-EPG-CE, se modifican los artículos: 23°, 35°, 37° y 38° del Reglamento General de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Tumbes.

Que, con Memorando N° 0260-2018/UTNUMBES-URRHH, y por disposición de la Contraloría General de la Republica, la cual solicita el cumplimiento de sanciones impuestas a funcionarios y servidores públicos efectivizándose la sanción impuesta a partir de la fecha.

Que, con expediente N° 0930 el maestrante PERCY ELMER LEON DIOS solicita cambio del Vocal por estar incluido en citado memorando.

Que, con Informe N° 0194-2019/UNT-EPG-UI el Jefe de la Unidad de Investigación Dr. LEOCADIO MALCA ACUÑA; propone el cambio de integrante Jurado para la revisión de la Tesis presentado por el maestrante en mención, al respecto los integrantes de Consejo de Escuela después de la revisión y análisis correspondiente aceptan la propuesta.

Estando lo acordado por el Consejo de Escuela de Posgrado en Sesión Ordinaria del 01 de julio de 2019

SE RESUELVE:

ARTICULO 1°.- CONFORMAR el Jurado que evaluará la Tesis: "INCONSTITUCIONALIDAD OMISIVA EN EL PERU Y LA NECESIDAD DE UN NUEVO PROCESO DE GARANTIA PARA REMEDIARLA", elaborado por el maestrante de Derecho con mención en Derecho Constitucional y Administrativo PERCY ELMER LEON DIOS, con los que a continuación se nominan:

Dr. VICTOR WILLIAM ROJAS LUJAN	PRESIDENTE
Mg. PERU VALENTIN JIMENEZ LA ROSA	SECRETARIO
Mg. JAVIER RUPERTO ROJAS JIMENEZ	VOCAL

Dada en la ciudad de Tumbes a los un días del mes de julio de dos mil diecinueve.

REGISTRESE COMUNIQUESE, (FDO) Dr. CARLOS ALBERTO DEZA NAVARRETE DIRECTOR DE LA ESCUELA DE POSGRADO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE TUMBES.- (FDO) Dr. EBER GINES TAFUR.- SECRETARIO ACADEMICO DE LA ESCUELA DE POSGRADO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE TUMBES.

C.c.
✦ RECTOR
✦ INTERESADOS
✦ ARCH (2)
✦ CAJIN/Director
EGT/S.A
GLT/UA

UNIVERSIDAD NACIONAL DE TUMBES
ESCUELA DE POSGRADO

Dr. Eber Gines Tafur
SECRETARIO ACADEMICO

Correo Electrónico tipo de fecha 16 de julio de 2020, remitido, conteniendo la Encuesta a 20 Abogados de Tumbes

Mensaje de correo De: JUAN CARLOS NOBLECILLA FEJOO <estudio_noblecilla_fejoo@hotmail.com> - Google Chrome

webmail.pj.gob.pe/gw/webacc?action=Item.Read&User.context=2b37d571231debe30a79a3e65d65d4f1d84e2e&Item.dm=5FABF359.dm06.po06.100.1367962.1.8C3B.1@1:7.dm06.po06.100.0.1.0.1@...

Responder Responder a todos Remitir Mover Marcar como no leído Suprimir Versión imprimible

Correo Propiedades

De: JUAN CARLOS NOBLECILLA FEJOO <estudio_noblecilla_fejoo@hotmail.com> miércoles - 11 noviembre 2020, 14:21
A: pleond@pj.gob.pe
Tema: Fwd: Solicita colaboración en investigación jurídica
Adjuntos: Encuesta del Dr Percy Leon.docx (13 KB) Ver

Estimado Dr Percy, le envío en archivo adjunto la encuesta solicitada

De: JUAN CARLOS NOBLECILLA FEJOO <estudio.noblecilla.fejoo@gmail.com>
Enviado: jueves, julio 16, 2020 10:47 p. m.
Para: percy leon dios; estudio.noblecilla.fejoo; estudio_noblecilla_fejoo
Asunto: Re: Solicita colaboración en investigación jurídica

Estimado Dr. Percy Leon, remito en archivo adjunto la encuesta con la respuestas. Slids y por favor confirmar recepcion.

