

EL CONTROL DE LAS OMISIONES INCONSTITUCIONALES E ILEGALES EN EL DERECHO COMPARADO

(Reflexiones a propósito del caso peruano)

Edgar Carpio Marcos · Gerardo Eto Cruz

Prólogo: José F. Palomino Manchego

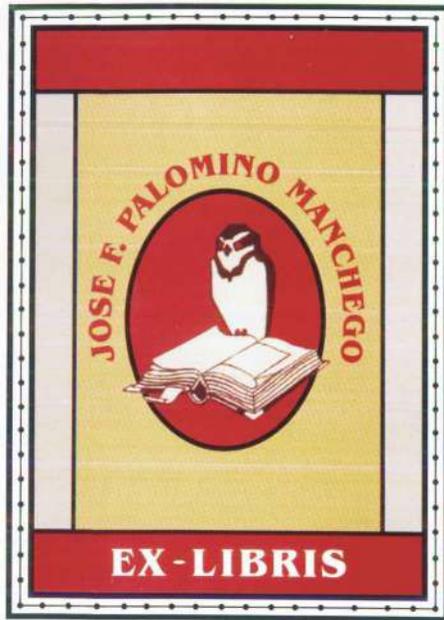


En la Ciudad del Constituyente

FUNDA_p

FUNDACIÓN UNIVERSITARIA DE DERECHO,
ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICA, S. C.

**Constitucionalismo y Derecho Público
estudios**



COLECCIÓN
CONSTITUCIONALISMO Y DERECHO PÚBLICO, ESTUDIOS

DIRECCIÓN
Rodolfo Vega Hernández, Alfonso Nava Negrete y Eduardo Ferrer Mac-Gregor

COORDINACIÓN TÉCNICA
José Luis García Vázquez

EL CONTROL DE LAS OMISIONES
INCONSTITUCIONALES E ILEGALES
EN EL DERECHO COMPARADO
(REFLEXIONES A PROPÓSITO DEL CASO PERUANO)

EDGAR CARPIO MARCOS – GERARDO ETO CRUZ

FUNDAp
FUNDACIÓN UNIVERSITARIA DE DERECHO, ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICA, S.C.
COLECCIÓN CONSTITUCIONALISMO Y DERECHO PÚBLICO, ESTUDIOS

2004

FUNDACIÓN UNIVERSITARIA DE DERECHO, ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICA, S.C.

DIRECTORIO

MA. MARCELA DÍAZ MARTÍNEZ
Presidenta

JOSÉ RODOLFO ARTURO VEGA HERNÁNDEZ
Director Editorial

HUMBERTO W. VÁZQUEZ RUBIO - CARLOS EDUARDO HERNÁNDEZ PÉREZ
Consejeros Académico-Editoriales

COLECCIONES

EMILIO SALIM CABRERA - GONZALO MARTÍNEZ GARCÍA
Directores de la Colección FUNDAp EMPRESA

RODOLFO VEGA HERNÁNDEZ - ALFONSO NAVA NEGRETE - EDUARDO FERRER MAC-GREGOR
Directores de la Colección Constitucionalismo y Derecho Público, estudios.

RODOLFO VEGA HERNÁNDEZ
Director de la Colección FUNDAp Derecho, Administración y Política

LUIS UGALDE MONROY - MARCELA DÍAZ MARTÍNEZ
JOSÉ LUÍS GARCÍA VÁZQUEZ - EDUARDO ALCOCER LUQUE - GIANCARLO PULIDO MACÍAS
Directores de la Colección FUNDAp CULTURA

JACQUELINE ZAPATA MARTÍNEZ - RODOLFO VEGA HERNÁNDEZ - JOSÉ LUIS GARCÍA VÁZQUEZ
EDILBERTO CERVANTES GALVÁN - RAQUEL TORAL CALO
Directores de la Colección FUNDAp EDUCACIÓN

JOSÉ RODOLFO ARTURO VEGA HERNÁNDEZ - CARLOS EDUARDO HERNÁNDEZ PÉREZ
JOSÉ ENRIQUE RIVERA RODRÍGUEZ - JOSÉ ARTURO RODRÍGUEZ OBREGÓN
Directores de la Colección FUNDAp Política y Administración Pública

AGUSTÍN ALCOCER ALCOCER - SALVADOR GARCÍA ALCOCER - SERGIO ZEPEDA GUERRA
Directores de la Colección FUNDAp Derecho Privado

RODOLFO VEGA HERNANDEZ
Director de la Colección FUNDAp Códigos, Leyes y Reglamentos

REVISTAS

ALFONSO NAVA NEGRETE
Director de la Revista de Estudios de Derecho Público

ROBERTO GÓNGORA RODRÍGUEZ
Director de la Revista Mexicana de la Calidad

EL CONTROL DE LAS OMISIONES
INCONSTITUCIONALES E ILEGALES
EN EL DERECHO COMPARADO
(REFLEXIONES A PROPÓSITO DEL CASO PERUANO)

EDGAR CARPIO MARCOS – GERARDO ETO CRUZ

PRÓLOGO DE JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO

FUNDAp
FUNDACIÓN UNIVERSITARIA DE DERECHO, ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICA, S.C.
2004

EL CONTROL DE LAS OMISIONES INCONSTITUCIONALES E ILEGALES EN EL DERECHO COMPARADO.
(REFLEXIONES A PROPÓSITO DEL CASO PERUANO)
Edgar Carpio Marcos- Gerardo Eto Cruz

Primera edición 2004 (1000 ejemplares)

<i>Producción</i>	FUNDAp
<i>Dirección</i>	José Rodolfo Arturo Vega Hernández
<i>Edición y formación</i>	Miguel Aguilar Carrillo
<i>Revisión técnica</i>	José Rodolfo Arturo Vega Hernández
<i>Correcciones</i>	Eduardo Alcocer Luque y Jesús Vallejo Mauricio
<i>Diseño de portada</i>	J. Francisco Martínez Zea

© Copyright 2004 para la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA DE DERECHO, ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICA, S.C.

5 de Mayo número 134, Centro Histórico
C.P. 76000, Santiago de Querétaro, Querétaro, México
Teléfonos (01 442) 2 12 39 31 y 2 14 15 02; fax: 2 12 47 07

Página Web:
www.fundap.com.mx

Correos electrónicos:
administracion@fundap.com.mx / ventas@fundap.com.mx
fundapventas@prodigy.net.mx / fundapadministracion@prodigy.net.mx / fundap@prodigy.net.mx

DERECHOS RESERVADOS

Miembro de la Cámara Nacional de la Industria Editorial Mexicana, reg. núm. 3167

ISBN: 968-5435-37-5

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos; ni su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo y por escrito del (os) titular(es) de los derechos.

Libro que admite diversidad de ideas, mismas que no coinciden necesariamente con FUNDAp. Las opiniones corresponden exclusivamente a su autor. Su publicación no implica en manera alguna que la Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, se solidarice con su contenido.

ÍNDICE

PRÓLOGO		13
---------	--	----

I. LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN		23
1. Introducción		23
2. Ubicando el problema		24
3. Ojeada preliminar de las distintas manifestaciones de inconstitucionalidad		26
3.1. Inconstitucionalidad material y formal		26
3.2. Inconstitucionalidad por acción y por omisión		27
3.3. Inconstitucionalidad total o parcial		27
3.4. Inconstitucionalidad originaria y sobreviniente		27
3.5. Inconstitucionalidad de normas constitucionales		29
4. La inconstitucionalidad por omisión en general y las omisiones legislativas en especial		30
4.1. Inconstitucionalidad por omisión <i>latu sensu</i>		30
4.1.1. Omisiones de actos políticos o de gobierno		30
4.1.2. Inconstitucionalidad por omisión indirecta		31
4.1.2.1. Ilegalidad por omisión		31
4.1.2.2. Omisiones de actos administrativos		32
4.1.2.3. Omisiones de la función jurisdiccional		32
4.1.2.4. Inconstitucionalidad por omisiones de las reformas constitucionales		33
4.2. Inconstitucionalidad por omisión en sentido estricto		33
4.2.1. Presupuestos de la inconstitucionalidad por omisión		34
4.2.2. ¿En el marco de todas las constituciones vigentes se pueden generar manifestaciones de inconstitucionalidad por omisión?		36
4.2.3. Diferencias entre la inconstitucionalidad por acción y la inconstitucionalidad por omisión		37
4.2.4. El sistema de jurisdicción constitucional en la fiscalización de la omisión inconstitucional		38
4.2.5. La razonabilidad del tiempo para editar la ley		39
4.2.6. Variantes de la omisión inconstitucional: la relevante y la parcial		41
4.2.7. ¿Existe responsabilidad del legislador por las omisiones en que incurre?		42
5. La inconstitucionalidad por omisión en el Derecho Comparado		44
5.1. Régimen constitucional de Alemania		44
5.2. Régimen constitucional de Portugal		46

5.3.	Régimen constitucional de Yugoslavia	47
5.4.	Régimen constitucional de Brasil	47
5.5.	Régimen constitucional de la Argentina. La provincia constitucional de Río Negro	49
6.	La inconstitucionalidad por omisión en el Perú	50
6.1.	Visión panorámica	50
6.2.	La jurisdicción constitucional en el texto de 1979	52
6.3.	El debate en el Proyecto de la Ley de Habeas Corpus y Amparo	53
6.4.	Los casos de inconstitucionalidad por omisión: un breve registro en el texto constitucional de 1979	56
6.5.	Mecanismos de fiscalización de la omisión inconstitucional en el sistema peruano	59
6.5.1.	La fiscalización indirecta	59
6.5.2.	La fiscalización directa	61
7.	Reflexiones finales	62
II.	UNA DEFENSA CONSTITUCIONAL: LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN	65
1.	Introducción	65
2.	Los pecados de la vida (y del derecho): De palabra, obra u omisiones	67
3.	Hacia una plenitud de vigencia de las normas constitucionales	68
4.	La inconstitucionalidad por omisión: Alcances del problema	69
5.	Presupuestos de la inconstitucionalidad por omisión	71
6.	Ubicándolo desde la otra orilla: Los que preconizan la inexistencia de la inconstitucionalidad por omisión	72
7.	Una ojeada en el Derecho Comparado	74
8.	Los mecanismos de fiscalización de las omisiones inconstitucionales	75
9.	Hacia una configuración de una acción de inconstitucionalidad por omisión	76
10.	Algunas propuestas conclusivas	78
III.	UNA PROPUESTA ESPECÍFICA DE REFORMA CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ: LA CREACIÓN DEL PROCESO CONSTITUCIONAL DE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN	81
1.	Introducción	81
2.	Los deberes y la responsabilidad jurídica del Estado	83
3.	Reubicando nuevamente la problemática: la inconstitucionalidad por omisión	85
4.	El legislador no es el único señor del Derecho	89
5.	Las permanentes omisiones: los derechos sociales	91
5.1.	Acerca de la constitucionalización de los derechos sociales	93
6.	El legislador motorizado: Hiperinflación intrascendente y una escasa vocación de cumplir con los mandatos constitucionales	93
7.	Tratamiento comparado	97
8.	Una experiencia frustrada: La Comisión de Estudios de las Bases de la Reforma Constitucional	99
9.	Hay un tiempo para disentir y otro para consentir: Es el momento de consentir una reforma constitucional impostergable: La acción de inconstitucionalidad por omisión	101
IV.	EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA ILEGALIDAD POR OMISIÓN EN EL DERECHO COMPARADO	103
1.	Introducción	103
2.	Antecedentes de la acción de cumplimiento en el Derecho Comparado	104

2.1. <i>Writ of Mandamus</i>		105
2.2. El contencioso administrativo de condena		106
2.3. Los mandamientos de ejecución del derecho constitucional provincial de Argentina		107
2.4. El <i>Mandado de Injunção</i> en el derecho procesal constitucional brasileño		108
2.5. La alegación de incumplimiento de preceptos constitucionales del derecho brasileño		110
3. La acción de cumplimiento en el constitucionalismo latinoamericano		112
3.1. La acción de cumplimiento en Colombia		112
3.2. La acción de cumplimiento peruana		115
4. Naturaleza de la acción de cumplimiento		116
4.1. Naturaleza procesal de la "acción" de cumplimiento		116
4.2. ¿Proceso constitucional?		117
V. LA INACTIVIDAD ADMINISTRATIVA Y ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO		121
1. Introducción		121
2. La inactividad administrativa: Inactividad formal e inactividad material de la Administración		122
3. Tipología de la inactividad material de la Administración		125
3.1. Por los alcances de su cumplimiento		125
3.1.1. Omisión total		125
3.1.2. Omisión parcial		125
3.2. Por el modo de afectación		126
3.2.1. Omisión absoluta		126
3.2.2. Omisión relativa		126
3.3. Por la naturaleza del mandato que se impone		126
3.3.1. Omisiones de actos debidos al ejercicio de potestades discrecionales		126
3.3.2. Omisiones de obligatorio cumplimiento		127
3.4. Por la condicionalidad o no del mandato		127
3.4.1. Omisiones derivadas de un mandato condicional		127
3.4.2. Omisiones derivadas de un mandato formulado incondicionalmente		128
3.5. En función de la complejidad de instrumentalización de la actuación administrativa		128
3.5.1. Omisiones derivadas de mandatos de instrumentalización compleja		128
3.5.2. Omisiones derivadas de mandatos de instrumentalización simple		129
3.6. Por la conservación o no de la inactividad administrativa		130
3.6.1. Inactividad administrativa subsistente		130
3.6.2. Inactividad administrativa insubsistente		130
3.7. Según la evidencia de la lesión		130
3.7.1. Arbitrariedad manifiesta de la inactividad administrativa		130
3.7.2. Inactividad administrativa de arbitrariedad no manifiesta		131
3.8. Por el origen del mandato		131
3.8.1. Inactividad derivada de un mandato previsto en una norma con rango de ley		131
3.8.2. Inactividad derivada de un mandato previsto en un acto administrativo		133
3.8.2.1. Criterio orgánico del acto administrativo		134
3.8.2.2. Criterio funcional del acto administrativo		134
3.8.2.3. Según el alcance del acto administrativo en relación a las personas		135

- 3.8.2.4. Por el ámbito jurídico en que los órganos de la administración desarrollan sus competencias | 136

VI. APÉNDICE: ¿REDIMENSIONAMIENTO DE LA ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO? LA CONFIGURACIÓN DEL PROCESO EN EL PROYECTO DE LEY DE REFORMA CONSTITUCIONAL DEL PERÚ DE 2002 | 137

1. La acción de cumplimiento en el Anteproyecto de Ley de Reforma Constitucional | 138
2. La acción de cumplimiento: ¿acción de inconstitucionalidad por omisión? | 138

BIBLIOGRAFÍA | 141

*"Si hay cláusulas (de la Constitución) que imponen funciones a ciertos órganos del Poder, la exigibilidad del deber de cumplir tales funciones no puede detenerse en el terreno de la responsabilidad política, sino que debe propiciarse también ante el poder judicial para que compruebe la **inconstitucionalidad por omisión** y la subsane. Urge sobremanera que las modernas cláusulas económico-sociales de las constituciones alcancen en los hechos la supremacía constitucional que la teoría constitucional contemporánea ha elaborado doctrinalmente y ha tecnificado positivamente".*

GERMÁN J. BIRDART CAMPOS

Para vivir la Constitución, Ediar, Buenos Aires 1984, p. 404

PRÓLOGO

1. LOS AUTORES Y SU PRESENCIA ACTIVA EN EL MUNDO ACADÉMICO

Mis colegas, duchos en la docencia y en el ejercicio de la profesión, GERARDO ETO CRUZ (Sullana, 10-IX-1959) y EDGAR CARPIO MARCOS (Lima, 11-XII-1968), me han pedido unas breves líneas prologales para el presente libro que han escrito con carácter sistemático, y que lleva por título *El control de las omisiones inconstitucionales e ilegales en el Derecho Comparado. (Reflexiones a propósito del caso peruano)*. Ni qué decir. Lo hago con mucho gusto por razones harto sabidas, destacando entre ellas las siguientes:

- a) *Producto de los años, con ambos he trabado una sólida, vieja y sincera amistad, y me atrevería a decir, sin mácula, que ha llegado a extenderse en el seno familiar; y además, porque,*
- b) *En el paisaje universitario, con ambos he realizado empresas editoriales publicando sobre diversos temas, en especial en la Academia de la Magistratura, donde imparten sus conocimientos, con otros colegas por indicación mía, en el Módulo de Derecho Constitucional, y porque están suficientemente artillados en cultura para que vuelen –ialto vuelos!– con sus propias alas en el campo científico y profesional.*

Es cierto que su constancia por seguir perfeccionando con soltura sus ideas, como por ejemplo, la estancia investigadora que realizaron en el mes de febrero de 1999, en el prestigioso Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, que dirige con acierto mi buen amigo DIEGO VALADÉS, les ha reafirmado su solvencia y personalidad para abordar materias poco trajinadas, como a las que ahora han dirigido la mirada y propuesto desarrollar. En buena medida, con conocimiento de causa, tal como tendremos ocasión de comprobar: la inconstitucionalidad por omisión y la acción de cumplimiento. Y, para concretarnos a lo que estamos abordando aquí, el título mismo demuestra que ETO CRUZ y CARPIO MARCOS, han recurrido –cuán importante es– al estrecho contacto del Derecho Comparado, donde el tema va *in crescendo*¹, para que de esa forma puedan consolidar la tarea emprendida.

¹ Tal como lo demuestran los profesores italianos GIUSEPPE MORBIDELLI, LUCIO PEGORARO, ANTONIO REPOSO y MAURO VOLPI en *Diritto Costituzionale italiano e comparato*, seconda edizione accresciuta e integrata,

De este modo, a la vista de las reflexiones arriba indicadas, pienso que las caracterizaciones más importantes y esenciales del avance del "movimiento constitucional peruano", donde destacan nítidamente la presencia de ETO CRUZ y CARPIO MARCOS, quiérase o no aceptar, son las siguientes:

- a) *Tratamiento académico sólido y sereno de los temas, y no puntos de vista partidarizado o político,*
- b) *Enfoque de investigación serio, elaborado y pensado con las mejores y más actuales fuentes bibliográficas, sin obviar a los clásicos,*
- c) *Pluralismo y amplio respeto a las posiciones de los demás colegas, aun cuando, como es natural, no las compartamos,*
- d) *Reuniones periódicas de trabajo en mesas redondas, coloquios, eventos, cursillos, congresos, seminarios, presentaciones de obras, etc.,*
- e) *Coexistencia pacífica de varias promociones, o mejor aún, de generaciones, a diferencia de lo que sucede en otras disciplinas, y*
- f) *Producción bibliográfica permanente, de libros, artículos y revistas.*

En otras palabras, hemos creado –descartando a los trepadores y a los oportunistas– una comunidad constitucional peruana académica, que sabe esperar el relevo de la antorcha, reconocida dentro y fuera del país, como lo ha atestiguado DIEGO VALADÉS en su reciente visita al Perú. Y de ella, sus más destacados valores y representantes, que provienen de promociones y centros universitarios distintos, se han juntado en una noble y compartida tarea cultural: enseñar y producir doctrina. Por lo pronto, ahora interesa señalar que se trata, ante todo, de una dedicación vocacional sin tregua, orientada de manera silenciosa, y que recae –reconozcámoslo– en la recia personalidad y magisterio de DOMINGO GARCÍA BELAUNDE. El Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana) y la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, de la cual CARPIO MARCOS es el secretario, giran bajo la delicada responsabilidad de GARCÍA BELAUNDE. Los frutos, cargados de significación constitucional, ya se están cosechando, ni más ni menos, sin regateos.

En virtud de esta bien cimentada argumentación, digamos en seguida que, GERARDO ETO CRUZ² proviene de las canteras del norte. Allá ha bregado, especialmente en la Universidad Nacional de Trujillo, y ha continuado la obra pionera de sus maestros, SIGIFREDO ORBEGOSO VENEGAS y VÍCTOR JULIO ORTECHO VILLENA. Pero los ha superado, pues ha trascendido el terruño y ha ido allende, proyectándose no sólo en Lima, sino en universidades del exterior. Al fin y a la postre, ya es sabido que los verdaderos maestros, tan sencillos como ellos, deberán sentirse satisfechos de haber cumplido su misión pedagógica: "enseñar a alguno algo" (*erudire allquem aliqua re*). En esta búsqueda los colegas de Lima lo hemos recibido muy bien, y así se forjaron lazos de fraternidad y de colaboración intelectual.

Monduzzi Editore. Bologna, 1997. También, *vid.* El reciente libro de LUCIO PEGORARO y ANGELO RINELLA. *Las fuentes en el Derecho Comparado. (Con especial referencia al ordenamiento constitucional)*. Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional. Lima, 2003. Antecede Presentación de DOMINGO GARCÍA BELAUNDE y Estudio Preliminar de JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO. Hay edición en italiano. De igual forma, GIUSEPPE DE VERGOTTINI. *Derecho Constitucional Comparado*, traducción del italiano e Introducción de PABLO LUCAS VERDÚ, 2a. ed. Espasa-Calpe. Madrid, 1985.

² De la personalidad y labor académica de ETO CRUZ me he ocupado con mayor amplitud en el Prólogo que redacté para su libro *Estudios de Derecho Constitucional*, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, Trujillo, 2001, págs. I-XXIV. También se ha publicado con el título "GERARDO ETO CRUZ y el Derecho Constitucional. (Algunas notas a propósito de su reciente libro)". En la Revista Jurídica del Perú. Año LII. Nº 31. Trujillo, 2002, pp. 143-156.

EDGAR CARPIO MARCOS, a su turno, pertenece a las más jóvenes vanguardias que está produciendo seriamente granado, y con rigor, sin olvidar su presencia compartida como docente calificado en la Universidad de Lima (sus primeros pasos de enseñante los dio en San Marcos) y como asesor competente en el Tribunal Constitucional. Todavía más. La deferencia que tengo hacia él –me complace mucho tener que decirlo– data desde su época de estudiante, cuando culminaba sus estudios en la Facultad de Derecho de la Universidad Particular San Martín de Porres, y me fue presentado por GARCÍA BELAUNDE, a través de una carta. De ahí en adelante, he seguido de cerca el rumbo de su producción bibliográfica. Cuando egresó, hace casi dos lustros, escribió un ameno y bien informado ensayo con el siguiente título: "Derecho Procesal Constitucional y Jurisdicción Constitucional"³, y que empezaba con la siguiente dedicatoria: "A JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO, con gratitud y afecto". De ahí que a CARPIO MARCOS, cuya generosidad ya se dejaba notar desde su etapa universitaria, le guardo un significativo agradecimiento, ahora bajo una nueva luz: como cordial colega y como docente responsable, talante puesto a prueba desde muy joven.

Sea de ellos lo que fuere, la presencia de ETO CRUZ y CARPIO MARCOS significa que por encima de generaciones, de distancias geográficas, y diferentes orígenes culturales, ha primado el amor al saber riguroso y desinteresado, la búsqueda de las mejores fuentes, la bondad para la comunicación humana, la seriedad en la carrera académica y el culto al Estado de Derecho. Hecha esta reserva, por esa y por muchas otras razones y excelencias, ETO CRUZ y CARPIO MARCOS son valores profesionales de primera línea, por encima de la corta distancia generacional que los une, y porque son intelectuales de vocación y de respeto, que prestan importantes servicios a la cultura jurídica en América Latina, y no meros espectadores o simples improvisados.

Puntualicemos aquí, que en fecha reciente, el día 20 de diciembre de 2002 nos encontrábamos en México, D.F., con DOMINGO GARCÍA BELAUNDE y ANÍBAL QUIROGA LEÓN en compañía del querido profesor mexicano HÉCTOR FIX-ZAMUDIO, de su esposa MARÍA CRISTINA y de su discípulo EDUARDO FERRER MAC-GREGOR, compartiendo una agradable sesión de trabajo ("encuentro gastronómico de fin de año", manifestó el amparista mexicano) en el restaurante "Flor y Canto". Los profesores peruanos habíamos sido invitados para dictar dos conferencias en la División de Estudios de la Unidad de Posgrado de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, por el colega GUMESINDO GARCÍA MORELOS; y en el Poder Judicial del Estado de Tlaxcala, por su presidente JOSÉ RUFINO MENDIETA CUAPIO.

Entre los diversos comentarios que se hacían, el maestro FIX-ZAMUDIO⁴ nos expresó –hecho que no tiene nada que ver con lo que escribo– que en estos últimos tiempos había redactado muchos prólogos. Y, entre bromas y veras, dijo que iba a poner en la puerta de su despacho universitario un letrero que diga: "Se hacen prólogos". Cabe anotar aquí otro punto de interés: recordó también que le era muy fácil llegar a la conocida Librería Siglo XXI, pues sólo tenía que cruzar la calle, ubicada en la Delegación Coyoacán.

³ El artículo de CARPIO MARCOS se publicó en *El Jurista*. Año II. N° 6. Lima, 1992, pp. 52-61.

⁴ FIX-ZAMUDIO también nos recordó su estancia en Lima, en el mes de mayo de 2001. Asimismo, lo felicitamos por la reciente distinción que le otorgó el Senado mexicano y por su nombramiento como *Profesor Honoris Causa* de la Universidad Complutense de Madrid. De igual forma, se le puso al corriente del libro en su honor que estaría coordinado por ANÍBAL QUIROGA LEÓN y EDUARDO FERRER MAC-GREGOR.

Traigo a remembranza esta anécdota por cuanto el presente y laborioso libro va dirigido precisamente a la pantalla de los atentos lectores mexicanos. Y la comunidad académica constitucional mexicana está identificada con la comunidad constitucional peruana, en especial a través del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, y de los permanentes congresos internacionales que ha montado el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

2. ELABORACIÓN Y CONTENIDO DEL LIBRO: BREVE ANÁLISIS

Ahora bien, nadie más claro y expresivo que LUIS RECASÉNS SICHES, cuando escribe que "la misión de un prólogo no es proceder a una confrontación entre el pensamiento del autor y el del prologuista, para determinar el área de concordancia y el margen de divergencia entre ambos, sino que la tarea que un prefacio debe intentar es la de ofrecer un conocimiento sobre algunos de los caracteres del libro, y dirigir la atención del lector hacia las mejores cualidades de la obra"⁵. A continuación, trataré de seguir someramente las reflexiones y sugerencias del antiguo catedrático compostelano de Filosofía del Derecho.

En una palabra, la construcción del presente libro –lleno de trascendencia y permanente actualidad– está desarrollado en cinco tramos, incluyendo un apéndice. Los autores, previa coordinación y convenientemente instruidos, se han dividido la tarea de redacción. Así, los capítulos I, II y III son de autoría de ETO CRUZ. Y los capítulos IV, V y VI –este último en realidad es un apéndice muy sustancioso– le corresponde a la pluma de CARPIO MARCOS. Pasemos a examinar cada uno de ellos.

En el Capítulo I titulado "La inconstitucionalidad por omisión", ETO CRUZ, recordando a HANS KELSEN, sostiene que el Jefe de la *Wiener Schule*, no sólo abocetó el tema del control de la constitucionalidad de las leyes (inconstitucionalidad por acción), sino también la inconstitucionalidad por omisión (que consiste en un no hacer algo normativamente predeterminado). Luego, apoyado en GERMÁN J. BIDART CAMPOS⁶, pone de relieve los replanteos en el marco netamente jurídico. A continuación anota las clases de inconstitucionalidad: a) material y formal, b) por acción y por omisión, c) total y parcial y d) originaria y sobreviniente.

Los dos ejemplos que con acierto pone ETO CRUZ, entre tantos otros, a tenor de la Constitución de 1979, demuestra que en nuestro ordenamiento jurídico la problemática de la inconstitucionalidad sobreviniente que por aquella época ya era materia de atención. Bien hace nuestro autor en recurrir a las luces de la experiencia extranjera para indicar con claridad que en Alemania, Portugal, la ex-Yugoslavia, Brasil y Argentina (en la Constitución Provincial de Río Negro) el tema es de preferente atención, sin ningún tipo de miramientos. Además el Perú, en mérito de las constituciones que han regido nuestra vida republicana, desde el Código Político de 1823 hasta la actualidad.

⁵ Así lo hace notar Recaséns Siches en el Prólogo que escribe al libro de AGUSTÍN BASAVE FERNÁNDEZ DEL VALLE. *Teoría del Estado. (Fundamentos de Filosofía Política)*. 4a. ed. Jus. México, D.F., 1976, p. VIII.

⁶ A propósito, *vid.* VÍCTOR BAZÁN. "Nuevamente sobre las omisiones inconstitucionales" En JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO y JOSÉ CARLOS REMOTTI CARBONELL (Coordinadores). *Derechos Humanos y Constitución en Iberoamérica. (Libro-Homenaje a Germán J. Bidart Campos)*. Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional. Lima, 2002, pp. 127-142.

En el capítulo II denominado "Una defensa constitucional: La acción de inconstitucionalidad por omisión", ETO CRUZ emprende la tarea de encontrar los presupuestos, requisitos o elementos constitutivos, una especie de *conditio sine qua non* de la inconstitucionalidad por omisión: a) que el no cumplimiento o desarrollo de la Constitución derive de la violación de una norma específica, b) que dicha norma constitucional no sea exigible en sí misma (operativa), sino de naturaleza estrictamente programática, y c) que en las circunstancias concretas de la producción legislativa falten las medidas necesarias para tornar exigibles dichas normas. Seguidamente, recuerda ETO CRUZ a los que no toman partido por la inconstitucionalidad por omisión, ya sea "impropia" (JAVIER PÉREZ ROYO) o "falacia" (MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO). En el caso del catedrático de Sevilla, PÉREZ ROYO, su acerva crítica puede resumirse así: "La inconstitucionalidad por omisión no existe. Cuando hablamos de inconstitucionalidad por omisión estamos hablando en un sentido figurado y no haciendo referencia a un fenómeno real del universo jurídico en el que nos movemos"⁷.