El jue., 16 jul. 2020 a las 8:47, percy leon dios (<pleond@pj.gob.pe>) escribió:
Tumbes, 16.07.2020

Estimados colegas Abogados. Les saluda el Magistrado PERCY LEÓN DIOS. Presidente de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Tumbes, para saludarlos, esperando se encuentren gozando de salud en unión de sus seres queridos.

Disculpen el medio para dirigirme a ustedes, pero los tiempos de crisis de salud que vivimos me obligan. La presente es para pedirles su colaboración. Me encuentro desarrollando un TRABAJO DE INVESTIGACIÓN sobre OMISIONES INCONSTITUCIONALES para optar el Post Grado de MAGISTER en Derecho Constitucional, y para completar la investigación debo entrevistar a 20 Abogados (10 abogados libres, 05 Fiscales y 05 Jueces), sobre el tema. Por esa razón me dirijo a ustedes para pedirles encarecidamente me brinden su colaboración al respecto, RESPONDIENDO LA ENCUESTA ADJUNTA, a la brevedad posible; las respuestas sirvanse remitirlas por el mismo medio, las cuales se mantendrán en absoluta reserva y se usarán solamente con fines de la investigación en desarrollo. Les agradezco de antemano por su cooperación para la culminación de este importante trabajo de investigación.

Atentamente

Magistrado Percy E. León Dios
Sala Civil de Tumbes

ES 18:05 11/11/2020

Anexo 3: Cuestionario de preguntas de entrevista a juristas y magistrados.

- 1.- ¿Considera usted si las garantías constitucionales dispuestas en el artículo 200 de la Constitución resultan suficientes para garantizar a nivel jurisdiccional la vigencia de la Constitución y de los derechos fundamentales?
- 2.- ¿Cuál es su opinión sobre el sistema de garantías constitucionales?
- 3.- ¿Cuál es su apreciación sobre las llamadas “omisiones inconstitucionales” desde el Derecho Constitucional?
- 4.- ¿De qué manera el ordenamiento jurídico peruano pretende encarar y resolver el problema de las omisiones inconstitucionales?
- 5.- ¿A su juicio cuál es el grado de eficiencia y eficacia de las sentencias aditivas y exhortativas del Tribunal Constitucional en la solución del problema de las “omisiones inconstitucionales”?
- 6.- ¿Estima usted si resulta suficiente el proceso de amparo y el proceso de cumplimiento para resolver el problema de las “omisiones inconstitucionales”?
- 7.- ¿Qué cambios en el ordenamiento jurídico recomendaría para resolver con mayor eficiencia y eficacia el problema de las “omisiones inconstitucionales”?

Anexo 4: Matriz de Consistencia

INCONSTITUCIONALIDAD OMISIVA EN EL PERÚ Y LA NECESIDAD DE UN NUEVO PROCESO DE GARANTÍA PARA REMEDIARLA							
Título				Operacionalización de Variables			Diseño Metodológico
	Formulación del Problema	Objetivos	Hipótesis	Variables Intervinientes	Dimensiones	Indicadores	Medida (escala)
<p>Problema General:</p> <p>¿De qué manera la inconstitucionalidad por omisión, incide en la necesidad de regular un remedio constitucional efectivo ante la falta de emisión de normas generales por quien debía dictarlas, en el período 2017-2018?</p>	<p>Objetivo General:</p> <p>Demostrar que la inconstitucionalidad por omisión, incide en la necesidad de regular un remedio constitucional efectivo ante la falta de emisión de normas generales por quien debía dictarlas, en el período 2017-2018</p>	<p>Hipótesis General:</p> <p>La inconstitucionalidad por omisión, incide en la necesidad de regular un remedio constitucional efectivo ante la falta de emisión de normas generales por quien debía dictarlas; toda vez, que no permite que las cláusulas de la Constitución desplieguen correctamente su eficacia jurídica, en el período 2017 al 2018</p>	<p>VI:</p> <p>INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN.</p>	<p>Legislación Nacional.</p> <p>Legislación comparada.</p>	<p>Justificación Jurídica – Doctrinaria.</p> <p>Fundamentación Constitucional</p> <p>Derecho Comparado</p>	<p>Nominal</p>	<p>1.- Tipo de Investigación: Cualitativa.</p> <p>2.- Población y muestra:</p> <p>Población: El Pleno del Tribunal Constitucional y docentes de la Facultad de Derechos y Ciencias Políticas de las Universidades Nacionales de Piura, Tumbes, Chiclayo y Lima.</p> <p>Muestra: Magistrados miembros del Tribunal Constitucional y docentes de la Facultad de Derechos y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Piura.</p> <p>Muestreo: 01 magistrado miembros del Tribunal Constitucional y 01 del</p>
<p>Problemas Específicos:</p> <p>PE1: ¿Cómo la falta de un remedio procesal efectivo en la</p>	<p>Objetivos Específicos:</p> <p>OE1: Analizar si la falta de un remedio procesal efectivo en la</p>	<p>Hipótesis Específicas:</p> <p>HE1: La falta de un remedio procesal efectivo en la normativa</p>	<p>VD:</p>	<p>Primacía de la Constitución.</p>	<p>Protección de los Derechos Fundamentales</p>	<p>Nominal</p>	<p>Muestreo: 01 magistrado miembros del Tribunal Constitucional y 01 del</p>