El tratamiento de la materia, lo desarrolla ETO CRUZ en dos áreas: a) por los sistemas constitucionales que la han positivizado: la ex-Yugoslavia, Portugal, Brasil, Argentina, Costa Rica, Hungría y Venezuela, y b) por el conducto de la creación jurisprudencial a través de los tribunales constitucionales –piezas claves en el desarrollo de los actuales estados de derecho– en especial a tenor de la labor innovadora que materializa la *Corte Costituzionale* de Italia⁸, mediante los diversos tipos de sentencias: interpretativas, de recomendación o encargos al legislador y aditivas. De tal suerte, sostiene ETO CRUZ, que las omisiones inconstitucionales se expresan a través de dos mecanismos de fiscalización: a) Mecanismo directo, mediante la acción de inconstitucionalidad por omisión, y b) Mecanismos indirectos, de carácter muy débil, a través del derecho de petición e iniciativa popular en la formación de las leyes.

A los anteriores argumentos, ETO CRUZ propone en esta oportunidad interesantes conclusiones producto de serias reflexiones, tales como por ejemplo, que la jurisdicción constitucional cuente con mecanismos específicos frente a la inercia del legislador: la acción de inconstitucionalidad por omisión. Para lo cual, dicho proceso deberá tener algunos rasgos característicos, como son su regulación normativa a través del texto constitucional; además que la actividad recaiga en los tribunales constitucionales o salas constitucionales de las cortes supremas (Poder Judicial); de igual forma, la fuerza obligatoria de la sentencia estimativa⁹ y en fin, que la legitimidad procesal debe recaer en los que tienen la potestad de postular demandas de inconstitucionalidad.

En el capítulo III que lleva como título "Una propuesta específica de reforma constitucional en el Perú: la creación del proceso constitucional de la acción de inconstitucionalidad por omisión", ETO CRUZ, abundando en estas mismas ideas, replantea y explora la problemática, en tanto

⁷ JAVIER PÉREZ ROYO, voz "Inconstitucionalidad por Omisión". En MANUEL ARAGÓN REYES (Coordinador). *Temas básicos de Derecho Constitucional*. T. I. Civitas. Madrid, 2001, p. 66.

⁸ Dada la importancia de la judicatura constitucional italiana, *vid.* CARLA RODOTA. *Storia della Corte Costituzionale*. Laterza. Roma-Bari, 1999.

⁹ Al respecto, *vid.* MA. DEL CARMEN BLASCO SOTO. *La sentencia en la cuestión de inconstitucionalidad*. José María Bosch. Barcelona, 1995. Antecede Prólogo de ERNESTO PEDRAZ PENALVA; y FRANCISCO DÍAZ REVORIO. *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional. (Significado, tipología, efectos y legitimidad. Análisis especial de las sentencias aditivas)*. Lex Nova. Valladolid, 2001. Antecede Prólogo de LUIS LÓPEZ GUERRA.

cuanto es un permanente desafío para el pensamiento constitucional, en especial para el Derecho Constitucional Comparado. Siguiendo al magistrado (*giudice*) de la *Corte Costituzionale* italiana GUSTAVO ZAGREBELSKY, bien recuerda ETO CRUZ que en la actualidad los estados constitucionales han reconocido la excepcional importancia de la función jurisdiccional: hoy ningún poder es "señor del Derecho", en la inteligencia de que tal poder u órgano del Estado puede apropiarse o disponer del Derecho. Pero, entiéndase que ETO CRUZ deja sentir su preocupación por las permanentes omisiones en los derechos sociales. Para lo cual recurre a algunos ordenamientos jurídicos como son el de Portugal (Constitución de 1976 y su posterior reforma) o el de Brasil (Constitución de 1978) donde realmente se afronta y se supera el problema.

Su experiencia reciente como miembro de la Comisión de Estudios de las Bases de la Reforma Constitucional, nombrada por el presidente VALENTIN PANIAGUA CORAZAO, no la ha dejado de lado. Y recuerda que al abordarse la inconstitucionalidad por omisión hubo resistencia y críticas enfiladas de ciertos miembros para consagrar a dicha institución en el texto que elaboraron. Dígase lo que se quiera, surgen, entre varias, las siguientes interrogantes: ¿O la Política o el Derecho? ¿Potestad intensamente discrecional del legislador? ¿Cuestiones políticas no justiciables (*political questions*)? ¿Capítulo en permanente y eruptiva elaboración, donde confrontan posiciones conservadoras frente a posturas activistas que reclaman un mayor protagonismo judicial? ¹⁰ ¿Orfandad en las decisiones de la política legislativa? ¿Situación o conducta antijurídica del legislador? ¿Inactividad e inconstitucionalidad del legislador? ¿Cuándo puede tildarse una omisión como inconstitucional? ¹¹ ¿Es inocuo el silencio del legislador, o, por el contrario, el silencio es una manera de *hacer política* y que también tiene graves consecuencias jurídicas? ¹² ¿Incumplimiento y pasividad de un deber jurídico? ¿Comportamiento pasivo y lesivo del legislador? ¿Indolencia del legislador? ¿Desvalorización de la función legislativa?

A todo ello hay que añadir las dificultades de estudio, que señala FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. He aquí formuladas de manera sucinta: a) Escasa literatura, b) Oscuridades conceptuales, c) Conexiones con cuestiones jurídicas y d) Condicionamientos extrajurídicos ¹³. Sin exceso podría decirse que

¹⁰ Vid. NESTOR PEDRO SAGÜÉS. "Instrumentos de la Justicia Constitucional frente a la Inconstitucionalidad por Omisión". EN JUAN VEGA GÓMEZ y EDGAR CORZO SOSA (Coordinadores). *Instrumentos de tutela y justicia constitucional*. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. UNAM. México, 2002, p. 618.

¹¹ Siguiendo a JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTHILO, FERNÁNDEZ SEGADO recuerda que la omisión legislativa inconstitucional es el incumplimiento de mandatos constitucionales permanentes y concretos. Para lo cual, nos remitimos a su artículo: "La Inconstitucionalidad por Omisión: ¿Cauce de tutela de los derechos de naturaleza socioeconómica?". En AA.VV. *Estudios jurídicos en Homenaje al profesor AURELIO MENÉNDEZ*. Civitas. Madrid, 1996, pp. 4286-4287.

¹² Tal interrogante es la que se plantea, por ejemplo, IGNACIO VILLAVERDE MENÉNDEZ en su obra *La Inconstitucionalidad por Omisión*. McGraw-Hill. Madrid, 1997, p. 1.

¹³ Cfr., JOSÉ JULIO FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. *La Inconstitucionalidad por Omisión*. (Teoría general. Derecho comparado. El caso español). Civitas. Madrid, 1998, pp. 38-45. Antecede Prólogo de FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO. Incluye *in fine* bibliografía selecta. Como afirma NESTOR PEDRO SAGÜÉS, el libro de FERNÁNDEZ

ETO CRUZ llega a la conclusión, valiosa por sí misma, de que no existe el más mínimo asomo de incorporar un instrumento específico de remedio jurisdiccional, a fin de conjurar las omisiones normativas en que incurre el órgano legislativo competente. Viene la reflexión final: "cada quien lleva agua para su molino".

A continuación, CARPIO MARCOS en el capítulo IV etiquetado "El control jurisdiccional de la ilegalidad por omisión en el Derecho Comparado"¹⁴, precisando muy bien la nomenclatura, demuestra que la Constitución de 1993 ha reconocido *strictu sensu* a la acción de cumplimiento como proceso constitucional cuando, en realidad, no tiene por objeto resolver controversias derivadas de la aplicación y vigencia de la Constitución. Prosiguiendo, CARPIO MARCOS analiza prolijamente los antecedentes de la institución en el Derecho Comparado, su naturaleza, la clase de inactividad que da origen al proceso, para después proponer tentativamente algunas tipologías de las omisiones susceptibles del control mediante este proceso.

Luego, por lo que toca al capítulo V, intitulado "La inactividad administrativa susceptible de control mediante la acción de cumplimiento", CARPIO MARCOS esboza la diferencia que hay entre inactividad formal e inactividad material de la administración. Así, la primera es entendida cuando al cabo de un procedimiento administrativo, o como consecuencia del derecho de petición por el administrado, los funcionarios, autoridades u órganos de la administración no contestan o resuelven lo que se solicita, no obstante existir un deber de hacerlo. Mientras que en la segunda, al margen de un procedimiento administrativo, se genera un no hacer que es exigido por la ley o en un acto administrativo.

Muy en línea con lo anterior, CARPIO MARCOS se ocupa también de los diversos aspectos de la inactividad material de la Administración: a) por los alcances de su incumplimiento, b) por el modo de afectación, c) por la naturaleza del mandato que se impone, d) por la condicionalidad o no del mandato, e) en función de la complejidad de instrumentalización de la actuación administrativa, f) por la conservación o no de la actividad administrativa, g) según la evidencia de la lesión, y h) por el origen del mandato. A lo dicho sólo podemos agregar que tal clasificación de conductas omisivas es válida, máxime si recoge el sentir de la doctrina extranjera, y el *modus operandi* del tema, en cada uno de los ordenamientos jurídicos foráneos¹⁵.

Finalmente, por lo que hace al capítulo VI rotulado "¿Redimensionamiento de la acción de cumplimiento?: La configuración del proceso en el Proyecto de Ley de Reforma Constitucional del Perú de 2002", CARPIO MARCOS analiza a la acción de cumplimiento tanto en el Anteproyecto de la Ley de Reforma Constitucional de abril de 2002, como en el Proyecto de Reforma Constitucional de julio de 2002, ambos elaborados por la Comisión de Constitución del Congreso peruano. Luego de

RODRIGUEZ, constituye probablemente el trabajo más exhaustivo en lengua española sobre el tema.

¹⁴ El tema, CARPIO MARCOS ya lo había abordado desde su época de estudiante cuando ganó el Primer Concurso de Ensayo Jurídico "EDUARDO J. COUTURE", siendo alumno del quinto año de Derecho en la Universidad de San Martín de Porres. *Vid.*, para mayor detalle, su artículo. "La Inconstitucionalidad por Omisión Legislativa. A propósito de la Jurisdicción Constitucional en el Perú". En *El Jurista*. Año I. No. 1. Lima, 1991, pp. 89-104.

¹⁵ En el caso planteado, para una perspectiva *in extenso*, en especial para el incumplimiento estatal (inactividad del legislador) en el ordenamiento comunitario (Estados de la Unión Europea) y en su dimensión autonómica (Estado Autónomo), *vid.* MARCOS GÓMEZ PUENTE. *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control*. McGraw-Hill. Madrid, 1997. Antecede Prólogo de LORENZO MARTÍN-RETORTILLO BAQUER.

asentar su inquietud, se pregunta lo siguiente: ¿La acción de cumplimiento es una acción de inconstitucionalidad por omisión? Daremos cima a este punto diciendo que el tiempo establecerá claramente ¿cuál es el alcance y el contenido de cada una de las figuras jurídicas en nuestra realidad constitucional? Mientras tanto, la jurisprudencia trata de encauzarlas, buscando aclarar la comprensión del problema, en el marco constitucional y legal ¹⁶.

3. ¿QUÉ FUTURO LES ESPERA A LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN Y A LA ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO?

Llegados hasta aquí, es correcto decir que los conceptos y las categorías del derecho procesal constitucional, en el umbral del tercer milenio, se van incrementando y reconociendo en los textos constitucionales escritos y/o normativos. Por lo que se refiere a la inconstitucionalidad por omisión ("instituto de elevadísimo interés" lo tilda FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, y "fenómeno complejo" lo denomina ETO CRUZ), hemos de sostener que tal es el estado de cosas en el campo constitucional, visto y analizado con perspectivas y proyección por alguien que conoce y domina la materia, como es el caso de ETO CRUZ.

Al respecto, cabe hacer una observación última. La Constitución, en tanto que tal, es norma jurídica (*norma normarum y/o Lex legum*), postula su cabal cumplimiento por los detentadores y los destinatarios del poder. Pero, por lo mismo, como anota MARÍA SOFÍA SAGÜES: "Un cauteloso y sesudo procedimiento de control de las 'omisiones inconstitucionales', no atenta contra la división de funciones del Estado, sino que por el contrario, es el adecuado elemento de eficacia y medio indispensable a los fines de generar el respeto del orden jurídico dentro de la sociedad" ¹⁷.

Y, en cuanto concierne a la acción de cumplimiento ¹⁸, diremos que el tema es de gran actualidad, especialmente su debate incierto dentro de la mentada reforma constitucional que se está realizando en el Congreso de la República: ¿desaparece y luego aparece en la redacción del texto? Empero, habría que fijar algunos pasajes para que su encuadre y carta de naturaleza constitucional camine sin aspavientos, en especial a través de la legislación procesal y de la jurisprudencia: a) Se trata de un proceso constitucional impropio, b) procede contra la abstención administrativa por

¹⁶ CARPIO MARCOS ya lo estimaba así, cuando escribía que la judicatura "dará nuevas luces sobre el tema". *Cfr.*, su artículo. "¿Procede el amparo contra la omisión de actos legislativos?". En Anuario Jurídico, del cual era director. Año I. No. 1. Lima, 1991, p. 180.

¹⁷ *Cfr.*, MARÍA SOFÍA SAGÜES. "Garantías de control de inconstitucionalidad por omisión". En EDUARDO FERRER MAC-GREGOR (Coordinador), *Derecho Procesal Constitucional*. T. III, 3a. ed. Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C. México, 2002, p. 2537. Antecede Prólogo de HÉCTOR FIX-ZAMUDIO.

¹⁸ *Vid.* EDGAR CARPIO MARCOS. "La Acción de cumplimiento (con especial referencia al caso peruano)". En EDUARDO FERRER MAC-GREGOR. *Derecho Procesal Constitucional*. Cit. T. II, pp. 1717-1757. Desde la óptica comparada, *vid.* FRANKY URREGO ORTIZ. *La Acción de Cumplimiento. (Estudio en el sistema jurídico colombiano. Análisis normativo y jurisdiccional)*. Unigrama-Fundación Universitaria Agraria de Colombia. Bogotá, 2001.

omisión o por inactividad material, y como tal, procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, c) no procede contra particulares, d) no procede contra autoridades judiciales, e) protege derechos objetivos, abstractos y genéricos y f) la jurisprudencia del Tribunal Constitucional establece que la acción de cumplimiento es un proceso orientado a materializar las obligaciones derivadas de una ley o de un acto administrativo, respecto de los cuales existe renuencia por parte de cualquier autoridad o funcionario.

Ahondando las reflexiones, anotemos ahora dos serias opiniones. En carta reciente, que me ha remitido VÍCTOR BAZÁN, sostiene que: "La corrección de la inconstitucionalidad omisiva y la acción de cumplimiento, adaptadas a las particularidades del sistema jurídico en el que se las pretenda aplicar y de acuerdo con el respectivo radio de acción de cada una de ellas, constituyen alternativas válidas para eludir la mediatización de la Ley Fundamental o de la normativa legal o infralegal pertinente, a causa de la renuencia, desidia o inoperancia del legislador o de los demás funcionarios o autoridades públicas, acudiendo en defensa de la normativa constitucional o subconstitucional ilegítimamente bloqueadas. Específicamente en el caso de la primera de las instituciones nombradas, puede oficiar como útil vehículo para salvaguardar la supremacía constitucional y operativizar la tantas veces alegada fuerza normativa de la Constitución. Por último, y en finalidad aglutinante y predicable de ambas categorías, resultan útiles para evitar que, en definitiva, se desvanezcan los legítimos derechos o intereses de la persona". De igual forma, en reciente correspondencia FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ me hacía notar lo siguiente: "En los últimos años los estudios doctrinales sobre la figura de la inconstitucionalidad por omisión han sedimentado su fundamento y perfiles, aunque no definitivamente. Sin embargo, ello no ha tenido repercusión en la práctica, que sigue dándole la espalda y limitándose, como mucho, para enfrentarse a los problemas de falta de desarrollo de la Carta Magna, a acudir a alguna sentencia atípica del órgano de justicia constitucional".

Pero, dejemos que los lectores mexicanos se encarguen de comprobar personalmente lo hasta aquí dicho, cuando empiecen a leer las páginas del presente libro. Haber llevado a cabo diversos estudios con decisión y firmeza, como libro y en sucesivos órdenes, CARPIO MARCOS y ETO CRUZ no hacen otra cosa que corroborar que están entre los pioneros en el Perú (conjuntamente con DOMINGO GARCÍA BELAUNDE, ELVITO RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, CARLOS MESÍA RAMÍREZ, JUAN CARLOS MORÓN URBINA, y últimamente VÍCTOR GARCÍA TOMA), de dos temas poco entendidos y nada sabidos por el operador político. El defecto del legislador, el control de la pasividad o mejor dicho la indolencia del legislador, anótese, tarde o temprano tendrá que ser superado. Mientras que, es justo reconocerlo, el operador intérprete ya empieza a comprender su magnitud e importancia, tal como lo demuestra la jurisprudencia que se comienza a larvar en el Poder Judicial y en el Tribunal Constitucional.

En fin, admiro la persistencia de mis dilectos amigos ETO CRUZ y CARPIO MARCOS por seguir escribiendo y meditando ideas directrices sobre las materias que se han propuesto desarrollar, y que hasta ahora se hallaban en el dique seco. De esta forma, esperamos que se despierte la inercia o el ocio del legislador¹⁹, que cada día –es harto sabido– anda en un mar de confusiones. Además,

¹⁹ Por todo ello, no es extraño que, como sucede en México, el tema se siga ensanchando en el ámbito constitucional. Al respecto, *vid.* JOSÉ JULIO FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. "La omisión legislativa en el Estado de Veracruz-Llave en el marco de la teoría general de dicho instituto". En Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Coordinador). *Derecho Procesal Constitucional*. T. III. Cit., pp. 3057-3073.

desde otro flanco, deseamos que el debate académico se encarne bien en el Congreso de la República, y no sea reemplazado por la virulencia. Sea como sea, estoy seguro que la permanente tenacidad y vivo aporte de cada uno de ellos, no será *vox clamantis in deserto*, como es el hecho de que el presente libro que lanzan, novísima aportación de los autores, con el singular título de *El control de las omisiones inconstitucionales e ilegales en el Derecho Comparado. (Reflexiones a propósito del caso peruano)*, sea acogido con éxito, en su primera edición, en la hermana República de México.

JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO*

* Profesor de Derecho Constitucional y Teoría del Derecho de las Universidades Nacional Mayor de San Marcos y de Lima, y de la Academia de la Magistratura. Profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Secretario Ejecutivo del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana).

I

LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN (*) (**)

A GERMÁN J. BIDART CAMPOS:
eminente constitucionalista latinoamericano

1. INTRODUCCIÓN

Desde el punto de vista gramatical, "omisión" significa, entre otras cosas, la "falta, por haber dejado de hacer algo necesario en la ejecución de una cosa o por no haberla ejecutado". También alude en otra acepción a la "flojedad o descuido de quien está encargado de un asunto" (*Diccionario de la Lengua Española*, 22a. ed. Madrid, 2001, p. 1620).

Esta noción semántica del término, en rigor, no está alejada de la que el derecho le asigna, salvando desde luego su uso en las diferentes vertientes disciplinarias de las ramas jurídicas. En efecto, en el Derecho la *omisión* tiene suma relevancia por las *consecuencias jurídicas* que ella puede generar. Por ejemplo, en el campo del derecho penal, casi todos los delitos pueden ser ejecutados por comisión como por omisión. Esto último se configura como los delitos de "*comisión por omisión*", en virtud del cual el autor infringe una hipótesis delictiva porque no realiza la acción

* Ponencia sustentada en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Constitucional, realizado entre los días 26 al 30 de Agosto de 1991, en la ciudad de Arequipa.

** El tema de la inconstitucionalidad por omisión fue planteado en el Perú por DOMINGO GARCÍA BELAUNDE y a partir de allí se han realizado contadas reflexiones en torno a esta problemática constitucional. Así, ALBERTO BOREA ODRÍA en su obra "El Amparo y el *Habeas Corpus* en el Perú de Hoy". Lima, 1986 da cuenta (187-189 pp.) del "ocio legislativo" en que incurre el Parlamento, planteando cuestiones altamente polémicas. Igualmente JUAN CARLOS MORÓN URBINA ha escrito un breve artículo titulado "La omisión legislativa como un caso de inconstitucionalidad" en la Revista Jurídica del Perú. Año XXXIX.No. III-IV. Julio-diciembre. Lima, 1988, pp. 349-356. Por otro lado EDGARD CARPIO MARCOS ha escrito "La Inconstitucionalidad por omisión legislativa: a propósito de la Jurisdicción constitucional" en Rev. El Jurista. Año 1. No. 1. Enero de 1991, pp. 89-104. Igualmente ha sido abordado por HUGO RODRÍGUEZ B. en "Los derechos laborales en la dimensión de los derechos humanos". CEAL. Lima, 1989. Nosotros igualmente y con anterioridad ya hemos dado cuenta de esta problemática a nivel de un caso concreto en torno a la pluralidad de formas de celebración de matrimonios previsto en la Constitución peruana en nuestro trabajo *Derecho de Familia en la Constitución y el nuevo Código Civil*. Marsol Perú Editores. Trujillo, 1989, pp. 41-54. Igualmente en un brevísimos trabajo titulado *Los principios constitucionales y las leyes de desarrollo constitucional en el Perú*. INDEJUC. Libertad. Trujillo, 1991, p. 32. En realidad, el tema en el Perú sigue siendo novedoso y de suyo conflictivo tan igual como ocurre en el Derecho Comparado.

legalmente ordenada, es decir que el agente debe hacer algo y no lo cumple. Así, encontrar a un herido o a cualquier otra persona y no prestarle auxilio; o casos como el del padre que observa cómo su hijo, por jugar, cae a un estanque lleno de agua y, sabiendo que corre el peligro de ahogarse, no le presta ayuda ²⁰.

Lo propio ocurre en el campo del derecho civil en el que las personas, al asumir determinadas *relaciones jurídicas*, se ven compelidas a realizarlas so pena que sean emplazadas en sede judicial y obligadas a cumplir lo que deben. Esto, particularmente se puede constatar en el derecho de las obligaciones.

La conducta omisiva de las personas no sólo está presente en el *derecho sustantivo* –sea éste civil o penal–, sino también en el *derecho procesal*. Así, cuando se omitiere la actuación de determinados actos procesales, de hecho esto perjudica a una de las partes en conflicto y puede generar la nulidad de todo lo actuado. La jurisprudencia lo confirma cuando sostiene: "Se incurre en *nulidad por omisión*, a que se contrae el inciso 130 del art. 1085 del Código de Procedimientos Civiles aún tratándose de una actuación de tramitación expeditiva, por cuanto la ley procesal es de orden público y de estricto cumplimiento" (El Peruano, 5 de noviembre de 1984).

Lo propio se podrá observar en el actual Código Procesal Civil del Perú de 1992 que mantiene un amplísimo elenco de hipótesis omisivas que tienen innegables consecuencias; caso típico de la *rebeldía*: "Si transcurrido el plazo para contestar la demanda, el demandado a quien se le ha notificado válidamente ésta no lo hace, se le declarará rebelde" (art. 458).

Como se podrá apreciar en esta breve exposición, en la esfera del derecho la omisión normalmente se configura como la violación de una norma preceptiva que obliga a determinada persona u órgano a ejecutar algo y, sin embargo, esa acción esperada no se realiza.

Visto en esa perspectiva, en el campo del derecho constitucional y, particularmente en sus normas fundamentales, no tienen por qué estar ajenas a las implicancias que genera la conducta omisiva de las entidades obligadas a cumplir algo. En este sentido, recientemente se ha venido decantando y afinando una forma más de manifestación de inconstitucionalidad que se traduce en la omisión de determinados órganos legislativos a dictar leyes de desarrollo constitucional no editadas, generando una violación a la Constitución.

2. UBICACIÓN DEL PROBLEMA

Aunque probablemente los excesos en que pueden incurrir los órganos de poder hayan sido ya objeto de preocupación desde los albores mismos del constitucionalismo ²¹ –recuérdese precisamente que éste nació para limitar el Poder Político y para afirmar las libertades fundamentales–, en

²⁰ JOSÉ HURTADO POZO. *Manual de Derecho Penal*. Sesator. Lima 1987.

²¹ MAURICIO FIORAVANTI. *Constitución de la antigüedad a nuestros días*. Trad. de MANUEL MARTÍNEZ NEIRA. Trotta. Madrid, 2001. KARL LOEWENSTEIN. *Teoría de la Constitución*. Trad. de ALFREDO GALLEGU. Ariel. Barcelona, 1964. PABLO LUCAS VERDÚ. *Curso de Derecho Político*. Vol. II. Tecnos. Madrid, 1986. SEGUNDO V. LINARES QUINTANA. *Curso de Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*. Plus Ultra, Vol II. 3a. Ed. Buenos Aires, 1981.

el constitucionalismo clásico no se conoció esta manifestación de inconstitucionalidad. Fueron otras las preocupaciones de entonces. El tema recién entra en la reflexión académica cuando KELSEN, con esa poderosa capacidad de lucubración, advierte este fenómeno de inconstitucionalidad en que pueden incurrir los órganos legislativos. En efecto, KELSEN, como se sabe, fue uno de los padres que impulsó diversos mecanismos de garantía constitucional. Y no sólo debe atribuirse a dicho jurista el haber sido el mentor de lo que actualmente es el mecanismo de control de la constitucionalidad de las leyes por un Tribunal Constitucional²², sino que también previó la omisión en que incurriría el órgano de poder cuando la Carta Constitucional mandaba que se cumpla algo y éste evadía dicho compromiso, situándose en lo que actualmente se denomina como el fenómeno de la *inconstitucionalidad por omisión*.

Al respecto, KELSEN se preocupó por las normas constitucionales *programáticas* que, para tornarlas efectivas en su cumplimiento, debían previamente ser reglamentadas por el poder constituido. Así, sostuvo:

"La Constitución puede también determinar el contenido de ciertas leyes futuras al prescribir o prohibir tal o cual contenido. La prescripción de un contenido determinado equivale a menudo a la promesa de dictar una ley, pues las más de las veces la técnica jurídica no permite prever una sanción para el caso en que dicha ley no sea dictada"²³

Evidentemente, el padre de la escuela vienesa descubrió una forma de manifestación inconstitucional por omisión del obligado a implementarla; empero, en su Teoría Pura del Derecho, en rigor, estableció sólo los grandes lineamientos generales, pero no planteó en forma concreta cómo conjurar este tipo de manifestación inconstitucional. Por otro lado, en su importante ensayo "*La Garantía Jurisdiccional de la Constitución (La Justicia Constitucional)*" KELSEN comprendía que el objeto del control de la constitucionalidad "son las leyes atacadas de inconstitucionalidad las que forman el principal objeto de la jurisdicción constitucional"²⁴.

Parece ser que sus conclusiones en este aspecto han estado centradas en la inconstitucionalidad por acción, y la *omisión inconstitucional* fue en parte fruto de su propio razonamiento, limitado muchas veces por los hechos, pues el genio de KELSEN no legó solución a tan espinoso problema.

En este marco situacional, también se ubica el viejo LEÓN DUGUIT, quien esgrimió la tesis del derecho de resistencia a la opresión cuando planteaba que habría una opresión de parte del gobernante a los gobernados si dictaba leyes que anidaban una injusticia; también si omitía editar nor-

²² JUAN JOSÉ GONZALEZ RIVA. *Análisis de los Sistemas de Jurisdicción Constitucional*. CEPC. Madrid, 2001, pp. 86 y ss. JOAQUÍN BRAGE CAMAZANO. *La Acción de Inconstitucionalidad*. UNAM. México, 2000. pp. 62. PEDRO CRUZ VILLALÓN. *La Formación del Sistema Europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*. CEC. Madrid, 1987, pp. 262 y ss. FÉLIX ERMACORA. *El Tribunal Constitucional Austriaco*. En: *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*. CEC. Madrid, 1984, pp. 267 y ss.

²³ HANS KELSEN. *Teoría Pura del Derecho*. Eudeba. Bs. As. p. 148.

²⁴ HANS KELSEN. "La Garantía Jurisdiccional de la Constitución" (La Justicia Constitucional). En: *Anuario del Instituto de Investigación Jurídica*. No. 1. 1974. UNAM, p. 493.

mas que la ciudadanía necesitaba. En tales casos, configurábase para el jurista galo la posibilidad de levantar una situación de hecho frente a tales casos.

Más recientemente, el maestro GERMÁN BIDART CAMPOS figura latinoamericana hartamente conocida entre nosotros, ha replanteado el asunto en los marcos estrictamente jurídicos, en los términos siguientes:

1. Cuando la Constitución ordena a un órgano de poder el ejercicio de una competencia, ese órgano está obligado a ponerla en movimiento;
2. Cuando omite ejercerla, viola la Constitución por omisión, en forma equivalente a como la vulnera cuando hace algo que le está prohibido;
3. Cuando la abstención del órgano de poder implica o involucra un daño o gravamen para alguien, ese alguien debe ser sujeto legitimado para impulsar a la justicia constitucional a concretar al órgano renuente en hacer lo que debe;
4. El mecanismo de control tiene que funcionar debidamente, sea para obligar al órgano remiso a cumplir la actividad debida, sea para que el órgano de la justicia constitucional supla la actividad omitida en beneficio del sujeto agraviado que provoca el control ²⁵.

Por nuestra parte, antes de abordar esta problemática teórica y práctica, nos vamos a permitir, a fin de comprender esta singular forma de inconstitucionalidad omisiva, mirar el panorama de las diversas formas de inconstitucionalidad para una cabal comprensión de una de ellas: la omisión inconstitucional.

3. OJEADA PRELIMINAR DE LAS DISTINTAS MANIFESTACIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD

En los últimos tiempos, la Teoría Constitucional está realizando esfuerzos por establecer una adecuada clasificación de las diferentes manifestaciones de inconstitucionalidad. En este sentido, los criterios de clasificación tradicional se han venido enriqueciendo por las nuevas elaboraciones que la realidad impone a los doctrinarios. En esta perspectiva, podríamos en líneas generales quintaesenciar las siguientes clases o tipos de manifestación de inconstitucionalidad.

3.1. INCONSTITUCIONALIDAD MATERIAL Y FORMAL

Tradicionalmente la doctrina distingue una primera clasificación relacionada a la inconstitucionalidad *material* y *formal*. Esta dicotomía se presenta de acuerdo a la mácula o al defecto, según sea su origen. Así, una inconstitucionalidad material traduce vicios sustantivos respecto al contenido de la ley o acto legislativo, generando con ello un conflicto con los principios constitucionales que encarna una norma. La inconstitucionalidad formal expresa vicios de forma como consecuencia de los defectos en la elaboración del acto legislativo, según sea por la inobservancia de las reglas de orden técnico, procedimental o por la violación de las reglas de competencia. En la ley preñada de inconstitucionalidad material acusa no sólo contradicciones con la norma

²⁵ GERMÁN BIDART CAMPOS. *La Justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión*. Bs. As., p. 9.

constitucional, sino que puede surgir por el desvío o el exceso del órgano legislativo; una inconstitucionalidad formal se manifiesta cuando una norma constitucional exige determinados trámites formales para que adquiera fuerza obligatoria una ley, disposición o acto con fuerza de ley, está estableciendo, nada menos que el cauce de una fuente de derecho, esto es, la vía para que pueda nacer una norma jurídica. De allí que la infracción en su tramitación puede hacerse valer en el procedimiento de inconstitucionalidad por la forma. En consecuencia, la inconstitucionalidad formal supone sólo vicios en sus presupuestos de elaboración o formación ²⁶.

3.2. INCONSTITUCIONALIDAD POR ACCIÓN Y POR OMISIÓN

Este tipo de inconstitucionalidad reviste una importancia fundamental. La primera es harto conocida por los mecanismos que existen en contra de ella.

La inconstitucionalidad por acción es el acto legislativo positivo del legislador o de cualquier otro órgano estatal que menoscaba a la Ley Fundamental. Su violación puede ser por cualesquiera de sus elementos: ora de forma, ora de fondo; es, pues, la llamada inconstitucionalidad positiva y rápida de ser fulminada, según sea el mecanismo de jurisdicción constitucional difuso o concentrado. La inconstitucionalidad por omisión, en cambio, es la que resulta por el silencio o la inercia de cualquier órgano de poder, el cual deja de hacer o de practicar un mandamiento expreso por la Constitución en un cierto tiempo razonable, ocasionando con ello perjuicio, expandiendo un efecto dañino a todas las personas que podrían invocar en su favor la norma constitucional aún no reglamentada por el legislador; es la inconstitucionalidad negativa y a la que volveremos luego.

3.3. INCONSTITUCIONALIDAD TOTAL Y PARCIAL

Esta clasificación aunque sutil es por todos conocida y no merece mayor explicación. La distinción supone que puede afectar todo un acto o apenas una parte, sea esta una norma o un conjunto de normas. La razón práctica de esta distinción es, en principio, de observación de los actos jurídicos que preside a la interpretación si es conforme o no a la Ley Mayor. Se trata, en consecuencia de si la norma objeto de un examen de constitucionalidad es sólo de alguna parte escrituraria, texto, precepto, artículo, inciso, o acaso de todo el universo de las normas en cuestión.

3.4. INCONSTITUCIONALIDAD ORIGINARIA Y SOBREVINIENTE

En los últimos años se ha planteado esta nueva distinción; aunque es bueno aclarar inmediatamente que, este tipo de inconstitucionalidad depende fundamentalmente del propio sistema jurídico adoptado. En buena cuenta la separación entre la inconstitucional originaria y la sobrevinida concierne, en principio, al diverso momento de edición de las normas constitucionales. Si en la vigencia de cierta norma constitucional se emite un acto (o un comportamiento omisivo) que la viola, será inconstitucionalidad originaria. Si una nueva norma constitucional surge y dispone lo contrario de una ley o de otro acto precedente, será inconstitucionalidad sobreviniente. Hay quienes han planteado que esta situación, más que un asunto de control de constitucionalidad, debe ser considerado, por

²⁶ IGNACIO DE OTTO. *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*. Ariel. Barcelona, 1999, pp. 69 y ss.

sus implicaciones, en el ámbito del derecho intertemporal ²⁷. Aunque no se deja de tener razón, en la medida que la inconstitucionalidad sobreviviente importa una *derogación* del derecho anterior a ella incompatible.

Se podría considerar dos casos de inconstitucionalidad sobreviviente en el Perú:

- a) Cuando entró en vigencia la Constitución de 1979, asumió la tesis abolicionista en torno a la pena de muerte (art. 235); en consecuencia, la legislación penal que por entonces reprimía con esa pena máxima, devino en inconstitucional;
- b) El D.L. 22126 regulatorio de la Ley de Estabilidad Laboral, igualmente y por sobrevivencia, acusó una grave inconstitucionalidad en varias normas de carácter sustantivas y procesales; las primeras referidas a los requisitos que debía reunir el trabajador para alcanzar el derecho a la estabilidad propia contenidas en el inc. b) del art. 2 y en el art. 28. Las segundas se referían al carácter de *cosa juzgada* de las Resoluciones de la Autoridad Administrativa de Trabajo recaídas en el litigio sobre reposición previstas en el art. 29. En efecto, el art. 28, concordante con el inc. b) del art. 2 del D.L. 22126 devino en inconstitucional por lo siguiente: establecía un período de pre-estabilidad e imponían tales exigencias que anulaba el derecho a la estabilidad en el trabajo; porque un derecho que el art. 48 de la Constitución le otorgaba en favor del trabajador, lo convertía en un derecho del empleador. El art. 29 establecía que las resoluciones que expedía la AAT tenían autoridad de cosa juzgada y no podían ser impugnadas ante el Poder Judicial. Este precepto, entró en colisión con el art. 237 de la Carta Fundamental, pues la Constitución no reconocía entre los órganos jurisdiccionales de la administración de justicia a ningún funcionario del Poder Ejecutivo; por tanto, dicho precepto era a todas luces inconstitucional ²⁸.

A nivel del Derecho Comparado, diversos textos fundamentales han incorporado esta manifestación de inconstitucionalidad y le han dado todo un tratamiento. Así, basta con referir los casos de Italia, Portugal, Alemania y Brasil.

Al respecto, la posición del Tribunal Constitucional español ya se ha pronunciado en torno a esta situación. Así, la jurisprudencia española acogiendo tal vez con alguna confusión la tesis doctrinal de la coexistencia de la derogación y la inconstitucionalidad –según se haga frente a, respectivamente, un supuesto de incompatibilidad entre una ley preconstitucional y una norma concreta o principal de la Constitución– y encontrándose frente a la previsión en la *Lex Legum* de un efecto derogatorio de la misma, y al mismo tiempo sin poder perder de vista, dada la experiencia italiana, los riesgos que tanto para la propia depuración del ordenamiento como para la seguridad jurídica pudieran derivarse de la consideración del conflicto entre Constitución y derecho viejo exclusivamente en términos de vigencia, ha optado, por admitir la simultaneidad de la derogación y la inconstitucionalidad sobrevinida, atribuyendo en consecuencia un control compartido sobre la congruencia del antiguo ordenamiento con el nuevo a los jueces y al Tribunal Constitucional ²⁹.

²⁷ Sobre el tema específico de la aplicación de la norma en el tiempo véase el trabajo de MARCIAL RUBIO CORREA: "Para Leer el Código Civil"; Título Preliminar Vol. III. Lima, 1986, pp. 53-78.

²⁸ Sobre este aspecto, véase el breve pero sustantivo artículo del Dr. JOSÉ MONTENEGRO BACA. "Normas inconstitucionales contenidas en el D.L. 22126". En Revista de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad Nacional de Trujillo, 1982. No. 1., pp. 11-15.

²⁹ Vid a MANUEL ARAGÓN. "La Sentencia del Tribunal Constitucional sobre leyes relativas al régimen local, anteriores a la Constitución". REDC, No. 1, 1981. J.J. SOLOZABAL ECHEVARRÍA. "Inconstitucionalidad

"La peculiaridad de las leyes preconstitucionales consiste –se aprecia en la Sentencia 2 de febrero de 1981, cuyas tesis se confirman por lo demás en la de 8 de abril del mismo año, por lo que ahora interesa en que la Constitución es una Ley Superior –criterio jerárquico– y posterior –criterio temporal– y la coincidencia de este doble criterio da lugar de una parte– a la inconstitucionalidad sobrevenida y consiguiente invalidez de las que se opongan a la Constitución, y –de otra– a su pérdida de vigencia a partir de la misma para regular situaciones futuras, es decir a su derogación...". Frente a las leyes posconstitucionales corresponde al Tribunal la exclusividad del control de su adecuación a la Constitución, pero respecto a las preconstitucionales, "los jueces y Tribunales deben inaplicarlas si entienden que han quedado derogadas por la Constitución al oponerse a la misma; o pueden, en caso de duda, someter este tema al Tribunal Constitucional por la vía de la cuestión de Inconstitucionalidad"³⁰

3.5. INCONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS CONSTITUCIONALES

Esta tipología fue desarrollada a inicios de los años cincuenta por el profesor OTTO BACHOF, cuyo título original del alemán es *Verfassungswidrige Verfassungsnormen?*³¹. Aunque puede resultar aparentemente paradójico, se ha planteado esta cuestión de que si determinadas normas que forman parte del mismo texto unitario y no obstante tener o reputárseles a todas la misma fuente de origen, algunas podrían revestir una "inconstitucionalidad" en relación al resto de las normas. Este fenómeno, en principio, sólo habría de ocurrir en las constituciones *rígidas* que prevén determinados mecanismos especiales de reforma, a fin de que el Poder Constituyente *derivado* enmiende o reforme las cláusulas establecidas por el Poder Constituyente *Originario*. Hay veces que, en el testamento histórico de sus autores, imponen límites materiales expresos para los futuros reformadores del texto. En consecuencia, nos encontramos frente a cláusulas de naturaleza "pétrea" o de garantía de eternidad que limitan el poder de reforma de los congresos constituyentes. Un ejemplo clásico de los límites materiales de revisión, cuya prohibición existe en el derecho comparado, es la imposibilidad de enmienda de las cláusulas que proclaman sempiternamente la *forma republicana de gobierno* (Portugal art. 290 inc. b; Francia art. 89 último párrafo, Italia art. 139; Grecia art. 110 entre otros). Resulta o puede ser comprensible que este tipo de normas pétreas, inmodificables, hayan sido previstas con buena intención del Poder Constituyente Originario, motivados fundamentalmente para perdurar la identidad de su sistema, optando para que los que pretenden reformar dichos preceptos se encuentren con un semáforo en rojo. Esto, después de todo sería comprensible; de igual modo, en el marco de un estado normal de derecho. Empero, no debemos olvidar –y el derecho tiene siempre un límite con la realidad– que la experiencia histórica confirma una eficacia relativa a este tipo de cláusulas (v.gr. el art. 142 de la Const. del 33). En este sentido, si se reformara

sobrevenida". En *Temas Básicos del Derecho Constitucional*. T.I. Manuel Aragón, coordinador. Civitas. Madrid, 2001, pp. 71-72.

³⁰ Ver el extraordinario trabajo de TOMÁS GUI MORI. *Jurisprudencia constitucional (1981-1993)*. Civitas. Madrid, 1997, p. 175.

³¹ Existe una versión portuguesa traducida por JOSÉ MANUEL M. CARDOSO DA COSTA. *Normas Constitucionais inconstitucionais?* Librería Almedina. Coimbra, 1994.

alguna norma pétrea, la enmienda que se incorpora al *totum* del texto devendría en inconstitucional. Otro caso típico, dentro de la inconstitucionalidad de normas constitucionales, sería el de aquel precepto de la Constitución española que permite la sucesión del trono al primogénito varón (art. 157). Esta norma, en rigor, se encuentra en franca discrepancia e incompatibilidad con el principio paritario que la misma carta española proclama, pues habría una discriminación por razón de sexo. Con todo, esta manifestación no deja de tener una singular ubicación de complejidad en el marco de las restantes manifestaciones ³².

Es nuestra intención tan sólo abordar una forma de manifestación de inconstitucionalidad: la de omisión.

4. LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN EN GENERAL Y LAS OMISIONES LEGISLATIVAS EN ESPECIAL

En principio, la existencia de omisiones jurídicamente relevantes es un fenómeno que se encuentra en diversos sectores del ordenamiento jurídico, como ya se tiene apuntado, y, en particular, del derecho constitucional.

Podría ya vislumbrarse hasta dos tipos de manifestación de inconstitucionalidad por omisión:

a) La que podríamos llamar *latu sensu*; y b) la *strictu sensu*.

4.1. INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN *LATU SENSU*

Comprende las diversas formas omisivas con relevancia constitucional en forma directa o indirecta. Ella se expresa, a su vez, y en forma tentativa, en dos grandes aspectos: i) una forma de inconstitucionalidad omisiva de actos políticos o de gobierno y ii) una inconstitucionalidad por omisión indirecta. Veamos cada una de estas manifestaciones.

4.1.1. *Inconstitucionalidad por omisión de actos políticos o de gobierno*. Esta inconstitucionalidad se configura cuando los órganos de poder son remisos en dar cumplimiento, no precisamente a normas legislativas, sino a otro tipo de mandamientos obligatorios expresamente constitucionales. Distinguimos, así, aquellos actos de gobierno de expresa obligación constitucional de aquellos otros de carácter estrictamente políticos y, por ende discrecionales, puntualizados en la doctrina que, aun cuando el gobernante sea renuente o contumaz en cumplirlo, serían simples cuestiones políticas no judiciales (*political questions*) ³³.

Diversas situaciones concretas pueden generar la inconstitucionalidad por omisión de actos políticos o de gobierno. Así, v. gr., puede darse en las siguientes hipótesis: que el Presidente de la

³² Al respecto, en el VII Congreso Nacional de Derecho Constitucional celebrado en Piura el autor presentó la ponencia: "Luces y sombras a medio siglo de una propuesta: las normas constitucionales inconstitucionales de OTTO BACHOF". (nota del 2002).

³³ "Las definiciones acerca de lo que ha de entenderse por cuestión política vagan siempre en torno a un círculo vicioso: son cuestiones políticas las que el Poder Judicial no puede controlar; y el poder judicial porque son políticas". GERMÁN J. BIDART CAMPOS. *Derecho Constitucional*. T. I. Bs. As., 1961, p. 799.

República no convoque a elecciones locales o regionales (art. 211 inc. 50.); e inclusive a elecciones presidenciales y de representantes al Parlamento (art. 211 inc. 50.); que el Presidente no cumpla, en su mensaje anual a la Nación, con informar sobre los resultados de la campaña contra el analfabetismo (art. 26); que no promulgue las leyes aprobadas por la Asamblea Regional o del Parlamento (art. 211 inc. 90., 193 y 267); que no cumpla con designar a los diversos titulares de cargos constitucionales: nombramientos de ministros (art. 216) designación del Contralor General (art. 146) nombramiento del Directorio del BCR (art. 151) nombramiento del Superintendente de la Banca y Seguros (art. 155), nombramiento de embajadores (art. 211 inc. 150), ausencia del referendo ministerial en sus actos presidenciales (art. 213) entre otros.

Como se podrá apreciar, existe una diversa gama de inconstitucionalidad por omisión de este tipo de actos gubernamentales que no son de naturaleza *discrecional*, sino *obligatorio*; por lo tanto, frente a esta diversidad de situaciones, habrán de ser diversos los efectos jurídicos que le han de corresponder: desde una simple responsabilidad política hasta una responsabilidad penal de los titulares de los órganos políticos. Este tipo de inconstitucionalidad, obviamente, es distinta a las omisiones en que incurre el gobernante frente al no cumplimiento de normas de orden estrictamente *declarativas*. En este sentido, si existe una actitud renuente del gobernante en no complementar ciertas exigencias puramente políticas, en rigor no cabría ningún mecanismo jurisdiccional, por ser cuestiones políticas no justiciables³⁴.

4.1.2. Inconstitucionalidad por omisión indirecta. Sólo por razones utilitarias y de explicación, optamos por utilizar tal expresión, aunque, en verdad ella, no deja de manifestar una cierta violación al comando normativo de la Carta Fundamental, pero no en forma directa, producto de una ley –que por acción o por omisión– la injuria frontalmente, sino que, en el presente caso, diversas situaciones omisivas vienen, en última instancia, a herir a la Ley Fundamental. Este tipo indirecto de omisión inconstitucional se expresa en los siguientes rubros: i) Ilegalidad por omisión; ii) Omisiones de actos administrativos; y iii) Omisiones de actos de la función jurisdiccional. Analicemos cada una.

4.1.2.1 Ilegalidad por omisión. Esta inconstitucionalidad se genera cuando el órgano pertinente no crea la reglamentación de la cual depende la eficacia plena de ciertas leyes. En este caso, nos encontramos ante la posibilidad de que una ley no podría ser exigible, hasta en tanto no se dicte su respectivo reglamento. Frente a tales casos, si la omisión anida un daño para alguien, esa persona debe estar legitimada procesalmente para impulsar los circuitos de la jurisdicción constitucional, a fin de hacer prevalecer su derecho que se ve menoscabado por la contumaz actitud del órgano ejecutivo. Diversas hipótesis podrían configurar esta situación: por ejemplo, de la actual ausencia de los mecanismos de revisión en los procedimientos administrativos que surgen en la administración de los gobiernos locales y regionales; o la falta de reglamentación de la ley que constitucionalmente garan-

³⁴ Una apreciación peruana sobre esta temática puede verse en CÉSAR LANDA ARROYO. "Justicia Constitucional y political questions". En *Pensamiento Constitucional*, año VII; No. 7. Fondo Editorial de la PUC. Lima, 2000.

tiza el derecho a la sepultura gratuita de los indigentes (Ley No. 23512). Existe igualmente una ausencia en la reglamentación de la Ley General de Cooperativas; lo propio ocurre con la antigua Ley de Pensión 20530 que no tiene reglamento, entre otros. De primera intención, la solución parece ser que, frente a tales problemas, la propia ley sea exigible en ausencia de reglamento. Sobre este asunto, Brasil, como veremos luego, prevé un mecanismo para conjurar la violación de derechos fundamentales, por falta de reglamentación, a través del *mandato de injunção*.

4.1.2.2. *Omissiones de actos administrativos*. Existen las omisiones de los actos administrativos o de cualquier acto de la administración pública, el que se puede traducir en diversas hipótesis, tales como el no cumplimiento administrativo de ejecución de leyes o reglamentos; típico caso de aquella persona que solicita su pasaporte y la autoridad administrativa encargada, arbitrariamente, omite otorgárselo. Aquí, evidentemente hay una violación constitucional por omisión de un acto garantizado por ley, pero que administrativamente no se cumple; o aquellos casos de los ciudadanos que, en sede administrativa, plantean un derecho de petición y simplemente el ente administrativo no responde, configurándose el silencio en una denegación del petitorio, aun cuando, en parte, la Ley de Simplificación Administrativa ha suplido esta situación y ha incorporado la novedosa figura del *silencio administrativo positivo*. Empero, a nivel del comando normativo constitucional (art. 2 inc. 180.), se establece como principio que si transcurre el plazo legal y si no tiene respuesta el interesado "puede proceder como si la petición hubiese sido denegada". Puede también darse en aquellos casos en que la autoridad administrativa no cumple –actos bastante frecuentes– con la ejecución de sentencias de los tribunales, aun cuando para ello tendría que activarse un proceso penal por delito de resistencia y desobediencia a la autoridad judicial, para solucionar esta dañina omisión administrativa.

4.1.2.3. *Omissiones de la función jurisdiccional*. También configura inconstitucionalidad indirecta la omisión de la función jurisdiccional que puede traducirse en la denegación de la justicia. Los jueces como se sabe, no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley (art. 233, 50. de la Constitución y art. VII del T.P. del CC.). De allí que por expreso mandato de la Constitución, frente a tales lagunas o deficiencias del sistema jurídico, los magistrados deben aplicar los *principios generales del derecho*. Con todo, se observa una actitud criticable de la magistratura, pues, cuando no existe una norma o ante la ausencia de norma aplicable –como es el caso de la ausente reglamentación al art. 241 de la Constitución sobre casación– sus fallos han significado una denegación de la administración de justicia. Es verdad que el art. VII del T.P. consagra el *IURA NOVI CURIA* en el que: "Los jueces tienen la obligación de aplicar la norma jurídica pertinente, aunque no haya sido invocada en la demanda". Pero, frente a la ausencia de norma atribuible al legislador, existe una alta cuota de responsabilidad compartida en la magistratura, pues al lado de un Poder Legislativo que no honra a la Constitución con dictar normas (que exige la propia *Lex Legum*), el Poder Judicial, a través de sus magistrados, optan por la salida más simple, expresada, entre otros, en el siguiente temperamento jurisprudencial:

"Aparte del principio declarativo contenido en el art. 241 de la Constitución Política del Estado, no existe disposición alguna que reglamente el recurso de casación como

el formulado en el presente caso; en consecuencia y no obstante lo expuesto en virtud del mandato constitucional, se declara inadmisibile el recurso de casación" (El Peruano 3 de octubre de 1983). Igual situación se reitera en esta Ejecutoría: "No existiendo ley que norme el procedimiento de casación a que se refiere el artículo 241 de la Carta Magna, recurso que hubiera sido el único para enervar o impugnar lo resuelto en ese proceso, no es procedente socapa de amparo ir en contra de expresas disposiciones constitucionales ("El Peruano", 30 de abril de 1984) "

Esta situación, creemos es harto criticable y, en rigor constituye una forma de inconstitucionalidad por omisión de la función jurisdiccional. Frente a tales situaciones, la solución estriba en que debería integrarse el sistema jurídico frente a la *laguna* o ausencia de norma, como enseña GERMÁN BIDART CAMPOS, optando la magistratura por echar mano a la *autointegración* (constitucionalmente garantizado en la aplicación de los *principios generales del derecho*); o a la *heterointegración* (acudiendo al valor Justicia). En tales casos, acorde a nuestro sistema dual o paralelo de jurisdicción constitucional, la solución tendría que reputarse sólo entre las partes en litigio; con efectos concretos; en los demás casos, se tendría que proceder interponiendo la acción pertinente –se nos ocurre *prima facie*– el amparo.

4.1.2.4. *Inconstitucionalidad por omisión de las reformas constitucionales.* Cabría admitir la posibilidad de este tipo de inconstitucionalidad y que se configura en casos de las omisiones de reformas constitucionales. Existen algunos textos que, por expreso mandato del Poder Constituyente Originario, establecen que, pasado un determinado tiempo, caso de Portugal, v. gr., la Asamblea Legislativa, vía Congreso Constituyente, tiene la obligación de reformar determinadas cláusulas constitucionales. Esta inconstitucionalidad deviene, en algunos casos, cuando simplemente no se cumple con la reforma exigida en el término estipulado. No obstante, este fenómeno es muy excepcional y sólo opera o ha operado en contadas leyes fundamentales.

4.2. INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN EN SENTIDO ESTRICTO

Este es el tema que, amén de novedoso y polémico, se configura técnicamente como la inconstitucionalidad por omisión del órgano legislativo que incumple con desarrollar determinadas cláusulas constitucionales a fin de tornarlas operativas.

De primera intención, merece puntualizar que el fenómeno de la omisión legislativa está vinculado a la *estructura* y a la *naturaleza* de determinadas normas constitucionales. Es decir, no todo incumplimiento total de las cláusulas constitucionales generan la omisión inconstitucional en sentido estricto. Dentro de las clases de normas constitucionales³⁵, en sentido estricto las únicas que generarían la inconstitucionalidad por omisión serían las normas de carácter *programático* que de ordinario requieren de una debida legislación para que puedan aplicarse.

³⁵ Sobre la clasificación de las normas, pueden verse los trabajos de PAOLO BISCARETTI DI RUFFIA. *Derecho Constitucional*. Tecnos. Madrid, 1973, pp. 267 y ss. PABLO LUCAS VERDU. *Curso de Derecho Político*. Vol. II. Tecnos. Madrid, 1977, pp. 430 y ss. HUMBERTO QUIROGA LAVIE. "Sobre la interpretación constitucional". En Rev. del Colegio de Abogados de la Plata. No. 31, julio-diciembre, 1973. JOSÉ KORZENIAK. "Clasificación de normas constitucionales". En: *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Vol. III (Apéndice). Bs. As., pp. 148 y ss.

Dentro de este tipo de normas *programáticas*, cabe distinguir, a su vez, como lo ha destacado NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS³⁶ aquellas de *instrumentación simple*, en la que basta con la sola edición de la ley complementaria para que adquiera vigor sin ningún otro tipo de condicionamiento, tales como la ley que podría desarrollar la excepción a la inviolabilidad del secreto de la correspondencia y comunicación (art. 2 inc. 8o.); la norma que proclama la exigencia de una ley que desarrolle el derecho de petición (art. 2 inc. 18o.), entre otros; y las normas de *instrumentación compleja*, en la que, aparte de editarse la ley, ella a su vez requiere de todo un marco extrajudicial para que, en definitiva, se cumpla realmente dicha norma programática, v. gr., aquellas normas que proclaman la dación de leyes como la del acceso a la seguridad social (art. 12), de creación del Banco de los Trabajadores (art. 53); del seguro agrario (art. 158 inc. 4o.), entre otros.

En determinados regímenes se permite que, ante la simple omisión de cláusulas programáticas de instrumentación simple, ante la inacción legislativa se podría hallar solución a través del *proceso constitucional del amparo* o de otra vía, como ocurre en Brasil con el *mandato de injunção*, siempre y cuando la *mora* del legislador suponga una lesión a un derecho dimanado de la Constitución. En este caso, el órgano jurisdiccional no asume función propiamente legislativa, sino que integra dicha laguna para el caso concreto.

Tratándose de las normas programáticas de instrumentación compleja, como se podrá advertir, resulta sumamente difícil para el Poder Judicial cubrir la laguna inconstitucional que genera el retardo legislativo. Una de las formas como, las cláusulas programáticas de instrumentación compleja se ven imposibilitadas de ser desarrolladas, son a través de lo que ENRIQUE ALONSO GARCÍA denomina como *derechos prestacionales* y que el decir del citado *ius-laboralista* siguen constituyendo en "el punto donde se suman todas las dificultades que el ejercicio de la justicia constitucional plantea"³⁷. En este supuesto, pretender tornar operativas y aplicables las normas de esa naturaleza –que normalmente requieren de toda una implementación material– en realidad le es imposible al órgano jurisdiccional. Queda en todo caso, la solución pragmática que la Constitución provincial de Río Negro en Argentina le ha deparado: otorgar, vía una sentencia, una indemnización para resarcir el daño que ocasionó la inacción del legislador o del órgano responsable.

4.2.1. *Presupuestos de la inconstitucionalidad por omisión.* La verificación de la omisión legislativa inconstitucional presupone el deber de legislar. En consecuencia, no interesa que esa omisión pueda ser surgida o sustituida por vía judicial o que dicha exigencia constitucional del legislador sea insuplible. Lo que interesa, como principio rector, es que exista una obligación de legislar sea a través de un acto legislativo formal, ley, decreto legislativo, etc. Pero, aparte de este principio rector, es necesario que concurren otros requisitos indispensables para que, en sentido estricto, se

³⁶ NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS. *Derecho Procesal Constitucional*. Vol. 3. 2a. ed. Astrea, pp. 100-102.

³⁷ La expresión "welfare rights" alude a los derechos típicos de la seguridad social por antonomasia; pero también comprende a ciertos derechos sociales como son típicamente los servicios públicos (agua, gas, electricidad), los de vivienda, el derecho al trabajo y el derecho a la educación. Vid a ENRIQUE GARCÍA ALONSO. Los límites de la justicia constitucional: la constitucionalización de los derechos prestacionales del "Welfare State en Norteamérica" en REDC. Año 4, No. 11, mayo-agosto, 1984, pp. 139-197.

reúnan los elementos constitutivos de la omisión inconstitucional. Tales serían:

- a) *Que el no cumplimiento o desarrollo de la Constitución derive de la violación de una norma específica*

En consecuencia, no cabe una constatación abstracta o una apreciación global de las normas que aún no se encuentren debidamente reglamentadas. Y es que, así como la inconstitucionalidad por acción se manifiesta a través de leyes o normas específicas contrarias al comando constitucional, lo propio ocurre con la omisión: se trata de verificar una norma concreta, específica, particular; esto es, declarando que tal o cual norma de la *Lex Legum* ha sido violada y no al conjunto normativo genérico.

- b) *Que dicha norma constitucional no sea exigible en sí misma (operativa), sino de naturaleza estrictamente programática*

En efecto, si bien un texto constitucional debe ser mirado como una *unidad*, en el supuesto de que todas sus normas tienen idéntico grado de validez; sin embargo, en la práctica ocurre que unas normas tienen más eficacia práctica que otras. Y si bien hay cierto sector en la doctrina que no admite esta distinción entre normas de naturaleza operativa, (o autoaplicables), de aquellas programáticas que requieren de reglamentación legal ³⁸, en la dinámica constitucional se puede evidenciar esta real distinción entre dichas normas. Así, la omisión inconstitucional aparece para aquellas normas de carácter programático en la que la inercia del legislador, no da encarnadura a dichas prescripciones; en algunos casos puede ser por una actitud dolosa y contumaz del legislador; en otros, por la simple inercia u ocio legislativo.

- c) *Que, en las circunstancias concretas de la producción legislativa, falten las medidas necesarias para tornar exigibles y operativas dichas normas*

En la generalidad de los casos, las omisiones vienen acompañadas por la ausencia de una política legislativa que afronte determinadas situaciones, particularmente en el difícil sector de los derechos de orden económico, social y cultural. Si no hay una toma de decisiones gubernamentales que traduzcan activar medidas indispensables en ése y otros sectores, es muy fácil que la Constitución se sienta convulsionada, pues sus normas programáticas no tendrían el relleno que se le impone al gobernante. Así, pues, frente a la ausencia de ley, y de medidas gubernamentales, la omisión es patente en forma irrefutable.