<p>normativa constitucional, afecta a los derechos fundamentales de los grupos humanos vulnerables en el Perú, en el período 2017-2018?</p> <p>PE2: ¿Cómo la regulación de un remedio procesal para la garantía constitucional por omisión, coadyuva al respeto de los derechos fundamentales de los grupos humanos vulnerables en el Perú, en el período 2017-2018?</p>	<p>normativa constitucional, afecta a los derechos fundamentales de los grupos humanos vulnerables en el Perú, en el período 2017-2018.</p> <p>OP2: Explicar cómo la regulación de un remedio procesal para la garantía constitucional por omisión, coadyuva al respeto de los derechos fundamentales de los grupos humanos vulnerables en el Perú, en el período 2017-2018.</p>	<p>constitucional afecta los derechos fundamentales de los grupos humanos vulnerables en el Perú, pues permite la falta de emisión de normas generales por quien debía dictarlas, en el periodo 2017-2018.</p> <p>HE2: La regulación de un remedio procesal para la garantía constitucional por omisión, coadyuva al respeto de los derechos fundamentales de los grupos humanos vulnerables en el Perú, pues impide la omisión de normas generales por quien debía dictarlas, en el periodo 2017-2018.</p>	<p>SUPREMA CÍA CONSTITUCIONAL</p> <p>VI:</p> <p>PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN</p>	<p>Estado y sociedad.</p>	<p>Eficacia jurídica de la Norma Constitucional</p> <p>Ejecución de los principios constitucionales</p> <p>Consolidación del Estado Constitucional</p> <p>Mayor participación de la sociedad en el Estado Constitucional.</p>	<p>Poder Judicial, 04 docentes de la Facultad de Derechos y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Piura, Tumbes, Chiclayo y Lima expertos en derecho constitucional (01 por cada Universidad).</p> <p>3.- Diseño:</p> <p>Descriptivo -explicativo</p> <p>4.- Técnica e instrumentos de recolección de datos:</p> <p>Técnicas:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Encuesta - Cuestionario de preguntas de entrevista - Recopilación de análisis documental <p>Instrumentos:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Hojas de encuesta.
--	--	---	---	---------------------------	---	---

Fuente: Base de datos de autor, MG Percy Elmer León Dios

Anexo 5: Propuesta de fórmula de reforma constitucional

Se ha dado la Ley siguiente: “Reformar el artículo 200º de la Constitución Política del Estado de 1993, adicionándose el siguiente texto:

7. La Acción de inconstitucionalidad por omisión del constituyente o en los supuestos de omisión absoluta y relativa de derechos fundamentales reconocidos de manera expresa y/o implícita en la Constitución, que procede contra el legislador y/o autoridad administrativa, en su actuación como constituyente delegado o por no haber promulgado las normas de desarrollo necesarias para el disfrute de un derecho fundamental o por deficiencia en la formulación de una norma legal, también por falta de supervisión de constitucionalidad y de las acciones consecuentes sobre las normas vigentes que devienen en inconstitucionales y por falta de acatamiento de las sentencias exhortativas del Tribunal Constitucional. Mediante ésta acción el Tribunal Constitucional con sentencia interpretativa de principio e institucional o estructural, según corresponda, puede establecer el régimen jurídico transitorio del derecho omitido, configurándolo adecuadamente para su efectivo disfrute, el cual podrá ser modificado o sustituido por el legislador, según sus atribuciones, con estricta observancia de los principios de optimización, progresividad y no regresividad de los derechos constitucionales. La ley de la materia regula el proceso correspondiente”.

Anexo 6: propuesta de fórmula legal modificatoria del código procesal constitucional: “Proceso por acto Omisivo Inconstitucional”

Se ha dado la Ley siguiente: “Modificar el Código Procesal Constitucional aprobado mediante Ley N° 28237 e incorpórese como Título IX el “PROCESO POR ACTO OMISIVO INCONSTITUCIONAL, en el modo siguiente:

ARTÍCULO 1°.- COMPETENCIA

Es competente para conocer el proceso por acto omisivo inconstitucional a que se refiere el inciso 7 del artículo 200 de la Constitución Política del Estado, en única instancia, el Tribunal Constitucional.

ARTICULO 2°.- CAPACIDAD PARA COMPARECER AL PROCESO

Tienen capacidad para activar el proceso por acto omisivo inconstitucional cualquier ciudadano, las organizaciones sociales representativas de los sectores de la sociedad que acrediten ser agraviados con la omisión objeto de la demanda, los Colegios Profesionales, la Defensoría del Pueblo, los Gobernadores Regionales, los Alcaldes de las Municipalidades y el Presidente de la República.

Puede emplazarse con la demanda a cualquiera de los poderes o ramas funcionales del Estado, los Organismos Constitucionales autónomos y cualquier otra entidad del Estado, llamada en la Constitución de manera directa y/o implícita para la configuración de un derecho fundamental y/o la promulgación o emisión de disposiciones para el cabal y pleno ejercicio y goce del derecho fundamental materia de la demanda.

ARTÍCULO 3°.- DESARROLLO DE LA ACTIVIDAD PROCESAL

En el desarrollo de la actividad procesal por acto omisivo inconstitucional se procederá de la siguiente manera:

3.1. La demanda puede interponerse mientras dure la omisión inconstitucional que se denuncia, base de la demanda.

3.2. La demanda debe cumplir los requisitos previstos en los artículos 101 y 102 del Código Procesal Constitucional, concordante con los artículos 424° y 425° del Código Procesal Civil y demás, en lo que fueran aplicables.

3.3. Interpuesta la demanda se examinará la legitimidad y capacidad procesal y sustantiva del o la accionante, así como el cumplimiento de los presupuestos y condiciones de la acción, en un plazo que no excederá los diez días, emitiéndose el auto de calificación y admisibilidad o, en su caso, el auto de inadmisibilidad o improcedencia, según corresponda.

Si se dicta auto de inadmisibilidad por omisiones y/o incumplimiento de requisitos subsanables, se concederá un plazo no mayor de veinte (20) días para las enmiendas del caso, bajo apercibimiento de rechazarse la demanda y archivarse los antecedentes. Vencido el plazo sin haberse efectuado las enmiendas se hará efectivo el apercibimiento. La demanda podrá plantearse nuevamente cumpliendo los requisitos de Ley.

3.4. Admitida a trámite la demanda, se corre traslado a la (las) entidades estatales emplazadas para que se apersonen al proceso y contesten la pretensión postulada en un plazo de 20 días, conforme al artículo 107 del Código Procesal Constitucional, en lo que fuera aplicable, concordante con los artículos 442° y 444° del Código Procesal Civil, bajo apercibimiento de declararse la rebeldía y proseguir la causa según su estado. No es admisible reconvención.