Ahora, toquemos puerto e interroguémonos: ¿Qué pasa cuando el órgano competente declara una inconstitucionalidad por omisión? Sobre el particular, el maestro GERMÁN BIDART CAMPOS, en forma aguda plantea varias interrogantes cruciales: ¿Qué viene después? ¿Asume el tribunal como legislador y dicta la reglamentación omitida? ¿Emplaza al órgano remiso a dictarla en plazo que la misma sentencia le señala? ¿Se limita a integrar el orden normativo lagunoso para el caso que tiene que fallar?

De plano debe descartarse la posibilidad de que el órgano jurisdiccional se ponga en función

³⁸ ROLANDO E. PINA. *Cláusulas constitucionales y programáticas*. Astrea. Bs. As., 1973.

legislativa, salvo que el propio texto lo permita; pero, aún así, esto plantea un grueso problema de la división de poderes.

En el segundo caso, es el que mayores posibilidades de implementación tiene: el órgano jurisdiccional conmina a que el órgano legislativo supla el vacío y rellene de contenido reglamentario la norma programática. No obstante, queda el margen de incertidumbre si el obligado órgano remiso no edita la norma exigida por la Constitución.

En el tercer caso, la solución podría consistir, como lo ha planteado BIDART CAMPOS, en lo siguiente: que el órgano de la jurisdicción constitucional alternativamente tenga las siguientes opciones: a) Declare en principio la omisión inconstitucional; b) Declarado que fuera, señale que dicha omisión genera una laguna en el orden jurídico; y c) Integre el orden normativo lagunoso, ya sea optando por aplicar los principios generales del derecho (*autointegración*) o aplicando el valor de la justicia para el caso concreto (*heterointegración*)³⁹.

Está demás señalar que el órgano competente para la declaratoria de la inconstitucionalidad no debe ser un órgano de naturaleza política, como lo fuera en Portugal el *Consejo de la Revolución*, sino un órgano estrictamente jurisdiccional: de carácter difuso como el modelo americano, o concentrado al puro estilo europeo.

El profesor uruguayo JOSÉ KORZENIAK⁴⁰, al respecto señala que en el Derecho Constitucional uruguayo se ha utilizado un original dispositivo para suplir los excesos programáticos del texto fundamental y que permite la solución que plantea el maestro bonaerense BIDART CAMPOS. Así, se prescribe:

"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 la reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida, recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas"

La originalidad de este precepto no radica tanto en su contenido que ya ha sido esgrimido en la doctrina, sino su inclusión misma en el texto constitucional con el fin de dinamizar la aplicación de otros preceptos de la Carta Fundamental.

4.2.2. *¿En el marco de todas las constituciones vigentes se pueden generar manifestaciones de inconstitucionalidad por omisión?* Cabe aquí reflexionar si en todas las constituciones vigentes se puedan generar fenómenos omisivos inconstitucionales, o si sólo esto ocurriría para determinados textos políticos. Evidentemente que cuando nace una Constitución, por razones incluso de orden *temporal*, ella va a irse implementando a través de la legislación ordinaria que, para el efecto, el poder o los sucesivos poderes constituidos desarrollarán. Sin embargo, ¿Qué pasa con aquellas constituciones sumamente antiguas? ¿Se habrá colmado con dictarse todas las leyes que ella requiere en el tiempo que ella tiene? Evidentemente este asunto no se puede responder en forma seria y tajante. Como lo ha señalado DOMINGO GARCÍA BELAUNDE, de que toda Constitución es hija de su tiempo y de su época, ella en

³⁹ GERMÁN BIDART CAMPOS... Op. cit. p. 15.

⁴⁰ JOSÉ KORZENIAK. "Clasificación de normas constitucionales"... Op. cit., p. 167.

realidad va a tener que irse interpretando y reacomodando a los nuevos tiempos; en consecuencia, se torna necesario una interpretación de acuerdo con el escenario histórico del momento (interpretación *dinámica*) y no de lo que quiso tan sólo el testamento histórico del Poder Constituyente (interpretación *estática*). Unido a este aspecto, cabe formularse otra interrogante: ¿Sólo las constituciones *ideológico-programáticas* pueden generar este fenómeno omisivo en sus legisladores; o bien ella se puede presentar en otras constituciones, como las de tipo principistas o declarativas. Es sabido que estas últimas sólo establecen los grandes lineamientos para que el legislador ordinario vaya desarrollando según los cauces que imponen las necesidades y según la discrecionalidad del gobernante.

Aquí, en principio, el fenómeno de la inconstitucionalidad por omisión no se presentaría en forma clara y evidente en relación con las constituciones programáticas que acusan abundante reglamentación. Con todo, si bien cualquier omisión del legislador en no dictar una ley que no se encuentre programáticamente respaldada en un precepto constitucional, no cabría la configuración de la omisión inconstitucional.

No obstante lo expuesto, es necesario ya ir afirmando la idea de que cualquier omisión del órgano estatal que signifique restar, restringir o menoscabar derechos fundamentales podría significar una concreta manifestación omisiva. Y ella se puede presentar para cualquier Constitución, inclusive la norteamericana (la primera y la supérstite en el mundo); es más, en muchas constituciones se incorporan en el ordenamiento nacional, los diversos instrumentos internacionales de derechos humanos⁴¹. Así, puede el Estado incurrir en expresa omisión de orden constitucional al no desarrollar políticas legislativas que rellenen de contenido a los diversos tratados internacionales del que forma parte. Es probable que en los países altamente industrializados, un problema patente en este aspecto, podría ser la falta de política legislativa para afirmar los derechos humanos de la "*tercera generación*". Con todo, estimamos que el tema amerita mayor reflexión en este aspecto; y la realidad irá aclarando este panorama.

4.2.3. *Diferencias entre la inconstitucionalidad por acción y la inconstitucionalidad por omisión.* De ordinario, la *jurisdicción constitucional orgánica* cuida tradicionalmente de los actos positivos del órgano legislativo: si ella acusa un vicio de inconstitucionalidad, se activa el mecanismo que según el sistema o modelo (americano o europeo) puede ser de una inaplicabilidad de la norma inconstitucional o una declaratoria de inconstitucionalidad derogando la norma atentatoria. Sin embargo, progresivamente se viene afirmando el control jurisdiccional para los casos por omisión. Importa aquí, verificar algunas diferencias entre ambas manifestaciones de inconstitucionalidad.

En principio, resulta erróneo pretender asimilar la inconstitucionalidad en vía de acción con la de omisión; pues frente a la primera, una declaratoria de inconstitucionalidad por acción se traduce en una sentencia con consecuencias concretas; en cambio, en la segunda, la simple sentencia que declara una inconstitucionalidad omisiva no tiene efectos prácticos ni altera el sistema jurídico. Y si bien puede constituir una omisión relevante, ella no crea una *obligación jurídica* al órgano legislativo responsable; apenas si puede ella traducirse en una recomendación a que se dicte en un plazo

⁴¹ Como la Constitución peruana que expresa en el art. 105. Los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos, tienen jerarquía constitucional. No pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Constitución.

razonable. En consecuencia, existen evidentes diferencias: mientras en una declaratoria de inconstitucionalidad de una ley ella conlleva para los sistemas *concentrados* o europeos, una nulidad que, en la declaratoria de la omisión inconstitucional no podría declararse "nula" una omisión legislativa. El absurdo es evidente, pues la resolución que dicte el órgano fiscalizador tan sólo se limitaría a constatar la omisión.

Comentando el sistema lusitano, el profesor JORGE MIRANDA apunta: "La verificación de la existencia de la inconstitucionalidad por omisión no altera el orden jurídico, sino que se circunscribe a hechos susceptibles de llevar a los órganos legislativos a transformar su comportamiento de negativo en positivo" ⁴².

El mismo profesor portugués, en forma aguda observa que: "La única diferencia entre la inconstitucionalidad por acción y la inconstitucionalidad por omisión es en cuanto a que la primera consiste en la infracción de una disposición como de un principio; esto es, el acto legislativo positivo puede violar la regla procesal (como sería la inconstitucionalidad por la forma) o reglas sustantivas (inconstitucionalidad por el fondo); en cambio en la inconstitucionalidad por omisión ella se expresa tan sólo en la infracción de un precepto, de una norma y nada más" ⁴³.

En la actualidad cabe también señalar que, con las innovaciones introducidas por Brasil, vía el *mandato de injunção* y la novísima Constitución rionegrina de Argentina, en los casos de un procedimiento de inconstitucionalidad por omisión como ya se tiene dicho, el órgano jurisdiccional puede decidir el reparo de la omisión dañina, incorporando una integración o supliendo el daño con una reparación económica.

4.2.4. *El sistema de jurisdicción constitucional en la fiscalización de la omisión inconstitucional.*

Como quiera que en la inconstitucionalidad por omisión implica una cuestión constitucional tan igual como las otras, indudablemente entra en los predios del *derecho procesal constitucional*; y, específicamente, de la *jurisdicción constitucional*. Por jurisdicción constitucional se entiende todo procedimiento constitucional que tiene como fin directo garantizar la observancia de la Constitución. Al respecto, la doctrina distingue fundamentalmente dos grandes modelos o sistemas que, por razones utilitarias, se les denomina "*sistema americano*" y modelo o "*sistema austriaco*".

Si el ejercicio de la jurisdicción constitucional importa el pronunciamiento sobre asuntos o cuestiones constitucionales, ambos sistemas no deben desconocer el pronunciamiento jurisdiccional en torno a la inconstitucionalidad por omisión. Veamos en apretada síntesis ambos modelos.

- a) *El sistema norteamericano.* Mediante este sistema se atribuye el control de constitucionalidad de las leyes al Poder Judicial. En consecuencia, este órgano jurisdiccional se encuentra premunido para pronunciarse sobre controversias constitucionales. Se practica en Argentina, Brasil, Costa Rica, El Salvador, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, en parte el Perú ⁴⁴, Paraguay, Uruguay y Venezuela. A nivel europeo, el único país es Irlanda.

⁴² JORGE MIRANDA. *Manual de Direito Constitucional*. Oficinas Gráficas da "Coimbra Editora, Limitada". Tomo II, (hay una 3a. ed., reimpresión de 1996)

⁴³ JORGE MIRANDA... Op. cit.

⁴⁴ Vid. al respecto a: DOMINGO GARCÍA BELAUNDE. "Sobre la Jurisdicción Constitucional", en AA.VV. ANÍBAL QUIROGA LEÓN. "Una aproximación a la Justicia Constitucional: el Modelo Peruano". En *Sobre la Jurisdicción*

De todo este mercado constitucional, la fiscalización del control de la inconstitucionalidad por omisión se halla previsto en forma taxativa en la Constitución de Brasil de 1988, la novísima Constitución de la provincia federal de Río Negro de Argentina y, en parte, por el sistema germano.

De acuerdo con las características típicas del sistema norteamericano, el control de las omisiones inconstitucionales es de carácter especial, toda vez que tiene un efecto limitado a la decisión del caso concreto (efectos interpartes); pero a su vez existen ciertas particularidades propias de la jurisdicción constitucional de cada país. Así, por ejemplo, Brasil ha introducido dos tipos de procesos, la primera que es la inconstitucionalidad por omisión propiamente dicha, y cuya legitimidad procesal está acordada a determinadas personas. La resolución del Supremo Tribunal Federal se limita a instruir al órgano legislativo para que adopte las medidas pertinentes. Este constituye una suerte de *control abstracto*. Y el segundo proceso constitucional es el *mandato de injunção* que se concede a cualquier persona, siempre que, a falta de norma reglamentaria afecte un derecho constitucional. En el caso de la provincia patagónica de Río Negro, en Argentina, se acuerda a cualquier persona perjudicada una reparación por parte del Estado.

- b) *El sistema austriaco*. Por este sistema se atribuye el control de la constitucionalidad de las leyes y de las demás controversias constitucionales, ya no a un Poder Judicial, sino a un órgano especial denominado Corte o Tribunal Constitucional. De acuerdo con la característica típica de este sistema *concentrado*, el fallo sobre asuntos constitucionales tiene efectos generales o *erga omnes*. Existe este sistema en Alemania Federal, Austria, Chipre, España, Francia (en parte), Grecia, Italia, Liechtenstein, Noruega, Portugal –con su reciente reforma–, Suiza, Turquía, Yugoslavia; y se prevé en Brasil, Ecuador, Chile, Perú y Guatemala⁴⁵.

Actualmente es Portugal y, en parte en la letra de la aún superstite Constitución socialista de Yugoslavia, las únicas constituciones, dentro del sistema *concentrado* o *kelseniano* que prevén esta acción de inconstitucionalidad por omisión⁴⁶.

Sin embargo, en la práctica, el Tribunal Constitucional de España ya ha declarado a través de una resolución, el fenómeno de la inconstitucionalidad omisiva, y es probable que aun cuando positivamente no se regule en los textos constitucionales esta situación, vaya tomando cuerpo dentro de las atribuciones que tendrían las actuales Cortes o Tribunales Constitucionales.

4.2.5. *La razonabilidad del tiempo para editar la ley*. Aspecto sumamente complejo en la doctrina es el tiempo que tiene el legislador para que en un *plazo razonable* edite la norma de desarrollo constitucional.

Constitucional. PUC. Lima, 1990; y GERARDO ETO CRUZ. *Breve introducción al Derecho Procesal Constitucional*. Derecho y Sociedad. Trujillo, 1992.

⁴⁵ Recientemente se acaban de publicar dos estupendos trabajos desde distintas orillas, el de JOSÉ JULIO FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *La Justicia Constitucional europea ante el siglo XXI*. Tecnos. Madrid, 2002; y el de EDUARDO FERRER MAC-GREGOR: *Los tribunales Constitucionales en Iberoamérica*. FUNDAp. México, 2002.

⁴⁶ En la actualidad se han incorporado no solamente en Portugal Brasil, Argentina, Costa Rica; sino también en Hungría, Angola, Venezuela y la reciente del Estado de Veracruz en México. (Nota del 2002).

Vamos a ubicarnos en el asunto: ¿Qué pasa cuando el Poder Constituyente deja sentado todo un programa a cumplirse vía la legislación ordinaria que han de desarrollar los poderes constituidos? El problema de ver hasta cuándo el órgano legislativo no honra con el encargo que le fué impuesto, tiene cierta dosis de subjetividad y puede resultar en sí arbitraria. Se podría señalar que según la naturaleza material que encierra toda prescripción constitucional serviría para auscultar qué normas resultan ser constitucionalmente más inmediatas que otras para que pueda funcionar mínimamente el engranaje de un sistema jurídico que debe operar con cierto *stock* de normas sin las cuales la Carta Política, en terminología de KARL LOEWENSTEIN, devendría en *semántica*.

En la legislación comparada no existe un plazo expreso y más bien se ha planteado que la eficacia plena de las normas deben ser de hecho reconocidas en las hipótesis de que, transcurrido el plazo necesario a la promulgación de dichas leyes, el legislador no las ha creado.

Evidentemente que la ausencia de la norma reglamentaria de la Constitución no debe estar separada del contexto histórico. Así, bajo el primer Poder Constituido que sigue después de haberse dado una flamante Constitución, se espera que éste impulse una legislación de desarrollo constitucional. Lo propio ocurriría con los sucesivos gobiernos; empero, en este compás de espera puede quedar *ad calendas griegas* la implementación legal, según la discrecionalidad que tenga cada gobernante.

El eminente constitucionalista GERMÁN BIDART CAMPOS refiere un caso que podríamos llamar piloto para ilustración del tiempo en la mora legislativa. La Constitución de Argentina de 1853-1860 prevé que el Congreso tiene competencia para implantar el juicio por jurados (art. 24):

"... El congreso promoverá... el establecimiento del juicio por jurados); igualmente, el art. 67 inc. 11 prescribe: "...corresponde al congreso... dictar las (leyes) que requiera el establecimiento del juicio por jurados"; el numeral 102, a su vez, norma: "Todos los juicios criminales ordinarios... se terminarán por jurados, luego que se establezca en la República esta institución". No obstante que la Constitución argentina prevé hasta por tres veces el juicio por jurado; a más de un siglo de vigor, el Congreso jamás dictó norma alguna que impulsara el sistema de jurados. Hace mucho tiempo, según informa el profesor BIDART, llegó a la Corte Suprema una apelación en la cual en un proceso se alegaba la falta de jurisdicción del tribunal interviniente porque "el acusado interpretaba que sólo podía serlo ante un jurado, el que por obvias razones era inexistente. La Corte Suprema rechazó el alegato por estimar que el deber impuesto al Congreso para implantar el jurado no imponía al Congreso una obligación inmediata de índole legislativa". A renglón seguido, anota BIDART CAMPOS: "Seguramente se tuvo en cuenta que el art. 102 estipula que los juicios criminales se concluirán por jurados luego que se establezca en la República esta institución". De todos modos, queda planteado el interrogante de cuánto tiempo tiene el congreso para cumplir debidamente una omisión infractora de la Constitución"⁴⁷

Por nuestra parte, en forma modesta estimamos que si en la *dinámica constitucional* se evidencia la falta de una ley que los gobernantes han sido renuentes en implementarla, debería irse pensando en que el plazo razonable para producirse dicha ley debe ser por el lapso que dura una

⁴⁷ GERMÁN BIDART CAMPOS. *La Justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión...* Op. cit., p. 12.

legislatura ordinaria; tiempo suficiente para que, detectada una omisión de relevancia constitucional, el órgano fiscalizador deba declararlo así y señale el plazo razonable que tendría el legislador para crear dicha ley. Está demás advertir que este sistema tan sólo sería para normas constitucionales específicas y no para el conjunto normativo abstracto.

Queda, por último, analizar si acaso el órgano jurisdiccional que dicta una sentencia de inconstitucionalidad omisiva con el eventual añadido de conminar o más cortesmente *recomendar* que el legislador dicte la ley omisiva, ¿No estaría usurpando la función legisferante del Parlamento? Acordes con la concepción demoliberal que subyace en todo Estado de Derecho, cada órgano tiene funciones específicas, por lo que no cabe ningún tipo de usurpación de funciones. Esta posición, sin embargo, la estimamos que no es del todo sólida ni pertinente, pues dentro de la estructura de un estado constitucional, caben los frenos y contrapesos y la *fiscalización intra-órganos*. Así, el que el órgano jurisdiccional –bien provenga del Poder Judicial o de un Tribunal Constitucional– recomiende al legislativo editar la norma, en nada menoscaba las autonomías funcionales que cada órgano detenta.

En resumen, estimamos que el plazo otorgado al órgano legislativo debería ser de una legislatura ordinaria. Recuérdese que, en parangón con una reforma constitucional, ésta (para el caso peruano) debe ser aprobada en una primera legislatura ordinaria y ratificada en la siguiente legislatura ordinaria; de manera que no vemos por qué, en una legislatura, se elabore la ley exigible por el texto constitucional.

4.2.6. *Variantes de la omisión inconstitucional: la relevante y la parcial.* La doctrina portuguesa distingue dos variantes de omisión inconstitucional: la denominada *omisión relevante* y la *omisión parcial*. Veamos, en líneas generales, en qué consiste cada una de ellas.

- i) *La omisión relevante.* Esta omisión se configura cuando no existe todavía una ley o norma que desarrolle el precepto programático de la Constitución; sin embargo, se tiene conocimiento que en sede legislativa ya existe una iniciativa y todo un procedimiento en la cámara legislativa para editar la ley. Frente a esta situación, y aun cuando se haya presentado un proyecto de ley que desarrolle un mandato constitucional, en rigor, para el sistema jurídico, en nada altera la situación omisiva preexistente. En este sentido, el órgano jurisdiccional puede pronunciarse en la constatación de este silencio del legislador, independientemente que dicha iniciativa al final se cristalice en la dación de la ley requerible. *Contrario sensu*, si el juzgador conoce que se ha producido un acto positivo que aspira a honrar a la Constitución –específicamente al precepto programático– y existe un resultado específico como es la promulgación y publicación de una ley, evidentemente en este caso no da lugar a declarar la omisión por haberse conjurado con el acto positivo del legislador.
- ii) *La omisión parcial.* Existe dentro de la omisión inconstitucional la variante denominada *omisión parcial*, que en el fondo se traduce en una inconstitucionalidad por acción a través de un conjunto normativo que da un tratamiento favorable a ciertas personas o categorías de personas o instituciones, y desfavorece a otro tanto. A esta situación, la doctrina (fundamentalmente la alemana) le ha denominado *exclusión de beneficios incompatibles con el principio de igualdad*. En la práctica, esta omisión parcial se manifiesta cuando se da un tratamiento más favorable o desfavorable a personas o instituciones, estando todas en situación idéntica o

semejante. Y si esto es así, debería la ley también contemplar del mismo modo a ambos grupos. PESTOLOZA alecciona un ejemplo sobre el particular, haciendo abstracción de todo: "Una disposición contenida en la norma A, que por sí sola se presenta neutra, se puede transformar en una discriminación, si a otro grupo otorga situación más favorable, o menos restrictiva mediante la edición de la norma B. No puede haber relevancia para la decisión del Tribunal Constitucional el hecho de la afrenta al principio de igualdad que surge de una norma o de un complejo de normas esto es, si resulta una interpretación aislada o sistemática. A darse tratamiento idéntico a los dos grupos. Es posible que la lesión suceda de la exclusión de eventual beneficio, pero y sobre todo, de otorgar ventajas a terceros. La impugnación no apunta a la extensión del beneficio, sino a su propia supresión (...) la, inconstitucionalidad reside en esos casos en la propia ventaja otorgada a otro" ⁴⁸.

Como se podrá apreciar, la inconstitucionalidad por omisión parcial importa otorgar el reconocimiento de determinados derechos—vía legislación ordinaria— a determinados segmentos eventualmente privilegiados, violándose así el principio paritario, pues omite a través de dicha ley, normar el otro segmento discriminado. Un caso piloto en el Perú sería lo que dispone la Ley Universitaria No. 23733 que, en el art. 53 se prescribe:

"Las remuneraciones de los profesores de las Universidades públicas se homologan con las correspondientes a las de los Magistrados Judiciales "

Ocurre, sin embargo, que en la práctica se discrimina a los profesores universitarios; no se cumple con homologar en forma paritaria, violándose inclusive el art. 60 de la Constitución que dispone un sistema único de homologación para los servidores del Estado.

4.2.7. *¿Existe responsabilidad del legislador por las omisiones en que incurre?* Existe un punto muy controvertido en la doctrina respecto a si el órgano legislativo debe o no ser responsable por la mora en que incurre en el dictado de las leyes que rellenen de eficacia real a los mandamientos constitucionales. Al respecto, el profesor KORZENIAK ha reflexionado lo que transcribimos *in extenso*:

"Se pregunta cuál es la responsabilidad del Legislador, cuando la norma programática ha ordenado que se legisle sobre alguna materia y la legislación no es dictada. Como no es nada frecuente que la Constitución fije algún término para que la actuación legislativa se produzca, es imposible determinar jurídicamente en qué momento se habría producido el *incumplimiento* del Legislador. Por, otra parte, aunque ese término estuviese establecido, debe aceptarse que no se produce en la hipótesis responsabilidad alguna de tipo jurídico. La dinámica de los cuerpos legislativos es esencialmente política; por ello, las leyes se proponen o no, se aprueban o no, según resulte de factores de impulso de ese carácter. El Derecho obra en este campo a modo de límite, pero no como factor dinamizante. Por consecuencia, a lo sumo podría pensarse en la existencia de una *responsabilidad política*. Pero, en todo caso, ella sería del cuerpo legislativo (responsabilidad *orgánica*) y no de los legisladores individualmente, por lo que en definitiva no existen dispositivos jurídicos que permitan hacerla efectiva. Tal vez en

⁴⁸ Citado por GILMAR FERREIRA MÉNDEZ. *Controle de Constitucionalidad*. Ed. Saraiva. Sao Paulo, Brasil, 1990, p. 62.

algún caso, –más bien rebuscado– pudiese encontrarse la *chance* de pertenencia de una *censura política* o hasta de un *Juicio Político*, sería la hipótesis en que la ley ordenada por la norma programática fuese de iniciativa privada o exclusiva del Poder Ejecutivo. Podría sostenerse la pertenencia de algunos de esos institutos por la omisión en elaborar y presentar el proyecto" ⁴⁹.

Está claro que el autor citado, si bien no quiere reconocer responsabilidad alguna, de tipo jurídico, si concluye en que puede existir, como de hecho existe, una *responsabilidad política* del Parlamento; pues si bien el cuerpo electoral es representado a través de esta institución, fundamentalmente para legislar y fiscalizar, la falta de legislación genera una responsabilidad. Sin embargo, el problema se plantea en toda su crudeza para la disciplina del derecho constitucional, encargado de dar las soluciones a tan espinosos problemas: si hay o si se conviene en que habría una responsabilidad política del órgano legislativo ¿A través de qué mecanismos se posibilitaría dicha responsabilidad? Aunque parezca insólito, en el derecho constitucional aún no se ha internalizado a través de las normas y de los hombres la idea de lo que es una *obligación*.

En efecto, en la práctica se observa que la *obligación constitucional* es distinta a la obligación del derecho civil. En las constituciones todavía no se acostumbra a tomar cuerpo y solidez de lo que es una obligación constitucional; y por ella, tentativamente se podría señalar que constituye el deber jurídico normativamente establecido en la Constitución para que, tanto los de *detentadores* del poder como los *destinatarios* del mismo, realicen positivamente lo que el texto prevé y ordena y a cuyo incumplimiento por parte del obligado es imputable como consecuencia una determinada sanción.

Respecto a qué mecanismos deben impulsarse para hacer efectiva la responsabilidad política por las omisiones del legislador, aunque parezca sorprendente, aún no se ha avanzado mucho; y esto es consecuencia de que aún no existe una concepción en el campo del derecho constitucional en torno a las obligaciones de los gobernantes. Así, mientras en el derecho civil las obligaciones se levantan bajo el andamiaje histórico del derecho romano, que ha previsto casi todo; en el derecho constitucional, resulta sorprendente que aún se estén buscando las soluciones a estos problemas, como el caso que nos ocupa.

Lo que sí es una verdad irrefutable, y en esto el derecho constitucional viene haciendo una catequesis, es en afirmar contundentemente que el Estado tiene una serie de obligaciones ⁵⁰ frente a la sociedad; en particular en el campo de los derechos que, en terminología de la ONU, son los de orden

⁴⁹ JOSÉ KORZENLAK. "Clasificación de normas constitucionales". En *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Vol. III (APENDICE); Bs., p. 166.

⁵⁰ Al respecto, el profesor BIDART CAMPOS expresa: "Ningún órgano de poder debe violar la Constitución; todo órgano de poder debe cumplirla y respetarla; lo que, dicho de otro modo, arroja la obligación de no hacer lo que la Constitución prohíbe, y de hacer lo que ella manda. La Constitución grava al poder mismo con obligaciones que bien merecen denominarse obligaciones constitucionales –así como las hay propias del derecho civil, o del comercial. La Supremacía de la Constitución es un marco, es un techo que entre otras muchas cosas, sirve para limitar el poder que ella organiza y para encarrilar su funcionamiento sin admisión de evasiones transgresoras" en GERMÁN BIDART CAMPOS. *Diseño del poder en la Constitución Argentina de 1853-60* En IUS ET PRAXIS. Universidad de Lima. Julio, 1986, No. 7., p. 50.

económico, sociales y culturales. De allí que las cláusulas programáticas –como mandamientos para el gobernante– para que puedan realizarse, requieren de toda una política estatal que cubra los elementales derechos a la salud, alimentación, vivienda, trabajo, educación, recreación, cultura, etc.

Por otro lado, es necesario ir repensando en impulsar frente a las obligaciones del Estado una responsabilidad similar a la *extracontractual* buscando un antídoto más eficaz contra la omisión: la *reclamación directa, del ciudadano contra el Estado*⁵¹. Si bien la tendencia contemporánea es que el Estado es responsable por sus actos⁵², es necesario ir avanzando en que también por sus omisiones, particularmente cuando causan perjuicio concreto a las personas en materia de derechos constitucionales, el perjudicado podría tener llano el camino para activar un proceso. Sobre este aspecto, como ya se tiene dicho, la provincia federal de Río Negro (en Argentina) y en Brasil, son las constituciones de avanzada en la actualidad.

5. LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

Aunque este fenómeno se presenta en la mayoría de cartas fundamentales, son pocos, sin embargo, los sistemas comparados que ofrecen un tratamiento más o menos orgánico. Con todo, se puede encontrar ya algunos sistemas de control de inconstitucionalidad por omisión. No hay, en principio, una receta ni un criterio uniforme ni preferido. Incluso, aunque existen ya ciertos tipos empíricos de fiscalización o evaluación del fenómeno omisivo de inconstitucionalidad, aún no se ha consolidado alternativas de solución; y lo que existe a nivel de las constituciones, deriva de las particulares características propias de su jurisdicción constitucional.