3.5. Vencido el plazo, el Tribunal Constitucional, a través de la Sala que actúa realiza el juicio de existencia de causa, emitiendo el auto pertinente, a través del cual da a conocer a las partes y a la sociedad motivadamente la posible existencia o inexistencia del acto omisivo inconstitucional denunciado con la demanda.

En el supuesto de factibilidad de existencia de la inconstitucionalidad omisiva denunciada, señala fecha para la vista pública de la causa dentro de los quince días hábiles siguientes y puede convocar a ella a no más de tres *Amicus Curiae* especializados en el tema en debate para la mejor ilustración del Tribunal sobre la materia controvertida; sus conclusiones se presentan por escrito, incluyendo la propuesta de fórmula constitucional o normativa transitoria que debería aprobarse, según sea el caso, que se agregarán al expediente para su mérito.

Las partes pueden hacer uso de la palabra a la vista de la causa y presentar sus conclusiones escritas, que se agregarán al expediente para su mérito.

El auto que declara la existencia de causa posible es impugnabile con recurso de oposición, a fin de que el Tribunal reexamine la resolución cuestionada; la nueva resolución que se emita motivadamente es inimpugnabile.

3.6. Escuchados los informes de las partes solicitantes y de los *Amicus Curiae* en la vista de la causa, el Tribunal emite sentencia en el plazo máximo de veinte días, observando las garantías del debido proceso.

Si estimara la demanda, fija en la sentencia las reglas transitorias que regularán el ejercicio y disfrute del derecho constitucional no configurado y/o no reglamentado por la entidad demandada, así como sus alcances, y ordena su publicación en el Diario Oficial El Peruano para su vigencia y aplicación con valor erga omnes, similar a una ley.

El régimen legal-jurisdiccional fijado transitoriamente permanecerá vigente mientras la entidad vencida incumpla el mandato constitucional que originó el proceso, la que puede poner en vigencia un nuevo régimen legal que lo modifique o sustituya, con mayor protección y disfrute del derecho fundamental tutelado, respetando los principios de optimización y de progresividad y no regresividad de los derechos fundamentales, bajo responsabilidad; si no lo hace se entenderá de pleno derecho que ha hecho suyo el régimen establecido por el Tribunal para todos sus efectos.

Si el Tribunal desestima la demanda, ordenará el archivamiento de lo actuado; sin perjuicio de su facultad de emitir las exhortaciones y/o recomendaciones que considere convenientes orientado por los principios de fuerza normativa y supremacía de la Constitución y de los derechos fundamentales. En este caso, una vez comunicada oficialmente la decisión, el Legislativo o la autoridad administrativa requerida deberán agendar prioritariamente el tratamiento del requerimiento del Tribunal, para su estudio, debate y aprobación de lo que corresponda, según sus atribuciones constitucionales y legales en el menor tiempo posible; el desacato genera las responsabilidades de ley contra los funcionarios que hubieran ignorado el mandato jurisdiccional.

3.7. El Tribunal Constitucional tramita el proceso conforme a las reglas del proceso de inconstitucionalidad en lo que fuere aplicable. A la vista de causa se puede convocar a otros *Amicus Curiae* y las partes pueden informar oralmente; asimismo antes de emitir sentencia puede convocar a los técnicos que considere necesarios y recabar los informes pertinentes de cualquier entidad pública y/o privada, bajo los apercibimientos necesarios en el plazo que fije según las conveniencias del caso concreto.

3.9. DE LA EJECUCIÓN DE SENTENCIA

La sentencia emitida por el Tribunal Constitucional estimatoria es título de ejecución y podrá solicitarse la tutela urgente de ley.

La ejecución de lo resuelto en el proceso se llevará adelante emitiéndose el auto de cumplimiento por la Sala designada, quien queda autorizada a emitir las disposiciones necesarias, idóneas, pertinentes y congruentes, así como los requerimientos del caso, para la materialización del régimen jurídico transitorio dictado en la sentencia emitida en el proceso, bajo los apremios necesarios conforme a lo dispuesto en el artículo 59 y siguientes del Código Procesal Constitucional. Puede incluso designar una Comisión de Coordinación y seguimiento para el cabal cumplimiento de la sentencia.