5.1. EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DE ALEMANIA

En el derecho alemán se ha consagrado la tesis de que cuando el Poder Constituyente obliga al Poder Constituido la dación de determinadas leyes, y si dentro de un plazo razonable o del estipulado por la propia Constitución el legislador no desarrolla dichos mandatos, en rigor, su mora supone

⁵¹ "La Doctrina de la inmunidad soberana del Estado en materia de responsabilidad contractual o extracontractual se encuentra en franco retroceso el mundo. Aun en los Estados Unidos donde la inmunidad del Estado era doctrina fundamental del *Common Law* se dio una Ley denominada Federal Tort Claims Act en la que se establece expresamente que el Estado es responsable extra contractualmente en la misma forma y con el mismo alcance que las personas privadas. En un caso ventilado ante la Corte Suprema del Estado de Nuevo México, el Vocal informante MONTÓYA manifiesta que "La justificación original de la doctrina de la inmunidad soberana era el arcaico punto de vista de que el soberano no puede causar daño alguno. Decididamente no es necesario que la Corte pierda su tiempo en refutar ese principio feudal". Y, el mismo MONTÓYA citando una ejecutoria anterior de la misma Corte, apunta que "es verdaderamente increíble que en esta época moderna de una comparativa ilustración sociológica, y en una república, el absolutismo medieval que se encuentra implícito en la máxima el Rey no puede causar daño alguno (no puede estar equivocado ni ser injusto); deba exonerar a las diversas ramas del Gobierno de la correspondiente responsabilidad por los perjuicios que causen..." FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA. "La Responsabilidad Extracontractual del Estado", en *Libro Homenaje a Rómulo E. Lanatta G. Cult. Cuzco*, 1986, p. 174. Una mayor ampliación sobre el tema, puede verse del mismo autor: *La Responsabilidad Extracontractual*: 2 Tomos; Vol. IV especialmente el T. 2 Biblioteca. *Para leer el Código Civil*. PUC. Lima, 1988.

⁵² DE TRAZEGNIES GRANDA. "La Responsabilidad extracontractual"... Op. cit., p. 243.

una violación al precepto jurídico constitucional. La Corte Suprema puede ajustar la solución del caso al precepto jurídico constitucional no desarrollado por el legislador ordinario, sin perjuicio de que éste ejerza sus atribuciones constitucionales en el futuro. Por otro lado, la doctrina alemana ha consolidado la identificación de la llamada *arbitraria exclusión de beneficios*, caracterizada por el enjuiciamiento axiológico de determinados derechos constitucionales frente a otros, dando así prevalencia y nivel de jerarquía entre intereses distintos. En esta perspectiva, se seleccionan determinados intereses a fin de dar preeminencia a unos sobre otros, tratando de armonizar *in globo* los derechos fundamentales y adjudicando un mayor grado de vigencia a unos sobre otros. Esta situación permite el reconocimiento de determinados segmentos eventualmente discriminados frente a la falta de un desarrollo legislativo proclamado por la Constitución.

Interesa señalar que la *Ley Fundamental del Boom*, aunque en forma expresa no ha regulado el fenómeno de la inconstitucionalidad omisiva, ha sido la jurisprudencia germana causa de una interesante tendencia que puede resumirse, siguiendo a ROLANDO E. PINA,⁵³ en lo siguiente:

1. La Corte ha individualizado los valores a los que se vinculaban los intereses explicitados por las normas constitucionales; y los ha unificado en el nivel superior de la escala jerárquica de valores, como principios básicos del orden jurídico. Esto es, ha asimilado la llamada *arbitraria exclusión de beneficios*, caracterizada por establecer una discriminación fundada entre individuos o grupos y, además reconociendo determinados derechos a segmentos eventualmente encontrados.
2. Si el Poder Legislativo no dicta las leyes que adecúen la legislación general a la cláusula constitucional; y si la cláusula no tiene término perentorio que rijan la labor legislativa, cuando el Poder Legislativo demore más tiempo del que prudentemente puede necesitar para redactar la ley correspondiente, esa demora, dentro de las características del caso judicial, puede considerarse inconstitucional.
3. Para algunos casos, 20 años de demora hace inconstitucional el retardo legislativo y debe solucionarse el caso del modo más favorable para la vigencia.
4. La Corte Suprema no sustituye la voluntad del Poder Legislativo porque resuelve la cuestión dentro de las particularidades del caso y expresamente señala que, a pesar de su fallo, nada obsta a que el legislador dentro del marco constitucional aplique la cláusula dictando la ley.
5. Queda reservado a la Corte Suprema resolver sobre si el legislador omitió ejercer sus funciones de acuerdo con su deber legal, ya que la vigencia de la Constitución no puede depender de que al legislador le guste o no cláusula constitucional, o depender de que se le ocurra o no aplicar esa cláusula dictando la ley respectiva.
6. Definiendo el contenido de la cláusula constitucional explica cómo las características del caso violan las relaciones de interés que ella explicita, así como afecta la vigencia de los valores que conceden legitimidad a tales intereses.
7. Pondera minuciosamente los efectos de la operatividad de la cláusula constitucional.
8. Ratifica como valor superior la dignidad humana, estando el orden social al servicio de su realización, siempre con arreglo a las particularidades del caso y sin caer en declaraciones abstractas.

⁵³ ROLANDO E. PINA. *Cláusulas constitucionales operativas y programáticas*. Bs. As., Ed. Astrea. 1973, pp. 70-72.

5.2. EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DE PORTUGAL

La Constitución portuguesa es el primer elemento inédito en haber consagrado el fenómeno de la inconstitucionalidad por omisión en su texto de 1976.

Cabe puntualizar que, tal como estuvo prefigurado, existió una suerte de fiscalización política a la inconstitucionalidad por omisión, cuyas características, *grosso modo*, fueron las siguientes:

- a) Se otorgó competencias al Consejo de la Revolución –que tenía funciones de Consejo del Presidente de la República– para ser el "garante de la observancia de la Constitución (art. 142).
- b) Se le confirió al Consejo de la Revolución el de velar por la adopción de las medidas necesarias en el cumplimiento de las normas constitucionales para lo cual podría formular recomendaciones (art. 146 inc., b).
- c) En caso de que la Ley Fundamental resultara incumplida por omisión de las medidas legislativas necesarias para hacer aplicable las normas constitucionales, el Consejo de la Revolución recomendaba a los órganos legislativos competentes que las dictara en un plazo razonable (art. 279).

Frente a esta situación, la Constitución lusitana ha sufrido reformas. Así, los mecanismos de control de la inconstitucionalidad por omisión ya no es de competencia actual del Consejo de la Revolución, que ha desaparecido, sino de otras entidades.

Actualmente, el art. 283 regula que:

- a) A requerimiento del Presidente de la República, del Proveedor de Justicia, o con fundamento en la violación de derechos de las regiones autónomas de los presidentes de las asambleas regionales, el Tribunal Constitucional aprecia y verifica el no cumplimiento de la Constitución por omisión de las medidas legislativas necesarias para hacer exigibles las normas constitucionales.
- b) Cuando el Tribunal Constitucional verifique la existencia de la inconstitucionalidad por omisión, dará conocimiento de esto al órgano legislativo competente.

En el marco de la reforma introducida, actualmente cabe encontrar, como muy bien ha apuntado JORGE MIRANDA⁵⁴, cuatro diferencias básicas entre el régimen de fiscalización de la Constitución de 1976 y las reformas de 1982. Así tenemos:

- i) En la Constitución de 1976, la fiscalización le correspondía al Consejo de la Revolución de oficio, como garantía del cumplimiento de la Constitución (art. 146, inc., b y 279); en la actual, carece de iniciativa y se le otorga a otros órganos dicha iniciativa (art. 283, inc. 1).
- ii) En la Constitución de 1976, el Consejo de la Revolución presidía a la Comisión Constitucional (art. 284, línea b); en la actual, es el Tribunal Constitucional el que aprecia por sí solo.
- iii) En la Constitución de 1976, verificada la existencia de la inconstitucionalidad por omisión, dirigía una recomendación a los órganos legislativos (art. 279); en la actual,

⁵⁴ JORGE MIRANDA. *Manual de Direito Constitucional*. Oficinas Gráficas Da "Coimbra Editora Limitada". Tomo II. Portugal, 1988, p. 401.

el Tribunal Constitucional se limita a informar de este fenómeno de inconstitucionalidad al órgano competente (art. 283, inc. 2).

- iv) En la Constitución de 1976, el Consejo de la Revolución no era obligado a formular la recomendación (podía formularla); y no solamente a través de ella era verificada la inconstitucionalidad por omisión. Podía, así, a pesar del proceso, no ser declarada; en la actualidad, verificada la existencia de la inconstitucionalidad, el Tribunal debe dar conocimiento de ella al órgano legislativo, además de que su decisión es publicada en el Diario de la República (art. 122, inc. 1, línea 15).

Como se podrá apreciar, el Tribunal Constitucional de Portugal tiene atribuciones restringidas en lo que atañe a la omisión inconstitucional de la ley, estando sólo facultado a verificar la existencia de la inconstitucionalidad y dar conocimiento al órgano legislativo competente. En este sentido, como anota cierto sector que ha criticado la actual situación, el sistema portugués no da cabida a ampliar o construir jurisprudencialmente fallos que permitan prestar una eficacia plena a las normas constitucionales programáticas. No obstante, se ha dado un interesante paso positivo de un control de fiscalización política a una fiscalización esencialmente jurisdiccional.

5.3. EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DE YUGOSLAVIA

Aun cuando en la realidad se vienen impulsando una serie de cambios y reformas en los regímenes socialistas, sumado a los problemas de separatismo que ha generado una guerra en el interior de la República Socialista Federativa de Yugoslavia (CRSFY), merece rescatar la Carta Fundamental de Yugoslavia que fuera promulgada en febrero de 1974. En lo que atañe al tema, igualmente se prevé en el art. 377 lo siguiente:

"Si el Tribunal de Garantías Constitucionales de Yugoslavia hiciere constar que un órgano competente no hubiere dictado las normas de ejecución de la Constitución de la RSFY, de las leyes y de otras disposiciones y actos generales federales, estando obligados a dictarlas, informará de ello a la Asamblea de la RSFY"⁵⁵

Se podrá apreciar que este sistema, similar a la Constitución de Portugal, asigna un control de fiscalización al Tribunal de Garantías Constitucionales, cuya competencia jurisdiccional se enmarca en constatar la omisión en el dictado de la norma requerible por la Carta Política, el que sigue, secuencialmente a dicho paso, el de informar a la Asamblea Legislativa. Aunque hasta allí alcanza el sentido de la norma, no deja de verificarse la existencia de un control abstracto de la omisión inconstitucional y, aunque no se ha perfilado en forma expresa, el sentido de la norma apunta a que el TGC recomiende al órgano legisferante la dación en un plazo razonable.

5.4. RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DE BRASIL

La Constitución de Brasil de 1988⁵⁶ ha consagrado, con perfiles ciertamente singulares, la garantía de fiscalización al fenómeno de la omisión inconstitucional. En rigor, cabe destacar hasta dos meca-

⁵⁵ MARIANO DARANAS. *Las constituciones Europeas*. Vol. II. Ed. Nacional. Madrid, 1979, p. 2272.

⁵⁶ Sobre el régimen de Brasil. Véase el formidablemente trabajo de GILMAR FERREIRA MÊNDEZ. *Controle de Constitucionalidade*. Ed. Saraiva. Sao Paulo, 1990.

nismos de control. Al primero, bajo la modalidad abstracta de control de la omisión y que se expresa a través de la acción de inconstitucionalidad por omisión; y el segundo específica, concreta y se expresa a través del *mandato de injunção*. Veamos cada una de ellas:

- a) *La acción de inconstitucionalidad por omisión de normas abstractas* regulado en el art: 103 de la Carta brasileira, le otorga competencia para conocer dicha acción al Supremo Tribunal Federal que, en realidad, habrá de funcionar como una auténtica Corte Constitucional. Las personas legitimadas procesalmente para interponer la acción de inconstitucionalidad por omisión son: el Presidente de la República, la Mesa del Senado Federal, la Mesa de la Cámara de Diputados, la Mesa de la Asamblea Legislativa, el Gobernador de Estado, el Procurador General de la República, el Consejo Federal de la Orden de Abogados del Brasil, Partidos Políticos con representación en el Congreso Nacional, y la Confederación Sindical o entidad de clase de ámbito nacional. Este tipo de inconstitucionalidad que accionan dichas entidades pueden llevar a concluir, inevitablemente, en una declaración de inconstitucionalidad de todo el complejo normativo. En este caso, pues, nos encontramos ante un control abstracto de las normas constitucionales que no se tornan operativas vía la legislación ordinaria. De acuerdo al art. 103, inc. II, se prescribe que, "declarada la inconstitucionalidad por omisión de la medida para volver efectiva la norma constitucional será dada en conocimiento al Poder Competente para la adopción de las providencias necesarias y, tratándose del órgano administrativo, para hacerlo en 30 días". Aunque todavía no se pueden hacer proyecciones sobre la evolución de la técnica adoptada por Brasil, en realidad constituye un avance, pues resulta ser una de las últimas constituciones del mundo ⁵⁷. Y se podrá observar que ya no sólo se trata de verificar solamente la omisión inconstitucional sino que, una vez declarada jurisdiccionalmente, se hace efectivo lo dispuesto por el art. 103, inc. II; esto es, que el órgano legislativo pertinente debe adoptarlas "providencias necesarias". Si se trata de una inconstitucionalidad omisiva indirecta, en el cual el órgano administrativo ha incurrido en la falta, se establece taxativamente un plazo razonable de 30 días para hacerlo.
- b) En lo que atañe al *mandato de injunção*, éste constituye el mecanismo de control de la inconstitucionalidad por omisión parcial, cuya institución procesal se concede, "siempre que a falta de norma reglamentaria vuelva inviable el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales y las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, a la soberanía y a la ciudadanía" (art. 5, parágrafo LXXI). La Ley Fundamental brasileira reconoce la competencia del Supremo Tribunal Federal para juzgar originariamente el *mandato de injunção*. Su art. 102 prescribe:

"Es competencia del Supremo Tribunal Federal", principalmente, la garantía de la Constitución, correspondiéndole:

"Los mandados de *injução* cuando la elaboración de la norma reglamentaria estuviese atribuida al Presidente de la República, al Congreso Nacional, a la Cámara de Diputados, al Senador Federal, a las mesas de una de esas Cámaras Legislativas, el Tribunal de Cuentas de la Unión a uno de los Tribunales Superiores, o el propio Supremo Tribunal Federal"

⁵⁷ Sobre el particular véase el trabajo de DOMINGO GARCÍA BELAUNDE, "Procesos Constitucionales en la Constitución brasileña de 1988". En *Lecturas sobre temas constitucionales*. CAJ. Lima, 1990, pp. 91-105.

Prefigurado así, el *mandato de injunção* se destina a la defensa de los derechos constitucionales asegurados para las personas. En esta perspectiva, cabe interponer la acción en aquellas hipótesis en que sea posible reconocer que lo demandado tiene un interés jurídico lícito de ser preservado, vía la impugnación de la omisión parcial o indirecta. La Constitución Federal de Brasil se perfila, en forma relativamente original⁵⁸, como un modelo de control de la inconstitucionalidad por omisión en sentido amplio, frente a la inercia parcial de norma reglamentadora de los derechos públicos subjetivos. En este sentido, para ser viable el *mandato de injunção*, es necesario que se caracterice en forma concreta el deber de legislar; y, por otro lado, la posibilidad de lesión al derecho de eventual súplica. Aunque guarda evidente vinculación con el mandato de seguridad, éste último se activa cuando existe violación a un derecho constitucional en vía de acción, igual que la acción de amparo; empero, en el *mandato de injunção*, supone activarle frente a una omisión que ocasiona un perjuicio personal directo y concreto. La sentencia o fallo de la inconstitucionalidad parcial dictada en virtud del *mandato de injunção* preservaría la reglamentación inexistente, imponiéndole al legislador el deber de proceder a la supresión de inconstitucionalidad en el plazo razonable de 30 días, en caso que provenga del órgano administrativo.

5.5. RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DE LA ARGENTINA. LA PROVINCIA CONSTITUCIONAL DE RÍO NEGRO

En Argentina, dentro del marco de su sistema federal, la inconstitucionalidad por omisión ha sido introducida por la provincia patagónica de Río Negro a fin de buscar una vía de control más expeditiva para remediar la inconstitucionalidad sobre lo omitido. En efecto, el 3 de junio de 1988 la provincia de Río Negro sancionó su nueva Constitución y ha recepcionado en forma muy particular el tema que nos ocupa. En la sección dedicada al Poder Judicial, y dentro del capítulo II relativo al Superior Tribunal de Justicia, el art. 207 se refiere a la *competencia*; y en el parágrafo 29, inc. d) contempla un supuesto de jurisdicción originaria y exclusiva, que versa sobre la omisión inconstitucional. La norma prescribe que compete al Superior Tribunal en su instancia originaria conocer en las acciones por incumplimiento –esto es, *omisión* para nuestros efectos– en el dictado de una norma que impone un deber concreto a cargo del Estado provincial o de los municipios provinciales. Señala la norma que está legitimado para plantear una demanda de este tipo todo aquel que se sienta afectado en su derecho individual o colectivo.

El profesor argentino BIDART CAMPOS, al analizar la norma citada, advierte lo siguiente: "a) Cuando un órgano del Estado provincial o de un municipio de la provincia omite emitir una norma, y con esa omisión incumple un deber concreto; b) Queda abierto el acceso al Superior Tribunal mediante demanda judicial; c) A favor de todo aquél que cree perjudicado un derecho personal o colectivo"⁵⁹. De acuerdo con la Constitución, se ha señalado que el Superior Tribunal fija el plazo para que la omisión se subsane, lo que significa que notifica al órgano contumaz a editar la norma exigible. El ilustre constitucionalista BIDART CAMPOS, auscultando el texto rionegrino, señala que la misma prevé

⁵⁸ GILMAR FERREIRA MÉNDEZ... Op. cit.

⁵⁹ GERMÁN BIDART CAMPOS. *Las omisiones constitucionales en la novísima Constitución de la Provincia de Río Negro*. (sobretiro) Bs. As. Argentina, 1991, p. 949.

dos hipótesis: "a) Si ese órgano no cumple con el dictado de la norma, el Superior Tribunal *integra* el orden normativo resolviendo el caso con alcance limitado a él, o sea, no sustituye al órgano que ha incumplido el mandato de dictar la norma ausente, sino que suple solamente para el caso la carencia de norma mediante el operativo de la integración y obsérvase que el texto constitucional emplea (terminología por WERNER GOLDSCHMIDT), es decir, dicha sentencia en la que mediante norma individual colma la laguna normativa existente; b) Si la integración no es posible, el Superior Tribunal pone a cargo del Estado el pago de una indemnización cuyo monto debe resarcir el perjuicio soportado por quien lo acredita, es decir, por la víctima de la omisión"⁶⁰.

Como se podrá apreciar, el texto constitucional de la provincia de Río Negro se convierte ahora en obligada referencia por lo innovador, en el concierto de lo que a derecho constitucional positivo se refiere en el asunto que nos ocupa. El propio jurista argentino BIDART CAMPOS no puede ocultar su elogio y complacencia, pues lo califica como *audaz* y "el valor docente que normológicamente reconocemos al mecanismo reparador de las omisiones inconstitucionales nos obliga a hacer un elogio de este novedosísimo texto, convocado a permanente cita futura en el derecho argentino"⁶¹; y nosotros añadimos: del derecho constitucional comparado.

Una última concordancia del precepto 207, arriba glosado, es el que refiere el art. 14 de la Constitución de Río Negro, relacionado a la operatividad de los derechos y garantías enumerados o implícitos en la Constitución provincial, los que tienen plena operatividad, sin que su ejercicio pueda ser menoscabado por ausencia o insuficiencia de reglamentación. Igualmente establece que el Estado asegura la efectividad de aquellos derechos y garantías operativos, primordialmente vitales del hombre. Finaliza dicho precepto con proclamar que el Estado tiende a eliminar los obstáculos sociales, políticos, culturales y económicos, permitiendo igualdad de posibilidades. Este precepto, en rigor guarda un nexo con el dispositivo 207, por cuanto, en la hipótesis de que las normas que proclama el art. 14 no acusara una reglamentación debida, allí se patentiza el art. 207 a fin de que el Superior Tribunal afirme la operatividad de dichas normas a través de los resultados jurisdiccionales de una sentencia que acoja la pretensión del accionante.

6. LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN EN EL PERÚ

6.1. VISIÓN PANORÁMICA

Como lo ha señalado el decano de los constitucionalistas peruanos JOSÉ PAREJA PAZ SOLDAN, "La República del Perú ha vivido haciendo y deshaciendo constituciones"⁶² y las once Cartas que tiene en su inquieto repertorio republicano, todas –unas con mayor énfasis que otras– han estado preñadas de normas programáticas. Ningún texto político, incluida la vigente, como se verá luego, ha destinado *ex profeso* un mecanismo que garantice la obligación de dictarse la normatividad exigida por el *Poder Constituyente*.

⁶⁰ GERMÁN BIDART CAMPOS. *Idem*.

⁶¹ *Loc. cit.*

⁶² JOSÉ PAREJA PAZ SOLDAN. *Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979*. 3a. ed. Justo Valenzuela. Lima, 1984, p. 6.

En lo que va del presente siglo, recordemos tan sólo las tres cartas (la de 1920, la de 1933 y la actual de 1979) registran experiencias concretas que muchas de sus normas jamás se aplicaron por falta de leyes de desarrollo constitucional. La Carta de 1920 exigía una legislación sobre seguridad industrial (art. 47), que no se cumplió bajo dicho marco; lo propio una legislación sobre monopolios (art. 50); un Congreso Regional (art. 102 inc. 3° y 140); la existencia de un Consejo de Estado (art. 134), instituciones que no llegaron a tener encarnadura por falta de legislación *infraconstitucional*.

La Constitución de 1933, igualmente, exigía una ley sobre delitos monopólicos y de acaparamiento (art. 16); el Senado Funcional (art. 94 y IV disposición transitoria); la garantía de la Acción Popular (art. 133, que después de 30 años habría recién de reglamentarse por, curiosamente, un gobierno militar en los años 1962-63); el Consejo de Economía Nacional (art. 182); el Consejo Departamental (art. 184-194).

Lo mismo podría decirse de las demás constituciones del siglo pasado y, aunque existían mecanismos indirectos, por ejemplo el derecho de petición que fue normado por todas las constituciones⁶³, todas, sin embargo, estuvieron signadas bajo un sistema de control político de jurisdicción constitucional. Así, la primera Constitución de 1823 prescribía lo siguiente:

"Art. 90 (inc. 1°) 'Las atribuciones del Senado son: velar sobre la observancia de la Constitución'.

Art. 186: 'El primer cuidado del Congreso, luego después de la apertura de sus sesiones, será examinar las infracciones de la Constitución que no se hubieren remediado, a fin de decretar lo necesario para que se haga efectiva la responsabilidad de los infractores'.

Art. 187: 'Todo peruano debe reclamar ante el Congreso, ante el Poder Ejecutivo, o ante el Senado la observancia de la Constitución y presentar fundadamente las infracciones que notare'"

A partir de dicha matriz normativa se estableció el arquetipo para las demás constituciones: Constitución de 1826: art. 51, inc. 1° y 2°; Constitución de 1828: arts. 94, inc. 1°, 173 y 174; Constitución de 1834: arts. 101, inc. 3°, 165, 178; Constitución de 1839: arts. 103, inc. 1° y 177; Constitución de 1856: arts. 10, 54, 61; Constitución de 1860: art. 59, inc. 4°, 107 y 185; Constitución de 1867: art. 59, inc. 4°; Constitución de 1920: art. 16, 83, inc. 4°; Constitución de 1933: art. 26, 123, inc. 4°.

La Constitución de 1933 prescribía lo siguiente:

"Art. 26. 'Pueden interponerse reclamaciones ante el Congreso por infracciones de la Constitución'.

Art. 123. 'Son atribuciones del Congreso (inc. 4°) examinar las infracciones de la Constitución y disponer lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores'"

Pese a todas las disposiciones que afirmaban un control político, en realidad no existió verdaderos mecanismos de una Jurisdicción constitucional capaces de suplir la inercia legislativa.

⁶³ Constitución de 1823: art. 193 inc. 5°, Const. de 1828: art. 169; Const. de 1834: art. 164; Const. de 1839: art. 171; Const. de 1856: art. 29; Const. de 1860: art. 30; Const. de 1867: art. 28; Const. de 1920: art. 30; Const. de 1933: art. 60.

6.2. LA JURISDICCION CONSTITUCIONAL EN EL TEXTO DE 1979

La Jurisdicción Constitucional en el Perú se ha vertebrado, a partir de su vigente Carta Política de 1979, a través de un sistema dual o paralelo, en virtud de que coexisten en forma armónica un Poder Judicial (modelo Americano) con atribuciones para conocer conflictos constitucionales a través de las acciones de garantía del *habeas corpus*, amparo y acción popular y un Tribunal de Garantías Constitucionales (Sistema Europeo) competente para conocer las acciones de inconstitucionalidad de normas que contravienen la Ley Mayor, sea por la forma o por el fondo, además de la facultad de casación de las resoluciones denegatorias de las acciones de *habeas corpus* y de amparo, una vez que se haya agotado la vía judicial.

Un análisis sistemático del texto político permite afirmar que en nuestro sistema de jurisdicción constitucional no se pretendió crear, ni ha quedado registrado, un mecanismo *ex profeso* para viabilizar el remedio que cura el ocio legislativo, salvo lo que tradicionalmente existe dentro del marco de la iniciativa legislativa del Presidente de la República (art. 211, inc. 9°), de la Corte Suprema (art. 239) y los Gobiernos Regionales, incluida obviamente la iniciativa inherente de los senadores y diputados (art. 190); preceptos éstos que estuvieron presente en los pocos anteproyectos de las Comisiones Partidarias en la Asamblea Constituyente (APRA: art. 135, PPC: art. 68, PDC: Título 11; PCP: art. 166 y la iniciativa popular en el art. 167, UDP: art. 30 y PSR: art. 197).

Existe, tal como está registrado en la documentación del Acto Constituyente de 1978-79, un singular proyecto que pretendió parciales mecanismos frente al fenómeno de la omisión inconstitucional. Y éste fue el proyecto del Partido Socialista Revolucionario (PSR), que en el art. 215 estableció:

"Son atribuciones del Tribunal de Garantías Constitucionales:

7. Apremiar a los órganos o autoridades del Estado que se hallen tramitando recursos interpuestos en base al derecho de petición consagrado en el art. 73⁶⁴ de la presente Constitución, para que adecúen su procedimiento a los principios establecidos en dicho artículo, a instancia de la parte interesada.

8. Velar, de oficio, por el cumplimiento pleno de los derechos constitucionales establecidos en la presente Constitución función para cuyo cumplimiento, la Constitución le otorga la más alta autoridad en la República, cuanto en materia de investigación como de resolución"⁶⁵

Sin embargo, dicho proyecto no fue considerado, tan igual que las originales propuestas de JAVIER VALLE RUESTRA, el mentor del TGC. A duras penas llegó a redactarse el vigente, pese a que en la mentalidad del legislador constituyente se tuvo muy en cuenta el mediocre rol de una magistratura

⁶⁴ Art. 73. "Todos los ciudadanos podrán presentar, individual o colectivamente, a los órganos del Estado o a cualquier autoridad, peticiones, exposiciones, reclamaciones o quejas para la defensa de sus derechos, de la Constitución, de las leyes o del interés general. El órgano o autoridad que recibiera estos recursos deberá tramitarlos y resolverlos de acuerdo a los principios procesales de simplicidad, celeridad y eficacia, pudiendo el peticionario exigir su cumplimiento, y el Tribunal de Garantías Constitucionales apremiarlo para que los cumpla a instancia de parte interesada".

⁶⁵ RUBIO-BERNALES. *Constitución: Fuentes e Interpretación*". Mesa Redonda. Lima, 1988, p. 342.

timorata; salvando, por supuesto, las muy honrosas excepciones que, engarzadas en el Poder Judicial, mostraron timidez a un Poder Ejecutivo dictatorial y avasallante. Es probable que el escaso o nulo rol histórico de un Poder Judicial obsecuente ante el Poder Político haya sido la razón de fondo para que se incorpore un órgano jurisdiccional distinto al Poder Judicial, el que estuvo anclado a un antecedente inmediato: el anteproyecto de Constitución de España de 1978. Con todo, y tal como está actualmente regulado el sistema de jurisdicción constitucional en el Perú, cabe señalar que el tema de la inconstitucionalidad por omisión, en rigor, no fue incluido en los debates de la Asamblea Constituyente, pese a la singular propuesta del PSR.

6.3. EL DEBATE EN EL PROYECTO DE LA LEY DE HABEAS CORPUS Y AMPARO

A nivel de la legislación ordinaria, el tema de la omisión inconstitucional fue previsto cuando se debatió en la Comisión que elaboró la Ley de Habeas Corpus y Amparo. Lo ha registrado ALBERTO BOREA ODRÍA: "La mayoría de la Comisión aprobó un artículo, que en el proyecto llevaba el número 26", en que se señalaba que "No dan lugar a la acción de amparo aquellos derechos constitucionales cuyo ejercicio exige la previa reglamentación legal, mientras ella no se haya dictado"⁶⁶. La exposición de motivos fundamentó dicho precepto esgrimiendo lo siguiente:

*"... el artículo 26 establece la no procedencia del Amparo en aquellos casos en los cuales sea necesario la previa reglamentación legal y mientras ésta no se dicte. Es decir, la Comisión, ha hecho suya la distinción entre normas operativas de propio cumplimiento (ejemplo, la libertad de tránsito) de aquellas programáticas que tienen reserva de la ley, esto es, que para que surtan sus efectos debe ser reglamentadas (así por ejemplo, el mandato contenido en el art. 11 de la Constitución del Estado). La Comisión es conciente que el tema está erizado de dificultades, pero, se ha inclinado, con la excepción que se presenta por separado, en este criterio realista, pues de lo contrario, se tendría que obligar a los jueces a que en sus resoluciones emitan órdenes que por sus alcances no serían actos jurisdiccionales, sino legislativos"*⁶⁷

Frente a este temperamento, BOREA ODRÍA emitió un voto singular proponiendo la procedencia de la Acción de Amparo en aquellos casos en los cuales sea necesario la previa reglamentación legal. El voto en minoría textualmente fue como sigue:

"Como lo señala el proyecto en la Exposición de Motivos, muchos han sido los puntos en los cuales los miembros de la Comisión hemos armonizado criterios no obstante haber, en trabajos previos sostenido algunos puntos en discordia con lo que ha sido aprobado finalmente en el texto. En todos ellos imperó la necesidad de presentar un solo proyecto para agilizar el trabajo sin alterar la sustancia del mismo. No obstante, he creído fundamental formular un solo voto singular respecto a la procedencia de las acciones de garantía cuando no se ha reglamentado una cláusula constitucional que crea un derecho".