Las impugnaciones contra los mandatos emitidos en ejecución de sentencia serán resueltos en única instancia por la Sala de ejecución, la que no podrá rebasar los límites de la sentencia que adquirió la calidad de cosa juzgada.

CUARTO.- VALOR DE LAS REGLAS

Las reglas emitidas al declararse la fundabilidad de la demanda tienen validez general o erga omnes en el territorio nacional, teniendo jerarquía constitucional y/o la validez de las normas del bloque de constitucionalidad, según corresponda; por lo tanto, cualquier beneficiario del derecho discutido puede apersonarse al proceso acreditando directamente su condición de tal, para su cumplimiento en el modo establecido precedentemente.

Nota: Luego el Legislador deberá corregir la numeración de los artículos posteriores en el Código Procesal Constitucional.

Anexo 7: Relación de algunas disposiciones constitucionales pendientes de reglamentación mediante ley de desarrollo constitucional.

- 1.- Art. 4: Ley de protección de los ancianos en situación de abandono.
- 2.- Art. 8: Ley que regula el uso de los tóxicos sociales
- 3.- Art. 14: Ley de colaboración de los medios de comunicación social en el servicio público de educación y formación moral y cultural.
- 4.- Art. 15: Ley de evaluación, capacitación, profesionalización y promoción del profesorado
- 5.- Art. 15: Ley de promoción y conducción o regencia de instituciones educativas.
- 6.- Art. 17: Ley de subvenciones de la educación privada.
- 7.- Art. 19: Ley de donaciones y becas con fines educativos en universidades, institutos superiores y demás centros educativos.
- 8.- Art. 20: Ley de colegiación profesional obligatoria.
- 9.- Art. 20: Ley que regula el derecho de los trabajadores a participar en las utilidades de la empresa y promueve otras formas de participación.
- 10.- Art. 36: Ley de asilo político.
- 11.- Art. 61: Ley antimonopolio.
- 12.- Art. 66: Ley orgánica sobre el aprovechamiento de los recursos naturales por particulares.
- 13.- Art. 72: Ley de Restricciones y prohibiciones temporales sobre adquisición, posesión, explotación y transferencia de bienes.
- 14.- Art. 74: Ley de exoneraciones tributarias.
- 15.- Art. 88: Ley de propiedad agraria y comunal.
- 16.- Art. 106: Ley Orgánica del Poder Judicial.

- 17.- Artículo 113 inciso 2: Ley de desarrollo sobre lo que debe entenderse por “permanente incapacidad moral” para que el Congreso declare la vacancia del presidente de la República.
- 18.- Art. 139 inciso 7: Ley de indemnizaciones por errores judiciales y detenciones arbitrarias.
- 19.- Art. 139 inciso 17: Ley de participación popular en el nombramiento y revocatoria de magistrados.
- 20.- Art. 146: Ley de tareas adicionales remuneradas de los Jueces.
- 21.- Art. 149: Ley de coordinación de la jurisdicción ordinaria y especial.
- 22.- Art. 152: Ley de elección de los jueces de primera instancia.
- 23.- Art. 175: Ley de fabricación de armas de guerra por la industria privada.
- 24.- Art. 184: Ley de proporciones para declarar la nulidad de elecciones municipales.
- 25.- Art. 190: Ley de descentralización.
- 26.- Art. 191: Ley de coordinación de gobiernos regionales y gobiernos municipales.
- 27.- Primera Disposición Final y Transitoria: Ley de topes de pensiones de jubilación que excedan una UIT.
- 28.- Primera Disposición Final y Transitoria: Ley de incremento de pensiones jubilatorias del S.N.P.
- 29.- Arts.- 130 a 136: Ley de límites para el ejercicio de la potestad de creación, modificación, supresión o exoneración de contribuciones y tasas por los gobiernos regionales y municipales.
- 30.- Ley que regula el ejercicio de los procedimientos de cuestión de confianza, interpelación, censura, disolución del Congreso y la responsabilidad política correspondiente.