"La doctrina, cierto es, ha distinguido entre las llamadas normas operativas y no operativas en el texto de una Constitución, así lo ha señalado por ejemplo el profesor

⁶⁶ ALBERTO BOREA ODRÍA. *El Amparo y el Habeas Corpus en el Perú de Hoy*. Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional. Lima, 1985, p. 187.

⁶⁷ Véase la exposición de motivos en el libro de ALBERTO BOREA ODRÍA... Op. cit. p. 349.

argentino JORGE REINALDO VANOSI. *Se ha querido concluir de esto que las llamadas cláusulas no operativas no crean inmediatamente un derecho, sino que su aplicación y en consecuencia su proyección en la vida jurídica, sólo se da en la medida en que el ente legislativo lo reglamenta. Esto es, en efecto una cláusula no operativa, pero hay muchos derechos constitucionales en los que en el propio texto no se exige una reglamentación posterior y que sin embargo una prolongada actividad legislativa los podría hacer devenir en ilusorio"*

"Aquí a mi entender hay un conflicto entre el Poder Constituyente y las atribuciones del Poder constituido. El ocio legislativo es, creo yo, una manera de violar la Constitución por omisión. Si la ley no reglamenta el derecho no puede dejarse al ciudadano sin su protección"

"Es un principio general del derecho que ha sido incorporado con categoría constitucional el que los jueces no pueden ni deben dejar de administrar justicia por deficiencia de la ley. La ausencia de reglamentación crea un vacío. Los vacíos no pueden entenderse como tales en el sistema jurídico, el que es suficiente en sí para resolver los conflictos que se presentan. En esta medida, los tribunales deben de llenar este ocio legislativo con una resolución aplicable al caso concreto, resolución supletoria de la voluntad legislativa, transitoria y derogable en el momento en que el órgano de poder del Estado encargado de la formulación de la norma, dicte la medida de carácter general"

"Quiero poner un ejemplo para explicar claramente la idea de este voto singular. Si por ejemplo, la Constitución ordena la formulación de un salario mínimo vital y su regulación cada año. Si han pasado dos o tres años y no se ha reajustado los mismos, cualquier sindicato podría recurrir a la Corte para que se fijen estos salarios mínimos. La Corte juzgará y fallará siendo su resolución aplicable a este caso concreto del reclamante y sólo hasta la dación del instrumento legal aprobado por el poder legislador. Así no se viola el principio constitucional lesionado por la holganza legislativa ni se agrede el principio de la separación de poderes. En este sentido ha opinado por ejemplo, en reciente artículo, el profesor GERMÁN BIDART CAMPOS, posiblemente el mejor profesor de Derecho Constitucional Latinoamericano"

"Un Estado de Derecho debe de poder solucionar los casos en los cuales uno de los poderes no cumple con su función, lo contrario sería como lo dijo HAMILTON en El Federalista, hace ya doscientos años, aceptar una dictadura congresional"

En consecuencia, el texto del artículo deberá, quedar para mi de la siguiente manera: Artículo 26. No dan lugar a la acción de garantía la violación de derechos en los que la oportunidad de la reglamentación legal se deja al libre arbitrio del legislador" ⁶⁸

A criterio del constitucionalista y destacado político ALBERTO BOREA ODRÍA, y siguiendo el derrotero abierto por el maestro BIDART CAMPOS y reforzando su posición, ha sostenido: "Si ha pasado un tiempo razonable y el legislador no ha cumplido con pronunciarse sobre el tema que la Constitución ordena, cabe la interposición de la acción de amparo y la suplencia de la inactividad legislativa por medio de una resolución judicial aplicada solamente al caso concreto del reclamante y con vigencia tan sólo hasta que el Poder Legislativo cumpla con emitir la norma" ⁶⁹.

⁶⁸ ALBERTO BOREA ODRÍA... Op. cit., p. 353-354.

⁶⁹ Loc cit., p. 188.

Cuando la Comisión terminó el proyecto de la Ley de Habeas Corpus y Amparo, éste fue aprobado por el Consejo de Ministros y posteriormente remitido al Parlamento ⁷⁰. En el Congreso, la Comisión de Constitución revisó el proyecto e hizo diversos retoques. Suprimiendo el art. 26 del proyecto original y quedó el art. 25 que establece:

"No dan lugar a la acción de amparo los derechos a que se refiere la Sexta de las Disposiciones Generales y Transitorias de la Constitución" ⁷¹

Esto es, oficialmente se prohíbe en forma implícita ejercitar la acción de amparo precisamente para aquellos derechos humanos de orden económico, social y cultural que significan un egreso crematístico al Estado.

Como se podrá apreciar, en el interior de la Comisión que elaboró el Proyecto de la Ley de Habeas Corpus y Amparo existían, particularmente para el caso que nos ocupa, una posición en mayoría ⁷² que no comparte el criterio de impulsar el amparo contra las omisiones legislativas; sin embargo, hubo una solitaria pero audaz posición en minoría de BOREA ODRÍA por hacer viable el amparo, aunque en forma restringida para la omisión inconstitucional.

No obstante, a nivel de la propia Ley de Habeas Corpus y Amparo 23506, existe una norma que bien podría significar una válvula de escape inusitada, vía las llaves hermenéuticas de una jurisprudencia audaz y creativa: hacer viable el amparo contra las omisiones normativas, a tenor del art. 2 que *in verbis* dispone:

"Las acciones de garantía proceden en los casos en que se violen o amenacen los derechos constitucionales por acción, o por omisión, de actos de cumplimiento obligatorio" ⁷³

Por otro lado, y sumado a una interpretación sistemática del texto fundamental, bien podría entenderse que la propia Constitución enfatiza expresamente la tendencia progresiva a materializar las normas programáticas; por lo que el amparo, a criterio nuestro, se abre camino para conjurar el daño irrogado por una omisión normativa que queda a capricho del órgano responsable. El tiempo irá aclarando este panorama, aun cuando debe irse afirmando con vehemencia la justiciabilidad de las omisiones inconstitucionales vía el amparo.

⁷⁰ Véase el Prólogo que hace DOMINGO GARCÍA BELAUNDE al libro ya citado de ALBERTO BOREA ODRÍA (pp. 7-12) o en su obra *Teoría y Práctica de la Constitución Peruana*. Vol. 1. Lima, 1989.

⁷¹ Constitución Política del Perú: Sexta disposición general y transitoria: "Las disposiciones constitucionales, que irrogan nuevos gastos e inversiones, se aplican progresivamente. La Ley Anual de Presupuesto contempla el cumplimiento gradual de esta disposición".

⁷² Como anota DOMINGO GARCÍA: "Lo importante de este proyecto es que fue aprobado por consenso, y aún sin estar sus miembros de acuerdo en todas y cada una de las cláusulas, fue firmado por todos ellos, quienes de esta manera evitaron la presentación –tan frecuente en nuestro medio– de proyecto en minoría y proyecto en mayoría. Fue inevitable el voto singular que presentó BOREA a la Comisión (sobre un punto muy concreto) y que como tal aparece publicado en forma aparte, en el Diario Oficial "El Peruano". Naturalmente se trata de un punto de vista interesante y con acogida en cierto sector de la doctrina, pero que a los demás miembros de la Comisión no nos pareció convincente" (Vid., el Prólogo... Op. cit., p. 15).

⁷³ Al respecto, existe una pionera demanda que planteara precisamente BOREA ODRÍA en torno al ocio legislativo. Se trató de una acción de amparo contra el Gobierno a fin de que cumpla con proporcionar acceso gratuito al PPC a todos los medios de comunicación social de propiedad del Estado. Vid. "Vox Populi". Op. cit., p. 207-234.

6.4. LOS CASOS DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN: UN BREVE REGISTRO EN EL TEXTO CONSTITUCIONAL DE 1979

En la actualidad resulta ya factible, a más de 10 años de vigencia constitucional (1980-90), auscultar los preceptos constitucionales estrictamente programáticos que no tienen ninguna vigencia real por la carencia de legislación ordinaria, debido a la conducta renuente y omisiva del gobierno, en especial del órgano legislativo.

Sin embargo, es preciso aclarar –desde una perspectiva de la sociología política–, no se trata de que el Parlamento haya tenido poca iniciativa en la legislación que le corresponde por expreso mandato constitucional (art. 190), sino que ella ha sido bizantina. En efecto, irónicamente, durante los primeros 10 años se llegaron a presentar "más de 8,000 proyectos de ley. La mayoría de estos proyectos puede calificarse claramente como intrascendentes para el funcionamiento del Estado y, muchos, de ellos sólo han logrado entorpecer las relaciones entre la sociedad y el Estado" ⁷⁴.

De esta ubérrima iniciativa legislativa, sólo llegaron a cristalizarse en los diez años un total de 2,049 leyes, más 612 decretos legislativos del Ejecutivo. En el régimen de BELAUNDE TERRY (1980-85) se elaboraron 1,060 leyes y 348 decretos legislativos. En el gobierno de ALAN GARCÍA, por su parte, se crearon 989 leyes y 264 decretos legislativos.

"... en la práctica y en ambos regímenes gubernamentales sólo se ha llegado a cubrir 38 leyes de estricto desarrollo constitucional. Si se cuantificara la autoría de cada gobierno, tenemos el siguiente resultado: el gobierno de Acción Popular desarrolló 23 leyes y el Apra 15. Las leyes del período 1980-1985 son: 23340, 23374, 23384, 23385, 23407, 23506, 23733, 23853, 23856, 23878, 24029, 24067; decretos legislativos 25, 52, 85, 109, 125, 197, 259, 264, 276, 295, 330. El régimen de 1990-95 ha creado las siguientes leyes: 23733, 25054, 24514, 24656, 24680, 24786, 24882, 24948, 24968, 24973; Reglamento de la Cámara de Diputados, Reglamento de la Cámara de Senadores; decretos legislativos 371, 440 y 612.

Aparte de estas 38 leyes producidas en los dos períodos de gobierno, existen 25 leyes que desarrollan diversas normas programáticas y que corresponden a la producción legislativa anterior a la vigencia de la Constitución y son las siguientes: Ley de 28 de setiembre de 1868, ley 2851, 4145, 7159, 9148, 11377, 13714; R. Leg. 13283, 14207, 14250, 14816 17262, 17716, 19039, 19338, 21156, 22653, 22345, 23118, 23184, 23201, 23214; DS: NO. 295-68-HC; DS 781 de 1.8.47 y CC. de PP.CC.

En la actualidad existen 64 leyes que desarrollan la parte programática de la Constitución, faltando 42 leyes para cerrar el círculo normativo de leyes ordinarias con relevancia estrictamente constitucional en tanto desarrollan las normas programáticas. Pero aparte de estar 42 leyes que faltan, las 25 que fueron producidas con anterioridad a la actual Carta Fundamental deben ser objeto de actualización vía modificación o reforma; o, en el mejor de los casos de abrogación y creación de nuevas leyes. Visto así las cosas y en perspectiva, resulta que el Parlamento se encuentra atrazado en la implementación legislativa de leyes que prescribe la Constitución, a despecho de más

⁷⁴ GUILLERMO FERNÁNDEZ-MALDONADO, JORGE MELO-VEGA C. "La propuesta de reforma Constitucional". En: *La Constitución diez años después*. Lima, 1984.

de los dos millares de leyes producidas y cuyo balance cualitativamente resulta en realidad muy pobre" 75

Un breve registro de los casos que han devenido en inconstitucionalidad por omisión en el texto constitucional, arroja el siguiente resultado:

1. Ley del derecho de rectificación previsto en el art. 2, inc. 5° sin que se haya reglamentado 76
2. Ley de excepción a la inviolabilidad de domicilio: normado en el art. 2, inc. 7° 77
3. Ley de garantía de la inviolabilidad del secreto en correspondencia y en comunicación: prescrito en el art. 2, inc. 8°
4. Ley que reglamente el derecho de petición: consagrado en el art. 2, inc. 18° y del cual existe el anteproyecto de reglamento del Poder Ejecutivo, sin que se haya aprobado 78
5. Ley de acceso progresivo a la seguridad social: normado en el art. 12 79
6. Ley de utilización del suelo urbano de acuerdo al bien común: regulado en el art. 18 80
7. Ley de creación de la educación extra-escolar: prescrito en el numeral 27 81
8. Ley que regula la obligación de las empresas al sostenimiento de centros educacionales, industriales, agrícolas o mineros: previsto en el art. 29 82
9. Ley que regula los centros de educación privada: contenido en el art. 30 83
10. Ley de creación de los Colegios Profesionales: normado en el numeral 33
11. Ley que regula los medios de comunicación privada: previsto en el art. 37 84
12. Ley sobre remuneraciones: normado en el numeral 42 85
13. Ley del sistema de asignación familiar, normado en el art. 43 86
14. Ley sobre el régimen de trabajo: art. 43 87

75 GERARDO ETO CRUZ. *Los principios constitucionales y las leyes de desarrollo constitucional*. INDEJUC. Trujillo, 1991, p. 30-31.

76 Sobre este aspecto, puede verse un trabajo específico de JOSÉ PERLA AMAYA. "El derecho de rectificación: defensa constitucional sin regulación civil". En Revista IUS ET PRAXIS. No. 5. Universidad de Lima, 1985.

77 Al respecto pueden consultarse los comentarios orgánicos de la Constitución de JOSÉ PAREJA Y PAZ SOLDÁN. *Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979*. 3a. ed. ENRIQUE CHIRINOS SOTO. *La Constitución al alcance de todos*. Lima, 1979. MARCIAL RUBIO CORREA y ENRIQUE BERNALES BALLESTEROS. *Perú: Constitución y Sociedad Política*. Mesa Redonda Ed. Lima, 1985. ALBERTO RUIZ ELDRIDGE. *La Constitución comentada*. Lima, 1980.

78 Vid. ALFREDO QUISPE CORREA. *El Derecho de Petición*. Suplemento Dominical de El Comercio. VICTOR JULIO ORTECHO VILLENA. *Derechos y Garantías Constitucionales*. Marsol. Trujillo, 1985.

79 Vid. JAVIER NIEVES MUJICA. *La Seguridad Social en la Constitución* en *La Constitución Peruana de 1979 y sus problemas de Aplicación legal*. C.H. Cuzco Ed. Lima, 1987, pp. 169-207.

80 Al respecto, aún no se ha abordado el tema de la utilización del suelo urbano en la doctrina nacional ni tampoco se registra una propuesta de iniciativa legislativa. Un trabajo relacionado con el asunto puede verse en: CARLOS CARDENA QUIRÓS. "El derecho de superficie: un medio capaz de aliviar el grave problema del déficit habitacional". En IUS ET PRAXIS. No. 11. Universidad de Lima. 1988, pp. 123-133.

81 Existe una diversidad de trabajos sobre la educación y la cultura desde distintos enfoques. Un trabajo global es el de JUAN ANSION. *Anhelos y sinsabores. Dos décadas de política cultural del Estado peruano*. Gredes. Lima, 1986.

82 Vid.: CHIRINOS SOTO... Op. cit., p. 61. Ortecho Villena... Op. cit., p. 140. PAREJA PAZ... Op. cit., p. 484. RUBIO-BERNALES... Op. cit., p. 188.

83 Vid. JUAN ANSION... Op., cit.

84 Vid. JUAN PERLA AMAYA. *Derecho y Comunicación*. Universidad de Lima, 1987.

85 Vid. FERNANDO ALVAREZ RAMÍREZ DE PIÉROLA. *Compensación y tiempo de servicio*. En Derecho. PUC. No. 39. Lima, 1985, pp 7-86.

86 Vid. MARIO PASCO COSMÓPOLIS. "El tema del trabajo y la nueva Constitución". En *La Nueva Constitución y su aplicación*. CIC. Lima, 1980.

87 Existe una ubérrima producción sobre el derecho constitucional del trabajo; así parcialmente puede verse

15. Ley de creación del Banco de los Trabajadores: art. 53⁸⁸
16. Ley de huelga: art. 55⁸⁹
17. Ley del sistema único de remuneración del Estado: art. 60
18. Ley de los partidos políticos: art. 68⁹⁰
19. Ley que señala la forma de publicación y los medios de difusión oficial de las normas legales: art. 87.
20. Ley que regula las condiciones de utilización de los recursos naturales: art. 118⁹¹
21. Ley de participación de los municipios provinciales en la renta que produce la explotación de recursos naturales: art. 121
22. Ley de derechos del inventor: art. 129
23. Ley de organización, funcionamiento, control y evaluación de las empresas del Estado: art. 144
24. Ley del sistema monetario de la república: art. 148
25. Ley del seguro agrario: art. 158 inc. 4°
26. Ley de la pequeña y mediana propiedad rural: art. 159, inc. 29
27. Ley de desarrollo de la Amazonía: art. 159, inc. 4°⁹²
28. Ley de la representación regional de los senadores: art. 165
29. Ley de representación y distribución de los diputados: art. 167
30. Ley de excepción a los senadores y diputados para celebrar contratos con la administración pública: art. 174, inc. 3°
31. Ley que prohíbe que abogados sean magistrados suplentes: art. 233, inc. 4°⁹³
32. Ley que regula la entrega al municipio del impuesto predial empresarial: art. 257, inc. 1°.
33. Ley de impuesto a la extracción de materiales de construcción: art. 257, inc. 6°
34. Ley del fondo de compensación regional: art. 263⁹⁴

lo siguiente: *Trabajo y Constitución*. Cult. Cuzco. Lima, 1989. Vid, de otro lado los trabajos de MARIO PASCO C. *La Falta grave*. En Derecho PUC. No. 39. 1985. *El salario: su protección y garantías*. En Derecho. PUC. No. 40. 1986. FEDERICO ZEGARRA G. *La estabilidad laboral*. En Derecho No. 40. JAIME ZAVALA COSTA. *Relaciones laborales y negociaciones colectivas*. En IUS ET PRAXIS. No. 12. 1988. HUGO RODRIGUEZ B. *Los derechos laborales en la dimensión de los Derechos Humanos*. CEAL. Lima, 1989.

⁸⁸ Vid. MARLO PASCO C. "El tema del Trabajo y la nueva Constitución". En *La nueva Constitución y su aplicación legal*. CIC. Lima, 1980.

⁸⁹ Al respecto, puede verse: JORGE SANTISTEVAN. *La huelga en el Perú: Historia y Derecho*. CEDYS. Lima, 1980. y ORLANDO GONZÁLEZ NIEVEZ. *Aspectos Jurídicos de la Huelga*. Libertad. Trujillo, 1991.

⁹⁰ Al respecto puede verse: "Ley de Partidos Políticos" en JORGE POWER MANCHECO. *Constitución y Democracia*. Muñoz. Lima, 1989. ALBERTO BOREA ODRÍA. *Vox Pópuli*. Lima, 1988. ENRIQUE CHIRINOS SOTO. *La nueva Constitución y los Partidos*. Centro de Documentación Andina. Lima, 1984.

⁹¹ Existe una sólida producción académica peruana sobre una parte de este tópico relacionado con la zona marítima peruana, la soberanía y la jurisdicción nacional; puede verse lo relacionado directamente al tema en: RICARDO SOBERÓN GARRIGO. *Protección jurídica de la naturaleza y los recursos naturales*, en IUS ET PRAXIS. No. 10. 1987. Así como a JORGE CAILLAUX Z. *Reflexiones a propósito del Derecho Ambiental*. "THEMIS". No. 12. 1988

⁹² Vid: FRANCISCO BALLÓN. *La Amazonía en la Norma Oficial Peruana 1821-1990*. CIPA. Lima, 1991.

⁹³ VÍCTOR GARCÍA TOMA. *Constitución y Defensa Judicial*. Concytec. Lima, 1990; específicamente, p. 180.

⁹⁴ Aunque parcialmente se prevé en la Ley de Bases de la Regionalización, es necesario una ley ad hoc sobre la materia. Pueden verse los siguientes trabajos: AA. VV. *¿Cómo hacer Gobierno Regional?* Intercampus. Lima, 1980. CÉSAR LANDA A. *Régimen Jurídico del Gobierno Regional*. En *Lecturas sobre Temas constitucionales*. Caja Lima. No. 4. 1990.

35. Ley sobre la estructura y funciones del Consejo Nacional de Defensa: art. 271 ⁹⁵
36. Ley de equipamiento de las FF.AA. y PNP: art. 279
37. Ley de ascensos de las FF.AA. y PNP. art. 281
38. Ley que regula los grados, honores, remuneraciones y sus equivalentes en las FF.AA. y la PNP: art. 282
39. Ley del Jurado Nacional de Elecciones: art. 287. Aunque, en rigor, se prevé en la Ley 14250, es necesario una ley básica sobre el particular como lo establece la propia Constitución ⁹⁶
40. Ley del registro de partidos políticos: art. 294; esta ley puede incluso estar subsumida en la Ley de Partidos Políticos ya aludida.

6.5. MECANISMOS DE FISCALIZACIÓN DE LA OMISIÓN INCONSTITUCIONAL EN EL SISTEMA PERUANO

Frente a la ausencia de un control que solucione la inercia del legislador, se debe auspiciar determinadas reformas constitucionales a fin de impulsar dos tipos de mecanismos de fiscalización: una en forma *indirecta*, y otra *directa*.

6.5.1. *Fiscalización indirecta*. Ella se podría expresar en lo siguiente:

- a) A través del *derecho de petición*: éste debe irse redimensionando a fin de que se pueda plantear peticiones en sede legislativa, solicitando a los legisladores el desarrollo de tal o cual norma programática aún incumplida ⁹⁷. Si bien el art. 2, inc. 18° no permite en forma expresa ejercer el derecho de petición a los órganos legislativos, tampoco lo prohíbe. Este precepto, por lo demás, guarda vinculación y sustento con otros, como el inc. 16° del mismo numeral 2, que establece el derecho de participar en forma individual o asociada en la vida política, económica, social y cultural de la nación; también el art. 64 prescribe el derecho de los ciudadanos de participar en los asuntos públicos y el art. 74 que establece el deber de "respetar, cumplir y defender la Constitución", junto con el art. 75 que norma el deber del ciudadano de "participar en el quehacer nacional, entre otros".
- b) A través de la *iniciativa popular en las leyes*: sería requisito indispensable la reforma constitucional a fin de institucionalizar este mecanismo. Con la iniciativa popular en las leyes, nos encontraríamos frente a un control que, aunque dimana de un cuerpo

⁹⁵ Existen algunos trabajos que indirectamente aluden al tema de la defensa nacional como MARCIAL RUBIO CORREA. *Ministerio de Defensa Antecedentes y Retos*. APEP. Lima, 1987, p. 31. EDGARDO MERCADO JARRÍN. *Defensa Nacional*. En Derecho PUC No. 35. Lima, 1981, pp. 131-141. ALFREDO QUISPE CORREA. "El Proyecto-Nacional, la Defensa Nacional y la Constitución". En Defensa Nacional. CAEM. Año 2 No. 2. 1982. DOMINGO GARCÍA BELAUNDE. "Defensa Nacional y Constitución". En Defensa Nacional. CAEM. No. 2. 1982.

⁹⁶ Los problemas del sistema electoral en el Perú en el que se encuentra inmerso el JNE, han sido abordados por DOMINGO GARCÍA BELAUNDE. *Una Democracia en transición; Las elecciones peruanas de 1985*. Okura. Lima, 1986; "Sistemas Electoral y Representación política en el Perú actual", en Derecho. PUC. No. 41. 1987. FRANCISCO EGUIGUREN PRAELI. "Las Elecciones Presidenciales en la Constitución de 1979. Alcances y controversias en el sistema electoral vigente". En *Lecturas sobre temas constitucionales*. Caja Lima. No. 4. 1990, pp. 77-103. RAMÓN RAMÍREZ. "Legislación Electoral y Partidos Políticos".

⁹⁷ En Chile con la nueva Constitución (1980) y restablecida la democracia, se han dictado leyes que derivaban de la exigencia constitucional, precisamente a través del derecho de petición, el que obviamente, tuvo receptividad en los legisladores.

electoral, cabría la posibilidad de reputar a este mecanismo como a una suerte de control político o de ejercicio de una *democracia semidirecta* de la ciudadanía. Sucede en sistemas clásicos como Suiza, en algunos estados federales de EE.UU., Alemania Federal, Italia, España y, a nivel latinoamericano, en Uruguay y Brasil⁹⁸.

Esta fiscalización indirecta no deja de ser relativa y de efectos limitados, pues es una forma indirecta de presionar en las fases del proceso legislativo y nada más. Puede, por la propia práctica parlamentaria demasiado politizada, quedar encarpetadas tanto las iniciativas populares en las leyes como las peticiones.

No obstante, como informa el tratadista XIFRAS HERAS, "cuando el poder del Estado crea la ley, no suele obrar por propio impulso, pues lo normal es que la iniciativa legislativa vaya precedida de una polémica o pugna entre fuerzas sociales acerca de las cuales el poder actúa como árbitro"⁹⁹.

Explicando con más detenimiento este aspecto, JORGE XIFRAS HERAS señala:

"Todas las fuerzas sociales, sea cual sea su origen y su fin, pueden dar lugar, si cuentan con la energía suficiente para ello, a una acción legislativa. Tales fuerzas (...) se hallan encuadradas en las cuatro fuentes de inspiración legislativa que distingue BURDEAU: la Opinión pública, los intereses sociales, los programas de los partidos y los propósitos del gobierno.

a) La opinión pública es la fuerza, social que expresa el estado de conciencia que predomina en una sociedad con respecto a los problemas políticos de interés general. Pero la opinión pública es una fuerza difusa que necesita ser canalizada a través de los grupos y de los partidos que, sin absorberla completamente, la dotan de los recursos necesarios para actuar con eficacia.

b) Los intereses que operan en la sociedad, organizados en grupos de influencia, dan origen a poderosas instituciones, algunas de las cuales tienen un campo vastísimo.

c) Los programas de los partidos, que reflejan la ideología que los informa, contienen eficaces móviles para poner en marcha el proceso legislativo, especialmente en los temas más concretos y reales.

d) Finalmente, los propósitos del Gobierno, constituyen la fuente de inspiración directa, alimentada por las anteriores, y dirigida, a armonizar los intereses en lucha"¹⁰⁰

En consecuencia, esperar del gobierno *motu proprio* la dación de tal o cual ley, resulta en realidad demasiado ingenuo. La mayoría de leyes que han beneficiado al grueso sector poblacional siempre han estado precedidas de movimientos sociales y reivindicativos; y cuando la población no ha encontrado la receptividad de la autoridad estatal, se ha buscado nuevas alternativas, muchas que han significado como señala agudamente MATOS MAR un "*desborde popular*"¹⁰¹ identificado con el perfil del Perú de los últimos tiempos: la informalidad como nota característica, asunto analizado y descrito por el descollante analista HERNANDO DE SOTO¹⁰².

⁹⁸ Esta propuesta, por lo demás, ha sido en forma orgánica desartollada por FRANCISCO MIRÓ QUEZADA RADA (Cf.: *Derecho Constitucional y Democracia Semidirecta*. Lima, 1991) el que plantea con solvencia la necesidad de impulsar una reforma constitucional a fin de incorporar los mecanismos de una democracia semidirecta en el Perú.

⁹⁹ JORGE XIFRAS HERAS. *Curso de Derecho Constitucional: El Estado Moderno*. T.II. Bosch. Barcelona, España 1962, p. 239.

¹⁰⁰ *Idem.*, p. 240.

¹⁰¹ JOSÉ MATOS MAR. *Desborde Popular y Crisis del Estado*. IEP. Lima.

¹⁰² HERNANDO DE SOTO. *El otro sendero*. Instituto Libertad y Democracia. Lima.

6.5.2. *La fiscalización directa.* Ha de constituir el mecanismo verdaderamente jurisdiccional que, previa su incorporación en el sistema jurídico peruano, se convierta en el remedio procesal más o menos idóneo de la ciudadanía para resarcir el daño que ocasiona la deuda del legislador, tan caramente exigida por la Ley Fundamental.

Acorde con nuestro sistema dual o paralelo, nuestra jurisdicción constitucional frente a la inconstitucionalidad por omisión debe estar encargada por partida doble, tanto al Poder Judicial como al Tribunal de Garantías Constitucionales. Para tal efecto, podría irse estimando las reformas siguientes:

a) En el caso del Poder Judicial, tendría éste atribuciones de control jurisdiccional; pero no para declarar la inconstitucionalidad por omisión, sino para suplir la inercia del legislador en *casos concretos* y sólo para *cláusulas constitucionales programáticas de instrumentación simple*, como plantea el distinguido maestro NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS. La sentencia del Poder Judicial ha de tener, siguiendo la regia tradición norteamericana, *efectos inter partes*; pudiendo llegarse, según sea el caso y tomando como paradigma la avanzadísima tesis de la Constitución rionegrina de Argentina, de resarcir el daño ocasionado por la falta de ley a través de una indemnización económica. Así, v. gr., si una familia indigente plantea demanda al Estado por no dictar el reglamento que prevé el derecho a la sepultura gratuita a los muertos, la magistratura ordinaria, en el marco de una heroica jurisprudencia, puede ir supliendo esta falta de ley otorgando sencillamente una reparación económica contra el Estado y en favor de dichos deudos. Este planteamiento, por lo demás, tendría como fuente repetimos, tanto la Constitución provincial de Río Negro como el mecanismo del *mandato de injunção* de la Carta Fundamental de Brasil.