A NIVEL REGIONAL –TUMBES

- 1.- Art. 192 inciso 4: Acuerdo Regional que regule el otorgamiento de autorizaciones, licencias y derechos sobre servicios de responsabilidad del gobierno regional.
- 2.- Art. 192 inciso 5: Acuerdo regional sobre la promoción del desarrollo socio económico regional.
- 3.- Art. 192 inciso 6: Dictado de normas inherentes a la gestión regional.
- 4.- Art. 192 inciso 7: Acuerdos regionales sobre el régimen para la promoción y regulación de actividades y/o servicios en materia de agricultura, pesquería, industria, comercio, turismo, energía, minería, viabilidad, comunicaciones, educación, salud y medio ambiente, conforme a ley.
- 5.- Art. 192 inciso 9: Presentación de iniciativas legislativas en asuntos de su competencia.
- 6.- Art. 192 inciso 8: Acuerdo regional sobre fomento de la competitividad, de las inversiones y la ejecución de proyectos y obras de infraestructura de alcance e impacto regional.

A NIVEL MUNICIPAL – TUMBES

- 1.- Art. 197: Acuerdo de Consejo sobre la promoción y reglamentación de la participación vecinal en el desarrollo local.
- 2.- Art. 195 inciso 7: Acuerdo de consejo regulando el fomento de la competitividad, las inversiones y el financiamiento para la ejecución de proyectos y obras de infraestructura local.
- 3.- Art. 195 inciso 8: Acuerdo de consejo que regule las actividades y/o servicios en materia de educación, salud, vivienda, saneamiento, medio ambiente, sustentabilidad de los recursos naturales.

CONTRALORÍA DE LA REPÚBLICA

- 1.- Art. 199: Resolución de contraloría que crea y organiza el sistema de control descentralizado y permanente.

OTROS TEMAS PENDIENTES DE LEY DE DESARROLLO CONSTITUCIONAL:

1. Matrimonio homosexual (Gutiérrez Ticse).
2. Las leyes de subsidiaridad del Estado para la inversión privada (Gutiérrez Ticse).
3. Ley de accesos a ciertos niveles de salud, educación, trabajo (Espinoza-Saldaña Barrera).
4. Si el presidente de la República en el último año de su mandato puede o no ser vacado (Espinoza-Saldaña Barrera).

Anexo 8: Informe de Originalidad Turnitin

Inconstitucionalidad omisiva en el Perú y la necesidad de un nuevo proceso de garantía para remediarla.

por Percy Elmer León Dios

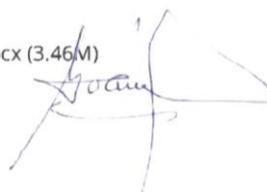
Fecha de entrega: 22-sep-2021 12:56p.m. (UTC-0500)

Identificador de la entrega: 1654880530

Nombre del archivo: INFORME_TESIS_Br._Percy_Elmer_Le_n_Dios.docx (3.46M)

Total de palabras: 40375

Total de caracteres: 229396



Inconstitucionalidad omisiva en el Perú y la necesidad de un nuevo proceso de garantía para remediarla.

INFORME DE ORIGINALIDAD

19% INDICE DE SIMILITUD	19% FUENTES DE INTERNET	1% PUBLICACIONES	5% TRABAJOS DEL ESTUDIANTE
-----------------------------------	-----------------------------------	----------------------------	--------------------------------------

FUENTES PRIMARIAS

1	www.tc.gob.pe Fuente de Internet	3%
2	repositorio.ucv.edu.pe Fuente de Internet	3%
3	issuu.com Fuente de Internet	1%
4	repositorio.untumbes.edu.pe Fuente de Internet	1%
5	qdoc.tips Fuente de Internet	1%
6	www.garciabelaunde.com Fuente de Internet	1%
7	vbook.pub Fuente de Internet	1%
8	www.idl.org.pe Fuente de Internet	1%
9	docplayer.es Fuente de Internet	



		1 %
10	documentop.com Fuente de Internet	1 %
11	www.corteidh.or.cr Fuente de Internet	1 %
12	www.elsevier.es Fuente de Internet	<1 %
13	aprendeonline.udea.edu.co Fuente de Internet	<1 %
14	es.scribd.com Fuente de Internet	<1 %
15	www.constitucion.es Fuente de Internet	<1 %
16	allanbrewercarias.com Fuente de Internet	<1 %
17	Submitted to UNIV DE LAS AMERICAS Trabajo del estudiante	<1 %
18	ezproxybib.pucp.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
19	Submitted to Universidad Sergio Arboleda Trabajo del estudiante	<1 %
20	grupoverona.pe Fuente de Internet	<1 %