Si bien puede ya vislumbrarse ciertas luces para aquellas *normas programáticas de instrumentación simple* no cumplidas, la situación sigue siendo difícil para las *cláusulas programáticas de instrumentación compleja*. En efecto, ¿Cómo la magistratura ordinaria podría solucionar una demanda de un grupo de laborantes que solicitan el beneficio crediticio del Banco de los Trabajadores si ésto no existe? ¿O de un sector de la población amazónica que plantea una acción, en sede Judicial, por la ausencia de la Ley de desarrollo de la Amazonía? Estos y otros casos más perfilan lo espinoso de la omisión de leyes derivadas de normas de instrumentación compleja. En tales casos, si el Poder Judicial no pudiera dar una solución –pues la inercia del legislador sería insuplible– la catequesis propuesta por el maestro BIDART CAMPOS resulta viable: no obstante lo difícil, el Poder Judicial debe apelar a los principios generales del derecho; o, en su defecto, apelar al valor de la justicia para solucionar los daños que genera la reprochable inactividad del legislador.

De otro lado, podría irse estimando que, cuando el Poder Judicial se halle en tales casos (esto es, que no pueda suplir el vacío legislativo ni apelar al valor de la justicia para dar salida jurisdiccional al asunto), debería establecerse una fórmula normativa a fin de que la resolución sea puesta en conocimiento al Tribunal de Garantías Constitucionales y éste declare, a petición de parte, la inconstitucionalidad por omisión.

b) En el caso de las atribuciones del TGC, se debe proclamar su reforma para que ejerza la fiscalización de la mora legislativa. Este control se iniciaría a través de dos conocimientos: 1) Cuando, vía resolución de la Suprema Corte, se le comunica al TGC la existencia de una omisión norma-

tiva inconstitucional derivada de normas programáticas de instrumentación compleja; y 2) A través de una denominada "acción de inconstitucionalidad por omisión", para cuyo caso las personas legitimadas procesalmente serían: a) El Presidente de la República, b) el Fiscal de la Nación, e) la Corte Suprema de Justicia, d) los gobiernos locales, e) los gobiernos regionales, f) la Federación de Colegio de Abogados del Perú, g) partidos políticos con representación parlamentaria y h) las centrales de trabajadores.

Según sea que el TGC conozca un asunto de inconstitucionalidad omisiva por parte de la comunicación que formula el Poder Judicial o a través de la acción de inconstitucionalidad, en uno o en otro caso debe llevar inevitablemente a la certeza de una *declaración de la inconstitucionalidad por omisión*; a su vez debe comunicarse al órgano legislativo competente para que en un *plazo razonable* o, en su defecto, en el plazo de una *legislatura ordinaria*, enmiende el vacío legislativo a través de la dación de la ley infraconstitucional.

En caso de que el legislativo no dictara en el plazo señalado por la sentencia del TGC, se debería tácitamente entender que dicho incumplimiento supone una *delegación de facultades* al órgano ejecutivo por un plazo que podría ser de 180 días (aún cuando todo plazo es, como se sabe, arbitrario); y correspondería al Ejecutivo, mediante decreto legislativo (art. 180), dictar la norma legislativa infraconstitucional. Sin embargo, surge aquí otro problema: ¿Qué pasa si el órgano Ejecutivo tampoco decide cumplir lo que la Constitución le obliga? En este caso, el ministro responsable (por razón de la materia) debería renunciar en forma inmediata: Por ejemplo, si la ley exigida por la Constitución versa sobre asunto agrario, económico, laboral, etc., la cartera ministerial homóloga a dicha materia sería la responsable; y en caso de la mora en dictarlo, la renuncia del ministro del ramo respectivo sería la sanción mínima.

7. REFLEXIONES FINALES

El control de la inconstitucionalidad por omisión resulta ser uno de los más complejos fenómenos dentro de las distintas manifestaciones de inconstitucionalidad que existe en el derecho constitucional, más aún si la *mora* deriva de preceptos constitucionales que aluden a derechos sociales y económicos difíciles de implementar.

El problema, en realidad, tampoco es nuevo, en parte, ya en el derecho anglo-sajón existía el *mandamus* o el mandamiento que constituía una orden u obligación de ejecutar algo o dejar de hacer algo. Sin embargo, en la actualidad, al derecho constitucional se le presenta el asunto con toda su crudeza y no debe acusar una indigencia frente a los retos de solución a tan espinosos *problemas*. El problema sobre este fenómeno puede resumirse, como ya lo ha destacado el profesor BIDART CAMPOS, en la escasa internalización de lo que son las *obligaciones constitucionales*. En efecto, es distinta la obligación del derecho civil que la del constitucional. A nivel constitucional, los detentadores del poder, como también los destinatarios o gobernados, no estamos acostumbrados a lo que es una obligación constitucional; de allí que pueda, como ya se tiene dicho, resultar sorprendente tratar de buscar soluciones. Si bien hasta ahora, y apelando al derecho comparado no se ha avanzado mucho (sólo las constituciones de Portugal, Brasil y la provincia de Río Negro en Ar-

gentina han dado soluciones parciales), el tema aún queda en pie y es probable que a lo mejor no existe una solución completa. Con todo, la inconstitucionalidad omisiva debe irse solucionando con ingenio y creatividad, empezando por "reivindicar con ahínco el principio de que tanto se vulnera la Constitución cuando no se hace lo que ella manda como cuando se hace lo que ella veda"¹⁰³.

¹⁰³ GERMÁN BIDART CAMPOS. *La Justicia Constitucional y la Inconstitucionalidad por Omisión...* Op. cit., p. 13.

II

UNA DEFENSA CONSTITUCIONAL: LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN (*)

1. INTRODUCCIÓN

No cabe duda que la inconstitucionalidad por omisión es uno de los temas más ingratos y erizados de controversias en los predios de la teoría constitucional y, en especial, del derecho procesal constitucional. El arsenal teórico en este campo de batalla provoca más de una argumentación polémica de calibre desigual, bien sea por quienes asumen el reconocimiento del fenómeno y tratan de encontrar el mecanismo de solución (*posición a favor*) o de aquellos que niegan su existencia (*posición en contra*). Con todo, más allá de estas posturas, el tema que sigue motivando reflexiones es el de encontrar los antidotos o los mecanismos idóneos para conjurar este mal endémico y generalizado en los estados constitucionales contemporáneos: afirmar la eficacia plena de las normas constitucionales ¹⁰⁴.

En este contexto, no resulta exagerado sostener que, de las diversas crisis del constitucionalismo contemporáneo, en la agenda roja de una casi nula solución, se encuentra precisamente este complejo campo de agramante como una de las manifestaciones a las violaciones de la *Lex Legum*, sin dejar de reconocer, por cierto, los países que han establecido expresos mecanismos para enervar este fenómeno; así como de la creativa jurisprudencia de diversos tribunales constitucionales europeos.

Si bien debe recordarse que el objeto de la jurisdicción constitucional, desde sus inicios se concentró básicamente al control de la constitucionalidad de las normas ¹⁰⁵, KELSEN, el célebre jurista y jefe de la *Wiener rechtstheoretische Schule* ha sostenido que "la violación de la Constitución significa la verificación de un hecho que contradice a la Constitución, sea por acción, sea por omisión". No sólo a estas conclusiones arribaba KELSEN cuando sostuvo la célebre polémica (*Wer Soll*

* Ponencia presentada al VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, desarrollado durante los días 12 al 15 de febrero de 2002, en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, por GERARDO ETO CRUZ.

¹⁰⁴ ANTONIO COLOMER VIADEL. "Las normas de carácter programático y los procedimientos para conseguir su eficacia. (Especial referencia a la situación de los países de América Latina)". En Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol. 2a. época. No. 9/10. 1994, pp. 19-31.

¹⁰⁵ AA.VV. *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*. Universidad Externado de Colombia, 1984.

der Hüter der Verfassung Sein?)¹⁰⁶ con el autor del *decisionismo político* CARL SCHMITT (*Der Hüter de Verfassung*)¹⁰⁷, en torno a quién debía ser el defensor de la Constitución, sino que también expresaba que el menoscabo de la Ley Fundamental "se da sólo cuando se trata del incumplimiento de una obligación"¹⁰⁸. Así, esgrimía que "como toda norma, también la Constitución puede ser violada sólo por aquellos que deben cumplirla"¹⁰⁹, y que "los órganos de los que tales violaciones pueden provenir son órganos constitucionales directos y están bajo el control de la Constitución"¹¹⁰. El propio Kelsen aportó en otro célebre ensayo¹¹¹ que una Constitución a la que le falta la garantía de su propia defensa, técnicamente no es una Constitución.

Hoy, sin embargo, podemos verificar que Kelsen no sólo delineó, sino que, equidistante del *modelo político francés*¹¹² y del *modelo jurisdiccional norteamericano*¹¹³, aportó una extraordinaria solución en torno al control de las normas inconstitucionales y cuyo remedio con distintos *nomen iuris* en los sistemas de jurisdicción constitucional aluden al control de la constitucionalidad¹¹⁴ vía la Acción de Inconstitucionalidad¹¹⁵, pero no legó un remedio eficaz frente a la inactividad del legislador que también viola frontalmente la enérgica pretensión de validez de las normas constitucionales¹¹⁶, quedando los textos constitucionales, a la postre, sin posibilidad de ser vivida en su plenitud, precisamente por el *ocio del legislador* que no honra con lo que el testamento del Poder Constituyente delega al Poder Constituido, postergando así, diversas normas programáticas.

En lo que sigue de esta breve ponencia, y dando por supuesto que existe efectivamente dentro de las diversas figuras de inconstitucionalidad, una que es la omisiva, desarrollaremos algunas ideas preliminares para, preferentemente auspiciar un tipo de mecanismo jurisdiccional que pretenda encarar y dar solución, dentro de los propios marcos de la jurisdicción constitucional. En tal sentido, preferimos mantener la clásica definición institucional de lo que se entiende por jurisdicción constitucional: como todo proceso jurisdiccional que tiene como fin directo garantizar la observancia de la Constitución¹¹⁷.

¹⁰⁶ HANS KELSEN. *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*. Estudio preliminar de GUILLERMO GASÍO. Traducción y notas de ROBERTO J. BRIE, supervisión técnica de EUGENIO BULYGIN. Tecnos. Madrid, 1931.

¹⁰⁷ CARL SCHMITT. *La Defensa de la Constitución*. Prólogo de PEDRO DE VEGA. Tecnos. Madrid, 1983.

¹⁰⁸ KELSEN... Op. cit., p. 3.

¹⁰⁹ Idem.

¹¹⁰ Loc. cit., p. 4.

¹¹¹ HANS KELSEN. "La Garantía Jurisdiccional de la Constitucional. (La Justicia Constitucional)". En Anuario Jurídico. Instituto de Investigaciones Jurídicas, No. 1. UNAM. México, 1974.

¹¹² FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO. "El modelo francés de control político de la constitucionalidad de las leyes. Su evolución". En *Sobre la Jurisdicción Constitucional*. PUC. Lima, 1990, pp. 103-146.

¹¹³ JAVIER DORADO PORRAS. *El debate sobre el control de constitucionalidad en los Estados Unidos. Una polémica sobre la interpretación constitucional*. Universidad Carlos III. Dykinson. Madrid, 1997.

¹¹⁴ KELSEN comprendía que el control de la constitucionalidad "son las leyes atacadas de inconstitucionalidad las que formar el principal objeto de la jurisdicción constitucional"; en "La garantía jurisdiccional de la Constitución..." Op. cit., p. 493.

¹¹⁵ JOAQUÍN BRAGE CAMAZANO. *La Acción de Inconstitucionalidad*. 2a. reimpresión. UNAM. México, 2000.

¹¹⁶ GERARDO ETO CRUZ. "La inconstitucionalidad por omisión". En *Doctrina Constitucional*. INDEJUC. Trujillo, 1992, p. 240.

¹¹⁷ JOSÉ CASCAJO CASTRO. "La Jurisdicción Constitucional de la Libertad". En *Revista de Estudios Políticos*. No. 199. Madrid, 1975.

Entendemos también que algunas pistas claves para entender a la inconstitucionalidad por omisión está la de vertebrarla en los marcos de la *Defensa de la Constitución* y de incorporar, dentro de algún mecanismo, remedio, proceso o garantía constitucional ¹¹⁸, una específica, *ad hoc* y que tiene positividad específica en Brasil: la *Acción de Inconstitucionalidad por Omisión*. Por cierto que no se desconoce que, en el entretanto, la creativa jurisprudencia de los tribunales constitucionales, también han encarado vía sentencias atípicas, este problema; sin embargo, una verdadera jurisdicción constitucional que se precie de tal, debe contar institucionalmente dentro del entramado de herramientas procesales, las específicas para conjurar las diversas violaciones a la Constitución, como es el de la omisión inconstitucional.

2. LOS PECADOS DE LA VIDA (Y DEL DERECHO): DE PALABRA, OBRA U OMISIONES

No queremos aquí pretender utilizar un concepto teológico para vincularlo con el campo del Derecho, como *el pecado*; pues es un concepto oscuro y difícil de definir, especialmente si tratamos de interpretarlo en términos no teológicos. Pero la idea del pecado supone *desobediencia* ¹¹⁹ a un código moral. Ocurre que en el campo del Derecho, la desobediencia no sólo se da por vías de hechos: como dar una ley contraria a un mandato expreso o tácito de la Constitución, o contradecir algún principio o valor fundamental; sino cuando se omite, o sea, se desobedece el Código Político que establece una pauta de comportamiento del Poder Constituido. Para nuestro caso, el legislador ordinario que debe dictar determinadas leyes que la propia Carta fundamental lo exige pero que en los hechos hay una actitud contumaz, renuente; es decir, no se cumple con la obligación. Nuevamente resulta pertinente citar a Kelsen, cuando aborda en su *Teoría General del Derecho y del Estado* el tema de la responsabilidad jurídica. Así, explica que: "Un concepto íntimamente relacionado con el de deber jurídico es el de responsabilidad jurídica. Que una persona (en este caso el legislador) sea legalmente responsable de determinada conducta (que, para nuestro caso es el dictar una ley que así lo manda una cláusula constitucional) o que sobre ella recaiga la responsabilidad jurídica de la misma, significa que está sujeta a una sanción en el caso de un comportamiento contrario"¹²⁰. En este caso estamos ante una responsabilidad institucional del legislador que, para-

¹¹⁸ Sobre el particular, pueden verse las reflexiones y trabajos de FRANCISCO TOMAS Y VALIENTE. "Notas sobre las recomendaciones del Tribunal Constitucional al legislador". En *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*. CEC. Madrid, 1993, pp. 101-111. BIDART CAMPOS. "La Justicia Constitucional y la inconstitucionalidad por omisión", en *El Derecho*. T. 78. Bs. As., pp. 9-11. LUIS AGUIAR DE LUQUE. "El Tribunal Constitucional y la Función Legislativa. El control del procedimiento legislativo y de la inconstitucionalidad por omisión", en RDP. No. 24. 1987, pp. 9-30; LUIS NUNES DE ALMEIDA. "El Tribunal Constitucional y el contenido, vinculatoriedad y efectos de sus decisiones", en REP. No. 60-61, abril-septiembre. 1988. Número Monográfico sobre *El sistema político y constitucional portugués (1974-1987)*, pp. 859-889.

¹¹⁹ BERTRAND RUSSELL: "Si el "pecado" significa "desobediencia a la voluntad conocida de Dios", entonces está claro que el pecado es imposible para aquellos que no creen en Dios o no creen que conocen su voluntad. Pero si "el pecado" significa "desobediencia a la voz de la conciencia", entonces puede existir independientemente de las creencias teológicas". *Sociedad humana: ética y política*. Altaya. Madrid, 1999, p. 97.

¹²⁰ HANS KELSEN. *Teoría General del Derecho y del Estado*. Trad. de EDUARDO GARCÍA MÁYNEZ. 5a. reimp. UNAM. México, 1995, pp. 75-76.

dóxicamente, no tiene una sanción, la doctrina contraria al fenómeno de la inconstitucionalidad por omisión esgrime la *discrecionalidad* que tiene el legislador, en los hechos, sin embargo, hay y habrá siempre un perjuicio.

Estos *pecados* por omisión en el mundo del derecho, en término *lato*, normalmente como se puede verificar, apareja sanciones y basta con apreciar con antiquísimos códigos que ha tenido la humanidad ¹²¹, hasta la culminación positiva de los códigos civiles que reflejan el grado más avanzado del derecho civil en el campo de las obligaciones; lo propio ocurre en otras esferas del derecho, como es el caso tipo del derecho administrativo, penal, etc.

Sin embargo, en el campo del derecho constitucional, los deberes u obligaciones constitucionales, pese a su larga evolución del constitucionalismo, no ha conseguido siquiera consolidar determinados instrumentos procesales que permitan resarcir las diversas conductas omisivas de los órganos llamados a obedecer expresos mandatos que la norma constitucional le encarga, como es el caso del legislador que debe cumplir el testamento del Poder Constituyente. Es cierto que la Constitución ha previsto, desde luego, diversas garantías constitucionales que tienen *telos* bien definidos, como el *Hábeas Corpus*, el Amparo, la acción de inconstitucionalidad, etc.; pero una garantía constitucional específica para enervar la omisión constitucional comparada, salvo algunos países que, como referencia se indicarán en su momento.

3. HACIA UNA PLENITUD DE VIGENCIA DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES

Desde el célebre discurso de FERDINAND LASSALLE ¹²² hasta la actualidad, la Teoría Constitucional ¹²³ ha puesto en evidencia que las normas constitucionales, no todas se cumplen en plenitud; y ello afecta la consolidación de un Estado que afirme los derechos fundamentales y los programas de una Constitución ¹²⁴. Ello, normalmente se hace patente frente al fenómeno de falta de protección eficaz de los derechos socioeconómicos y que, como advierte LUCAS VERDÚ, "es algo común a todos los países demoliberales que no han alcanzado el suficiente grado de socialización compatible con la libertad, es decir, que no son auténticos estados democráticos de Derecho ..." ¹²⁵. De igual temperamento es FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO cuando precisamente habla de los nuevos desafíos de nuestro tiempo para la protección de los derechos, en este caso los derechos de la segunda generación que, vía la inconstitucionalidad por omisión se posterga su disfrute ¹²⁶.

¹²¹ *Los primeros Códigos de la humanidad*. Estudio preliminar, traducción y notas de FEDERICO LARA PEINADO y FEDERICO LARA GONZÁLES. Tecnos. Madrid, 1994.

¹²² FERDINAND LASSALLE. *¿Qué es una Constitución?* Estudio preliminar de ELISEO AJA. Ariel. Barcelona, 1984.

¹²³ Véase a MARÍA DEL PILAR HERNÁNDEZ MARTÍNEZ. "Reflexiones sobre la Teoría de la Constitución y del Derecho Constitucional". En Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Nueva Época. Año XXV. No. 73. UNAM. 1992, pp. 41-62.

¹²⁴ ANTONIO COLOMER VIADEL. "Las normas constitucionales de carácter programático y los procedimientos para conseguir su eficacia". Op. cit., p. 30.

¹²⁵ PABLO LUCAS VERDÚ. "Estado de Derecho y Justicia Constitucional. Aspectos históricos, ideológicos y normativo-institucionales de su interrelación". En REP. (Nueva Época). N° 33, mayo-junio, 1983, p. 7 y ss, específicamente p. 42.

¹²⁶ FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO. "Los nuevos desafíos para la protección jurisdiccional de los derechos". En *La Justicia Constitucional a finales del siglo XX*. Revista del Instituto de Ciencias Políticas y Derecho

Como ha señalado K.C. WHEARE, "la verdadera justificación de las constituciones, el concepto que preside su origen, es el de limitar la acción gubernamental exigiendo que los que gobiernan se amolden a la ley y a las normas"¹²⁷. Así, independientemente de las grandes tradiciones y concepciones básicas en torno a la Constitución¹²⁸, bien sea que se exprese en la concepción racionalista, sociológica o histórica¹²⁹, lo esencial e irreductible es que toda Constitución: a) Por un lado racionaliza y limita el ejercicio del Poder Político; y b) Por otro, asegura la vigencia de los derechos y libertades fundamentales de las personas para la convivencia en común; en realidad la integración de estas dos grandes partes aluden, pues, a la dogmática del cual JOHN JAMES PARK hablaba de los *dogmas de la Constitución*¹³⁰ y de la parte *orgánica*.

No obstante lo anterior, desde el tránsito del viejo concepto político de Constitución que ha estado subyacente desde la antigüedad hasta nuestros días, como recientemente lo acaba de anotar MAURICIO FIORAVANTI¹³¹, hoy el concepto de Constitución sólo es comprensible si se parte del dato de que ella, aparte de su fuerte carga política que ostenta, es precisamente una norma jurídica, como lo han puesto en evidencia el pensamiento continental europeo, a través de los tribunales constitucionales¹³². Pero no sólo es una norma jurídica; sino que es norma suprema y, como tal, se presenta como el fundamento del ordenamiento jurídico de un país¹³³. En consecuencia, el ideal, como expresa desde una perspectiva latinoamericana BIDART CAMPOS, es el de vivir en la Constitución. Ello ha de suponer que la Constitución debe tener una vigencia plena, para que las democracias del nuevo milenio no constituyan simples fachadas huecas bajo la hipocresía de un mero documento llamado Constitución.

4. LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN: ALCANCES DEL PROBLEMA

Aunque la inconstitucionalidad por omisión es un fenómeno que se presenta en la mayoría de las cartas políticas, son pocos, sin embargo, los sistemas comparativos que ofrecen un tratamiento más o menos orgánico. Con todo, se puede encontrar ya algunos sistemas de control de las omisiones inconstitucionales. No hay, por principio, una receta ni un criterio uniforme ni preferido. Y si bien es cierto que existen algunos tipos empíricos de fiscalización o evaluación del fenómeno omisivo, aún no se ha consolidado alternativas de solución; y lo que existe a nivel de las constituciones,

Constitucional. Año VII. No. 6. Huancayo, 1998, pp. 108 y ss.

¹²⁷ K.C. WHEARE. *Las constituciones modernas*. Labor. Barcelona, 1975, p. 143.

¹²⁸ MANUEL GARCÍA PELAYO. *Derecho Constitucional Comparado*. 7a. ed. Madrid, 1964.

¹²⁹ ANTONIO CARLOS PEREIRA MENAUT. *En Defensa de la Constitución*. Colección Jurídica. U. de Piura. Piura, 1997, pp. 49 y ss.

¹³⁰ JOHN JAMES PARK. *Los dogmas de la Constitución*. Edición. y prólogo de JOAQUÍN VARELA SUANZES. Istmo, 1999.

¹³¹ MAURICIO FIORAVANTI. *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*. Trad. de MANUEL MARTÍNEZ NEIRA. Trotta. Madrid, 2001.

¹³² AA.AA.. *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*. CEC. Madrid, 1984.

¹³³ Al respecto, pueden verse los trabajos de EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Civitas. Madrid, 1991. KONRAD HESSE. *Escritos de Derecho Constitucional*. CEC. 1992; IGNACIO DE OTTO. *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*. Ariel. Barcelona, 1999.

deriva de las particulares características propias de su jurisdicción constitucional.

No obstante que la problemática de la inconstitucionalidad por omisión se presenta en varios aspectos, en forma estricta cabe aludir a la actitud renuente y omisiva del legislador que incumple con desarrollar determinadas cláusulas constitucionales, a fin de tornarlas operativas. La doctrina coincide que la omisión legislativa está vinculado fundamentales a la estructura y naturaleza de determinadas normas o cláusulas constitucionales. Es decir, no todo incumplimiento total de las cláusulas constitucionales generan la omisión inconstitucional en sentido estricto, sino sólo aquellas de carácter programáticas que, de ordinario, requieren de una debida legislación para que puedan aplicarse.

Uno de los primeros autores en desarrollar esta problemática fue COSTANTINO MORTATI en su célebre "Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore"¹³⁴ que apareció a inicios de los 70's y en donde ya se observan casos de pronunciamientos de la *Corte Costituzionale* de Italia sobre asuntos de omisión inconstitucional¹³⁵.

La doctrina lusitana igualmente ha desarrollado, probablemente con mayor profundidad el tema, a través de los trabajos de diversos autores, entre los que destacan JORGE MIRANDA¹³⁶, pionero de esta problemática y JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO¹³⁷, entre otros.

La doctrina alemana igualmente ha hecho sólidos aportes, a partir de la doctrina de la llamada "exclusión arbitraria de beneficios" (*willkürlicher gleichheitswidriger Begünstigungsausschluss*) que implica el otorgamiento a determinados grupos de una serie de privilegios, al tiempo que se niega injustificadamente a otros, de tal manera que viola el principio de no discriminación¹³⁸; otros aspectos tales como la relación entre laguna inconstitucional y la omisión del legislador han sido abordados por la doctrina germana.

Argentina tiene en GERMÁN BIDART CAMPOS y NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS, entre otros, a los principales

¹³⁴ COSTANTINO MORTATI. "Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore". En *Problemi di Diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana*. Raccolta di scritti. Vol. III, Giuffrè. Milán, 1972, pp. 923 y ss. Apareció también en. Il Foro italiano. 1970, pp. 153-191.

¹³⁵ MORTATI. Op. cit., pp. 957 y ss.

¹³⁶ JORGE MIRANDA probablemente desarrolló en forma pionera esta materia, primero en su trabajo. "Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade". Rev. da Facultad de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa, 1968. pp. 70-77. "Inconstitucionalidade por omissao". En *Estudos sobre a Constituição*. Vol. I. Librería Petrony. Lisboa, 1977, pp. 333-352. "Informática e inconstitucionalidade por omissao", O Direito, III, 1989, pp. 569 y ss. Y más orgánicamente en su *Manual de Direito Constitucional*. Vol. II. Coimbra Editora. Coimbra, 1993.

¹³⁷ JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO. *O problema da responsabilidade do Estado por actos ilícitos*. Livrería Almedina. Coimbra, 1974, pp. 163. *Constituição dirigente e vinculaçao do legislador*. Coimbra. 1982; *Direito Constitucional*. Librería Almedina. Coimbra. "Tomemos a Sério o Silencio dos Poderes Públicos. O direito á Emanacao de Normas Jurídicas e a Protecçao contra as Omissoes Normativas". En Sálvio de Figueredo Teixeira, (coord.) *As Garantias do Cidadao na Justica*. Saraiva. Sao Paulo, 1993; "Revisar o romper con la Constitución dirigente", REDC. No. 43.1995.

¹³⁸ FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO. "Nuevos desafíos para la protección jurisdiccional ..." Op. cit. JOSÉ JULIO FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. "La inconstitucionalidad por omisión". Op. cit. pp. 308 y ss. ETO CRUZ. "La inconstitucionalidad por omisión"... Op. cit.

exponentes también de esta problemática; lo propio Costa Rica que a partir de su Ley de Jurisdicción Constitucional, ha sido reflexionado por RUBÉN HERNÁNDEZ VALLE¹³⁹ y MAGDA INÉS ROJAS CHÁVEZ¹⁴⁰.

El caso de Brasil, no sólo por la influencia lusitana, donde se aborda normativamente y con un espectacular avance en torno a la problemática que nos interesa, ha desarrollado una doctrina indispensable, para poder entender su problemática¹⁴¹.

5. PRESUPUESTOS DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

El fenómeno de la omisión inconstitucional reviste cierta complejidad distinta, desde luego a la *inconstitucionalidad por acción*. En efecto, el núcleo de toda la problemática radica en el presupuesto de que exista un deber de legislar de parte del órgano encargado de hacerlo, es decir, debe existir una obligación de legislar, bien sea a través de un acto legislativo, formal, ley, decreto legislativo, etc. Ahora bien, independientemente de la forma como se facture o salga la norma en cuestión, es necesario que concurren otros requisitos indispensables para que, en sentido estricto, se reúnan los elementos constitutivos de la omisión inconstitucional.

GOMES CANOTILHO expresa que: "A primeira dificuldade com que se depara radica em saber em que é que consiste uma omissão legislativa. Sem nos embrenharmos no complexo problema da caracterização jurídica de «omissão» e tendo em conta as considerações referentes às imposições constitucionais, a omissão legislativa inconstitucional significa que o legislador não «faz» algo que positivamente lhe era imposto pela constituição. Não se trata, pois, apenas de um simples negativo «não fazer»; trata-se, sim, de não fazer aquilo a que, de forma concreta e explícita, estava constitucionalmente obrigado."¹⁴².

Los presupuestos serían, en líneas generales, los siguientes:

- a) *Que el no cumplimiento o desarrollo de la Constitución derive de la violación de una norma específica.*

En consecuencia, no cabe una constatación abstracta o una apreciación global de las normas que aún no se encuentren debidamente reglamentadas. Y es que, así como la inconstitucionalidad por acción se manifiesta a través de leyes o normas específicas contrarias al comando constitucional, lo propio ocurre con la omisión: se trata de

¹³⁹ GERMÁN J. BIDART CAMPOS. "La justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión". En Anuario Jurídico. No. VI. UNAM. México, 1979, pp. 9-18. *Las omisiones constitucionales en la novísima Constitución de la Provincia de Río Negro*. Buenos Aires, 1991.

¹⁴⁰ RUBÉN HERNÁNDEZ VALLE. "La Justicia constitucional en Costa Rica". En Anuario Iberoamericano de justicia constitucional. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1997, pp. 94 y ss. MAGDA INÉS ROJAS CHÁVEZ. "Control de constitucionalidad por omisión". En Revista de Derecho Constitucional. No. 2, mayo-agosto. San José de Costa Rica, 1991, pp. 9 y ss.

¹⁴¹ Para una visión orgánica y bibliográfica sobre Brasil, remitimos al trabajo de JOSÉ JULIO FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. "La inconstitucionalidad por omisión en Brasil". En RVAP. No. 42, mayo-agosto de 1995, pp. 207 y ss., así como su trabajo orgánico: *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría General. Derecho Comparado. El caso español*. Civitas. Madrid, 1998, pp. 273 y ss.

¹⁴² JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO. *Constituição dirigente e vinculacao do legislador...* Op. cit., p. 331.

verificar una norma concreta, específica, particular; esto es, declarando que tal o cual norma ha sido violada y no al conjunto normativo genérico.