Handwritten signature

21	www.scribd.com Fuente de Internet	<1 %
22	tc.gob.pe Fuente de Internet	<1 %
23	eprints.ucm.es Fuente de Internet	<1 %
24	pt.scribd.com Fuente de Internet	<1 %
25	eprints.uanl.mx Fuente de Internet	<1 %
26	docslide.com.br Fuente de Internet	<1 %
27	idoc.pub Fuente de Internet	<1 %
28	observatoriojusticiaconstitucional.uasb.edu.ec Fuente de Internet	<1 %
29	Submitted to Universidad Cesar Vallejo Trabajo del estudiante	<1 %
30	Submitted to Universidad Catolica Los Angeles de Chimbote Trabajo del estudiante	<1 %
31	repositorio.pucp.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
32	www.congreso.gob.pe	<1 %

Handwritten signature

	Fuente de Internet	<1 %
33	Submitted to Universidad Santo Tomas Trabajo del estudiante	<1 %
34	myslide.es Fuente de Internet	<1 %
35	repositorio.uasb.edu.ec Fuente de Internet	<1 %
36	doku.pub Fuente de Internet	<1 %
37	www.corrupcionenlamira.org Fuente de Internet	<1 %
38	Submitted to Universidad de Lima Trabajo del estudiante	<1 %
39	www.ombudsman.gob.pe Fuente de Internet	<1 %
40	www.cne.pt Fuente de Internet	<1 %
41	www.coursehero.com Fuente de Internet	<1 %
42	partidosinaloense.mx Fuente de Internet	<1 %
43	Submitted to Universidad ESAN -- Escuela de Administración de Negocios para Graduados	<1 %

Trabajo del estudiante

44	documents.mx Fuente de Internet	<1 %
45	Submitted to Universidad Nacional de Tumbes Trabajo del estudiante	<1 %
46	xdocs.net Fuente de Internet	<1 %
47	www.cajpe.org.pe Fuente de Internet	<1 %
48	constitucional.carpioabogados.com Fuente de Internet	<1 %
49	Submitted to Pontificia Universidad Catolica del Peru Trabajo del estudiante	<1 %
50	hdl.handle.net Fuente de Internet	<1 %
51	pirhua.udep.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
52	repositorio.uladech.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
53	www.web.onpe.gob.pe Fuente de Internet	<1 %
54	iuslatin.pe Fuente de Internet	<1 %

Handwritten signature

55	www.onp.gob.pe Fuente de Internet	<1 %
56	zadoco.site Fuente de Internet	<1 %
57	Submitted to Universidad Continental Trabajo del estudiante	<1 %
58	info.juridicas.unam.mx Fuente de Internet	<1 %
59	tesis.pucp.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
60	web.minjusticia.gov.co Fuente de Internet	<1 %
61	busquedas.elperuano.pe Fuente de Internet	<1 %
62	justiciaviva.org.pe Fuente de Internet	<1 %
63	repositorio.upci.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
64	yulemipachecozapata.blogspot.com Fuente de Internet	<1 %
65	www.siamazonia.org.pe Fuente de Internet	<1 %
66	www.researchgate.net Fuente de Internet	<1 %

Handwritten signature <1 %

67	www1.hcdn.gov.ar Fuente de Internet	<1 %
68	Ángela María Castro Jaramillo. "Derecho a la intimidad en las redes sociales de internet en Colombia.", Novum Jus, 2016 Publicación	<1 %
69	repositorio.upao.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
70	repositorio.upt.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
71	www.iepala.es Fuente de Internet	<1 %
72	www.monografias.com Fuente de Internet	<1 %
73	moam.info Fuente de Internet	<1 %

Escribir el te

Excluir citas Activo
Excluir bibliografía Activo

Excluir coincidencias < 15 words