- b) *Que dicha norma constitucional no sea exigible en sí misma (operativa), sino de naturaleza estrictamente programática.*

En efecto, si bien un texto constitucional debe ser mirado como una *unidad*, en el supuesto de que todas sus normas tienen idéntico grado de validez; sin embargo, en la práctica ocurre que unas normas tienen más eficacia práctica que otras. Y si bien hay cierto sector en la doctrina que no admite esta distinción entre normas de *naturaleza operativa* (o autoaplicables), de aquellas *programáticas* (que requieren de reglamentación legal), en la dinámica constitucional se puede evidenciar esta real distinción entre dichas normas. Así, la omisión inconstitucional aparece para aquellas normas de carácter programático en la que la inercia del legislador, no da encarnadura a dichas prescripciones; en algunos casos puede ser por una actitud dolosa y contumaz del legislador; en otros, por la simple inercia u ocio legislativo.

- c) *Que, en las circunstancias concretas de la producción legislativa falten las medidas necesarias para tornar exigibles y operativas dichas normas.*

En la generalidad de los casos, las omisiones vienen acompañadas por la ausencia de una política legislativa que afronte determinadas situaciones, particularmente en el difícil sector de los derechos de orden económico, social y cultural. Si no hay una toma de decisiones gubernamentales que se traduzcan en activar medidas indispensables en éste y otros sectores, es muy fácil que la Constitución se sienta convulsionada, pues sus normas programáticas no tendrían el relleno que se le impone al gobernante. Así, pues, frente a la ausencia de ley, y de medidas gubernamentales, la omisión es patente en forma irrefutable.

6. UBICÁNDOLO DESDE LA OTRA ORILLA: LOS QUE PRECONIZAN LA INEXISTENCIA DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

Un importante sector de la doctrina viene afirmando la tesis de que en rigor, no existiría la aludida inconstitucionalidad por omisión; y que, en todo caso, no es más que una creación de la teoría y que bien cabe ubicarlo o reconducirlo como una suerte de *inconstitucionalidad impropia*. Al menos esa es la posición de PÉREZ ROYO¹⁴³. Otros, esgrimen que la inconstitucionalidad por omisión constituye en sí una *falacia*¹⁴⁴, en virtud a que una eventual sentencia que declare una norma no desarrollada como violación por omisión, afecta la discrecionalidad del legislador de ver en qué momento puede o no dictar dicha ley. Igual parecer es AFONSO DA SILVA de que la omisión inconstitucional es simplemente una *cuestión política* que no puede ser encarada jurisdiccionalmente¹⁴⁵.

JOSÉ JULIO FERNÁNDEZ¹⁴⁶ es el que recientemente ha columbrado y quintaesenciado, en el mar-

¹⁴³ JAVIER PÉREZ ROYO. "Inconstitucionalidad por omisión". En *Temas Básicos de Derecho Constitucional*. T. I. MANUEL ARAGÓN REYES, Coordinador. Civitas. Madrid, 2001, pp. 66-68.

¹⁴⁴ MANOEL GONCALVES FERREIRA FILHO. "Uma falacia. a inconstitucionalidade por omissao". En *O Estado de Sao Paulo*. Citado por Francisco Fernández Segado... Op. cit., pp. 110-111.

¹⁴⁵ AFONSO DA SILVA. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. Revista dos Tribunais. Sao Paulo, 1982, p. 118.

¹⁴⁶ JOSÉ JULIO FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría General. Derecho Comparado. El caso español...* Op. cit., pp. 164 y ss.

co de una doctrina general y comparativa, la institución expresada en sus tesis a favor y en contra de esta problemática. Así, siguiendo la tesis de quienes niegan la existencia de esta inconstitucionalidad o no están de acuerdo, argumentan, en líneas generales que:

- a) No existe en los textos en forma expresa o tácita la previsión de esta figura de violación constitucional.
- b) *La estructura de las normas constitucionales*: que esgrimen la posición de que las cláusulas programáticas de una Constitución no son simplemente exigibles si no se dicta una ley de desarrollo constitucional.
- c) *La libertad de conformación del legislador*: que alude al campo de maniobra del Parlamento para definir el programa constitucional. Esto es, el legislador goza de una amplia libertad de configuración normativa para traducir en reglas de derecho las plurales opciones políticas.
- d) *La división de poderes*: argumento que afirma que incorporar o reconocer esta omisión constitucional afecta la división de poderes, pues el equilibrio de la triarquía clásica de los órganos del Estado se quebraría con esta figura.
- e) *La inadecuación de los encargos del legislador*: esto es, un nuevo gobierno no tiene por qué estar obligado a un programa de actuación de un régimen anterior si éste tiene una nueva construcción de la futura realidad.
- f) *El carácter negativo de la jurisdicción constitucional*: esto es, todo Tribunal Constitucional, en las célebres frases de Kelsen, "al aplicar la Constitución a un acto de producción legislativa y al proceder a la anulación de una norma inconstitucional, no produce sino que anula una norma, realiza el acto contrario a la producción jurídica, es decir, que actúa como legislador negativo". Esta cualidad de legislador negativo excluye de plano cualquier actividad de aquello que es propio del legislador positivo, por lo que el instituto de la omisión inconstitucional sólo permanecería en el plano teórico, pero sin visos de articularse en la práctica.
- g) *Factores extrajurídicos*: que son los que también habilitan a negar la existencia del instituto de la omisión inconstitucional por diversos factores como el político, económico, sociológico, etc.

Las consecuencias de las tesis que niegan la existencia del fenómeno omisivo de inconstitucionalidad, a la larga, afecta la defensa de la Constitución. Recuérdese el aporte vital de HÉCTOR FIX-ZAMUDIO cuando expresa que "la defensa de la Constitución está integrada por todos aquellos instrumentos jurídicos y procesales que se han establecido tanto para conservar la normativa constitucional como para prevenir su violación, *reprimir su desconocimiento* y, lo que es más importante, *lograr el desarrollo y la evolución de las propias disposiciones constitucionales* en un doble sentido: desde el punto de vista de la Constitución formal, a fin de lograr su paulatina adaptación a los cambios de la realidad político-social, y desde la perspectiva de la Constitución real, es decir, su transformación de acuerdo con las normas programáticas de la propia carta fundamental"¹⁴⁷.

Una forma de reprimir su desconocimiento, es pues reconociendo *prima facie* la existencia de

¹⁴⁷ HÉCTOR FIX-ZAMUDIO. *Introducción al estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*. 2a. ed. UNAM. México, 1998, p. 24.

las omisiones inconstitucionales; y luego, enervándolo, bien sea por la jurisprudencia creadora, en su versión de los Colegiados Constitucionales de Alemania, Italia, España, entre otros; o específicamente, a través de mecanismos procesales para resarcir el agravio constitucional, a través de sentencias que declaran dicha situación, supliendo si se quiere al legislador renuente en editar la ley de desarrollo constitucional.

JOSÉ JULIO FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, en su trabajo orgánico sobre la materia y que aquí suscribimos, especifica que las consecuencias del rechazo de la inconstitucionalidad por omisión importa configurar, entre otros aspectos, los siguientes: a) Existencia de un *fraude* constitucional; b) Presencia de una mutación constitucional; c) El fortalecimiento del Ejecutivo; y, d) La desvalorización del carácter normativo de la Constitución. Por el contrario, quienes afirman la existencia de esta problemática implica que ella aporta una: a) Realización del proyecto constitucional; y la afirmación de un Estado social, en la medida en que los derechos, usualmente postergados, son los de naturaleza social; b) La relación del Poder Constituyente con el Poder Constituido a través de un Legislador responsable; c) La naturaleza y rol del Tribunal Constitucional; y d) Finalmente la afirmación de las "obligaciones constitucionales"¹⁴⁸.

7. UNA OJEADA EN EL DERECHO COMPARADO

Aunque lo más probable es que el instituto mantenga un cierto rechazo, ello sin embargo no ha sido óbice para que, la doctrina y luego el derecho constitucional positivo se encargue de ir recogiendo novedosas figuras; por otro lado, en aquellos sistemas de jurisdicción constitucional que no está consagrado, la creación jurisprudencial de los tribunales constitucionales han venido contribuyendo a un perfeccionamiento en el tratamiento de esta figura.

Una visión sucinta y sólo con miras referenciales, llevan a señalar un tratamiento del tema a través de dos áreas:

- a) Por el lado de los sistemas constitucionales que lo han positivizado en el plano formal y que son:
 - i) La ex-Yugoslavia que fue un primer precedente en la comparativa constitucional, la misma que fuera consagrada en la abrogada Constitución de la República Socialista Federativa de Yugoslavia del 21 de febrero de 1974, en el art. 377.
 - ii) Portugal: que es el segundo caso con la Constitución del 2 de abril de 1976 y cuyo texto luego habría de ser reformado en 1982; en el art. 213 se consagra el instituto.
 - iii) Brasil: prevé en su texto del 5 de octubre de 1988 prácticamente dos grandes procesos constitucionales para conjurar las omisiones inconstitucionales: a) por un lado a través de la *acción de inconstitucionalidad por omisión*; y b) por otro, la figura del "*mandado de injuncao*" (art. 5 inc. LXXI y art. 102, inc. II a) y art. 105 inc. I, h).
 - iv) Argentina: vía la Constitución de la Provincia federal de Río Negro.
 - v) Costa Rica: vía la Ley de Jurisdicción Constitucional (Ley 7315/1989 del 18 de

¹⁴⁸ JOSÉ JULIO FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ... Op. cit., pp. 203 y ss.

octubre), en sus arts. 73, inc. F) y art. 75.

vi) Hungría: con la Constitución de 1989 en la cláusula 32.A.3.

vii) Venezuela: con la Constitución de 1999: art. 336, inc. 7.

- b) Por el lado de la creación jurisprudencial de los tribunales constitucionales: si bien se ha podido apreciar de modo específico que tanto la doctrina como la legislación constitucional han contribuido a solucionar en parte el control de la inconstitucionalidad por omisión; también ha sido encarado frontalmente a golpe de sentencias por un revolucionario derecho judicial; esta heurística jurisprudencial se ha podido apreciar en la panoplia más avanzada de las cortes constitucionales europeas; en ese contexto, por ejemplo, PABLO LUCAS VERDÚ, refiriéndose al Tribunal Constitucional italiano sostiene que éste ha cumplido y cumple una función de suplencia ante la inactividad de las instituciones llamadas a aplicar la Constitución.

El caso de Italia reviste una particular relevancia, sobre todo a partir del célebre ensayo de COSTANTINO MORTATI que rescata diversas tipologías de sentencias constitucionales; y que en la actualidad, se pueden quintaesenciar en los siguientes tipos:

- a) *Sentencias interpretativas*: que se expresan en *sentencias interpretativas de acogimiento* que son las que declaran la inconstitucionalidad de la norma, sino la interpretación contraria a la Constitución. Las "*sentencias interpretativas di rigetto*" son las que reconocen la constitucionalidad de la disposición en tanto son interpretadas en las formas acordes con la Constitución y que es explicitado en la sentencia.
- b) *Sentencias de recomendaciones (o encargos al legislador)*: son sentencias en las que el Tribunal Constitucional expresa exhortaciones al legislador sobre un concreto desarrollo legislativo ulterior. Estas sentencias oscilan desde simples consejos hasta fórmulas más concretas.
- c) *Sentencias aditivas*: que en rigor son las sentencias de creación de normas sustitutivas y que son las que probablemente tienen más relevancia en el control de las omisiones inconstitucionales ¹⁴⁹.

8. LOS MECANISMOS DE FISCALIZACIÓN DE LAS OMISIONES INCONSTITUCIONALES

Como quiera que no hay un consenso orgánico de control que permita o habilite curar los males omisivos que genera la inercia o el ocio del legislador, en el mercado comparativo, por lo menos se ofrecen dos tipos de remedios fiscalizadores; uno que calificamos como *mecanismos indirectos*; y el otro sería el mecanismo de fiscalización directa.

- A) *La fiscalización indirecta*: se expresa a través de dos principales institutos:

¹⁴⁹ Sobre el particular puede verse AUGUSTO CERRI. *Corso di giustizia costituzionale*. 3a. ed. Giuffrè Editore. Milano, 2001, pp. 230 y ss. MICHELE AJNIS. *Dizionario costituzionale*. Laterza. Roma, pp. 370 y ss. JOSÉ JULIO FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. "La tipología de las sentencias del órgano de justicia constitucional". En Revista Jurídica. Órgano oficial del Colegio de Abogados de La Libertad. No. 134, enero 1996-julio 1999. Trujillo, pp. 691-708.

- a) A través del *derecho de petición*; pero que en este caso, sería una petición que debe redimensionarse, pues de cara a la realidad, el legislador podría suplir su inercia a través de las peticiones que les solicitan las partes interesadas, dentro del marco del derecho a la participación política.
Con todo, este derecho no dejar de ser un mecanismo muy relativo; sobre todo si queda a la discrecionalidad precisamente del legislador movilizar o hacer suya dichas peticiones.
- b) *La iniciativa popular en la formación de las leyes*: que es otro mecanismo, más real en sus presuntas consecuencias y que responde a una suerte de control político, dentro de los marcos de una *democracia semidirecta*. Con todo, estos mecanismos no dejan de ser formas relativas e indirectas de resarcir los agravios omisivos de los poderes del Estado. En esta perspectiva, XIFRAS HERAS señala que, "cuando el poder del Estado crea la ley, no suele obrar por propio impulso, pues lo normal es que la iniciativa legislativa vaya precedida de una polémica o pugna entre fuerzas sociales acerca de las cuales el poder actúa como árbitro".
- B) *La fiscalización directa*: que se expresaría a través de la acción de inconstitucionalidad por omisión, que la veremos líneas abajo.

9. HACIA UNA CONFIGURACIÓN DE UNA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

¿Cómo enfrentar a la inconstitucionalidad por omisión, puesto que ella existe, independientemente de que los textos constitucionales no lo aludan? Si bien la doctrina ha puesto en evidencia de que una de las formas en que se manifiesta la violación a la *Lex Legum* es omitiendo o incumpliendo la producción de normas de rango infraconstitucional que, precisamente constituyen presupuestos indispensables para que la Constitución pueda tener vigencia y facticidad y se internalice en un sistema político; hoy el tema que merece especial relevancia es la forma en cómo debería resarcirse este complejo fenómeno de omisión violatoria de la Constitución. Ya se ha manifestado que esta problemática, a la larga o a la corta, desemboca ante la jurisdicción constitucional, bien sea de naturaleza *difusa* o *concentrada*. En tal perspectiva, cabe hoy ya señalar que un sistema de jurisdicción constitucional que sólo prevé el control de la inconstitucionalidad por acción, resulta de por sí incompleto, como incompleto de vigencia aparejaría irónicamente una Constitución por inactividad del legislador ordinario.

Por principio, ya es tiempo de que, aparte de la rica jurisprudencia que vienen abriéndose paso en los célebres tribunales constitucionales de Italia, Alemania, España, etc., es necesario que, desde una perspectiva latinoamericana, se construyan procesos o garantías constitucionales específicas. No dejaría de tener sustento que se esgrima, para el fenómeno *strictu sensu* de las omisiones inconstitucionales, una garantía constitucional específica: La acción de inconstitucionalidad por omisión.

Aunque la doctrina le asigna un concepto técnico-jurídico a las garantías constitucionales, para los efectos de lo que podría ser una garantía específica del que venimos esgrimiendo, debe tener, ciertos presupuestos que la habiliten para incorporarse en los circuitos de los demás procesos constitucionales.

Así, una aproximación aunque relativa, sobre los presupuestos en que podría manifestarse la acción de inconstitucionalidad por omisión, en tanto ella en sí resulta ser, genéricamente una garantía o proceso constitucional, serían, en líneas generales, las siguientes:

A) *Que exista un interés constitucional tutelado o asegurado*

En este caso, se trata bien puede ser de que la norma que no se ha creado, afecta a un conjunto de destinatarios que pueden ser personas naturales o colectivas, instituciones, etc., que tengan una vinculación o relación con la ley que debe existir, por cuanto así lo ha dispuesto alguna cláusula constitucional, pero que por diversas razones no existe. Es decir, la ley ha de significar una *relación jurídica* de derechos u obligaciones frente a terceros que pueden ser, como ya se tiene dicho, destinatarios diversos.

En consecuencia, la acción de inconstitucionalidad, como garantía constitucional misma tutela un interés colectivo que es precisamente hacer posible que los órganos constitucionales cumplan con editar la ley en cuestión. La acción de inconstitucionalidad por omisión ha de superar todo un proceso constitucional destinado a conjurar un mal, un daño, un agravio que afecta no en abstracto, pese a que la declaratoria de la sentencia en sí, tiene ese sentido, pero que en los hechos está configurando en forma difusa o no un agravio. Si bien el agravio no necesariamente tiene que ser directo, estamos pues ante un importante presupuesto de esta singular garantía constitucional: un interés constitucional de hacer posible que en un sistema jurídico se concluya con lo que genéticamente dispuso la obra del Poder Constituyente Originario.

B) *La Garantía Constitucional de la inconstitucionalidad por omisión importa también una situación fáctica: la existencia de encontrarse peligrosamente amenazado el interés constitucional*

En este caso, se trata del derecho *expectatio* que supone la existencia de una ley o norma que la Constitución garantiza. Dicha ley se ve peligrosamente amenazada ante la indiferencia del legislador en no crearla. En tal sentido, secuencialmente y por un tiempo razonable de no creación, puede pasar a un *status* de peligro, vía amenaza por su no edición o creación; luego, pasado un tiempo más que razonable, y sin que quepa invocar la *discrecionalidad del legislador*, estamos ya no ante una amenaza de inconstitucionalidad por omisión, sino antes bien, ante una violación fáctica de la Constitución por la renuencia y contumacia del legislador que no ha contribuido a crear lo que es una exigencia constitucional.

Este presupuesto resulta mucho más complejo por cuanto cualquier garantía constitucional apunta a tutelar algún derecho susceptible de amenaza o violación. Empero, la inconstitucionalidad por omisión no sólo expresa una amenaza; sino una violación, aquí no cabe aludir a una amenaza en tanto se configura dicho concepto como algo real, cierto e inminente; sino que la omisión en sí ya es una violación que se perpetra y que afecta intereses constitucionales. Basta con que algún derecho subjetivo no tenga precisamente respaldo de una ley por su inexistencia, para que en los hechos estemos pues, ante este presupuesto.

C) *Un último presupuesto, dentro de lo estrictamente formal de la garantía constitucional es que exista una organización instrumental idónea para asegurar el contenido o interés constitucional por ella protegido*

En este caso, se trata del órgano de jurisdicción constitucional llamado a resolver la cuestión. Según sean los modelos o sistemas de jurisdicción constitucional, bien sea que se trate de un modelo difuso, éste puede asumirlo el más alto órgano judicial como son las cortes supremas, como es el caso de Brasil, México, etc.; y tratándose de los países que tienen tribunales o cortes constitucionales, éstos deben ser los competentes para declarar, vía la acción de inconstitucionalidad, una omisión inconstitucional.

Lo que sí queda por configurar, según las particularidades que se le imprima, son los alcances de una sentencia y la forma en que debería vincular al legislador, a fin de que no se configure una postergación de las cláusulas programáticas por el ocio del legislador.

10. ALGUNAS PROPUESTAS CONCLUSIVAS

1. Una defensa de la Constitución, como ya se ha esgrimido, supone entre otros aspectos, que cuente la jurisdicción constitucional con mecanismos específicos que sirvan de antídoto a un mal que se configura por la inercia del legislador. En tal perspectiva, una garantía constitucional específica, bien puede ser la "acción de inconstitucionalidad por omisión".

2. Dicho proceso constitucional, podría tener determinados perfiles, según sea el sistema de jurisdicción constitucional de cada país. Así, podría caracterizarse, entre otros aspectos con lo siguiente:

- a) Su regulación legal: debe provenir de un expreso mandato constitucional y debe formar parte de los demás procesos constitucionales con que cuente cada sistema constitucional.
- b) Respecto al tipo de control constitucional, sería exclusivamente frente a la violación específica de una cláusula constitucional que exige de un expreso desarrollo legislativo y cuya potestad depende exclusivamente de los poderes del Estado desarrollarla.
- c) El órgano de justicia constitucional en los modelos concentrados, debe ser atribuida exclusivamente a las cortes o tribunales constitucionales; y, en caso de los modelos difusos, la competencia debe estar asignada a las salas o cortes Supremas.
- d) La sentencia estimativa de omisión inconstitucional debe responder a un *prius* de fuerza obligatoria ante el órgano legislativo, y no a un simple *encargo* o *recomendación* al legislador.

En esta perspectiva, puede la sentencia integrar la falta de desarrollo legislativo, como también disponer el resarcimiento vía una indemnización por el agravio o perjuicio ocasionado, bajo el fundamento del principio de responsabilidad que tiene el Estado.

- e) La legitimidad procesal debería ser tan igual de quienes tienen la potestad para postular demandas de inconstitucionalidad; así, puede ser el Presidente de la República, el Fiscal de la Nación, el Defensor del Pueblo, un porcentaje específico del número legal de congresistas; un número determinado de ciudadanos; los Presidentes de las regiones; las centrales sindicales nacionales; los colegios profesionales, entre otros.

Más allá o más acá de algunas características, la idea que debe primar en las actuales jurisdicciones constitucionales, sobre todo desde la perspectiva latinoamericana, es afirmar una expresa tutela a través del control de la constitucionalidad por omisión, a fin de que, la supuesta *discrecionalidad* de las autoridades estatales no afecten a la norma suprema por su falta de desarrollo legislativo. Por otro lado, no se descarta que exista también un instrumento procesal de "acciones de inconstitucionalidad por omisión concreta", en donde el justiciable puede entablar ante el juez ordinario ya no una omisión absoluta, sino *relativa*, con posibilidad real que el juzgador supla dicha inercia legislativa.

Estos y otros aspectos más que pueden irse avanzando, constituyen las actuales propuestas de diversos constitucionalistas que vienen reivindicando esta figura y su posible solución dentro de las particulares características del mercado constitucional comparado.

III

UNA PROPUESTA ESPECÍFICA DE REFORMA CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ: LA CREACIÓN DEL PROCESO CONSTITUCIONAL DE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN (*)

1. INTRODUCCIÓN

En el VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional celebrado en México en febrero del año 2002, algunos profesores ¹⁵⁰ lanzaron la ofensiva de tratar ya frontalmente el tema de la inconstitucionalidad por omisión; y, por cierto, de no esquivarlo ni irse por simples disquisiciones abstractas. Tal preocupación, desde luego, no es compartida por todos, ni obviamente la doctrina tiene que consensuar en dicha problemática; de ahí que es bueno advertir que quien camine por este convulsionado *terreno comanche*, encontrará que no sólo está minado por un sector de académicos que aún no reparan en la problemática teórica y práctica del fenómeno de la *inconstitucionalidad por omisión*; sino que, a nivel de la *dinámica constitucional*, es decir, de la propia realidad político constitucional, los legisladores que pretenden reformar las constituciones nacionales, bien sea en su expresión de *poder constituyente originario o derivado*, no tienen no sólo el más mínimo interés de afrontar esta problemática; sino que, digámoslo de cara a la realidad y en términos coloquiales: son políticos que no desean que exista ningún órgano de jurisdicción constitucional que los esté *intimando* a cumplir con el desarrollo de las cláusulas programáticas de la Constitución. En rigor, esta actitud, en los hechos no hace más que confirmar que, para un sector de académicos como de los propios legisladores, la *omisión legislativa* no debería ser justiciable; en tal perspectiva, estarían en la práctica asumiendo la tesis de que la inconstitucionalidad por omisión es simple y llanamente una *cuestión política*; tesis que, como veremos luego, no es más que una *falacia política* con altos réditos para los legisladores políticos, pues siempre tendrán carta abierta a una permanente *impunidad*: incumplir una obligación de actuar normativamente.

* Ponencia Presentada en el VII Congreso Nacional de Derecho Constitucional en Piura (8, 9, 10 de Agosto del 2002), por GERARDO ETO CRUZ.

¹⁵⁰ MÓNICA IBAGÓN. "Control judicial de la omisión legislativa en Colombia". NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS. "La inconstitucionalidad por omisión en el Derecho Comparado" y GERARDO ETO CRUZ. "Una defensa de la Constitución. La acción de inconstitucionalidad por omisión".

En las conclusiones y relatorías del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional ya aludido¹⁵¹, en la mesa 4 que fuera sobre los "*Instrumentos de justicia constitucional*", se arribó institucionalmente, entre tantas y diversas conclusiones a la siguiente:

(...) Conclusión General: "Las necesidades y exigencias de las sociedades modernas requieren avanzar permanentemente en la reforma del Estado en Iberoamérica, procediéndose a las reformas constitucionales que sean precisas para ello, con la finalidad de hacer efectiva la protección de los derechos fundamentales, consolidar la democracia y perfeccionar los instrumentos de la toma de decisiones gubernamentales. En vista de lo anterior, propugnamos: (...) mesa 4. Instrumentos de Justicia Constitucional: (...) 4.- *Desarrollar mecanismo de control constitucional en relación con las omisiones legislativas*".

El problema de la inconstitucionalidad por omisión no sólo es un buen ejemplo que invita a encarar la maquinaria reflexiva de los teóricos, sino que el tema, según sea por donde se le mire, hoy es un problema contemporáneo que todos los estados modernos atraviesan y, pese a las diversas propuestas de solución, ello no hace más que poner a prueba que la *defensa constitucional*, en este caso, aún no se ha llegado jurídicamente a solucionar; si bien como veremos luego, existe, claro está, diversos planteamientos en el derecho constitucional positivo y en el derecho jurisprudencial.

Con todo, en el Perú, como en los demás países que no lo afrontan, lleva inexorablemente a concluir que no resolver los problemas, como es el caso de la inconstitucionalidad por omisión, es garantizar un problema mayor: hacer *ilusa* la norma constitucional; o, como diría G. BORDEAU cuando en su momento reabría el debate sobre la permanente crisis de la Constitución: proclamaba el *réquiem* de la norma fundamental considerándola como un "templo alegórico habitado por sombras". En efecto, ¿De qué sirve que los códigos fundamentales proclamen, como proyecto político de una nación, una serie de derechos sociales, diversas políticas legislativas; si éstas van estar postergadas *sine die*? Hoy, como preconizaba RALF DAHRENDORF "no basta los derechos constitucionalmente garantizados si no van acompañados por una política social que haga activo al liberalismo", agregando "que es necesario concretamente una política de reformas"¹⁵².

Un derecho vale jurídicamente lo que valen sus garantías; esto es, las garantías nos muestran la sinceridad del ordenamiento¹⁵³. En esta perspectiva, no tiene sentido que las constituciones enfatizen una serie de leyes de desarrollo constitucional, una serie de políticas legislativas que supongan la afirmación, entre otras cosas, de un *Estado de bienestar*; si en los hechos, la realidad los va a desdecir, en tanto el órgano creador de la norma simple y llanamente no lo crea. Los textos constitucionales no cuentan con un sistema de garantías procesales *strictu sensu* que los obligue

¹⁵¹ Conclusiones y relatorías del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. RAÚL MARQUEZ ROMERO (Coordinador). III. UNAM. IIDC. México, 2002, p. 20.

¹⁵² RALF DAHRENDORF. *El nuevo liberalismo*. Rei. México, 1992, p.39.

¹⁵³ ANTONIO TORRES DEL MORAL. *Principios de Derecho Constitucional Español*. Servicios de Publicaciones de la Facultad de Derecho. Madrid, 1992.

jurisdiccionalmente a los órganos emisores a que las produzcan. La cuestión en el caso del Perú, no sólo sigue sin resolverse; sino que, en la futura e inminente reforma de la Constitución, no se le ha tomando en cuenta. De esta manera, la sociedad civil peruana va a tener, a futuro, una nueva Constitución, la décimo tercera en su historial, y van a mantener, no cabe duda, una serie de cláusulas programáticas que dudosamente van a irse desarrollando dentro de la perspectiva de una real vigencia sociológica de la Constitución.

En esta breve ponencia, nos interesa particularizar algunas ideas, para seguir en nuestra permanente insistencia: que se incorpore una nueva garantía constitucional; esto es, un proceso constitucional *ad hoc* para enervar la actitud omisiva del legislador: *la acción de inconstitucionalidad por omisión*.

2. LOS DEBERES Y LA RESPONSABILIDAD JURÍDICA DEL ESTADO

Más allá de una permanente polémica si el Estado tiene derechos fundamentales para sí¹⁵⁴; el tema de las obligaciones que el Estado tiene; esto es, sus órganos respectivos, ha merecido en la literatura constitucional una importante reflexión. Esto desde luego, se encuentra enmarcado dentro del *control del poder*.

GEORGE JELLINEK reflexionaba que las reglas jurídicas que establece el Estado contienen en sí la obligación para con los propios órganos del Estado: "con lo cual queda sometido a obligación la actividad de aquél en sí mismo"¹⁵⁵. Resulta vital cómo la concepción del derecho público pregonado por JELLINEK mantenga una importancia notable. Sobre este aspecto, es más que elocuente lo que enfatizaba JELLINEK:

"Acompaña, pues, a todo principio de derecho la seguridad de que el Estado se obliga a sí mismo a cumplirlo, lo cual es una garantía para los sometidos al derecho. La orden dada por el Estado a sus órganos de ejecutar las disposiciones jurídicas no es puro arbitrio de aquél, (...) sino que se trata de cumplir un deber, el Estado se obliga a sí mismo en el acto de crear un derecho respecto de sus súbditos, cualquiera que sea el modo como el derecho nazca, a aplicarlo y mantenerlo"¹⁵⁶

Remataba JELLINEK sosteniendo que:

"El fundamento último de todo derecho radica en la convicción inmediata de su *obligatoriedad*, de su fuerza determinante y normativa"¹⁵⁷

Vinculado ya en el plano estrictamente constitucional, JELLINEK expresaba que: "La idea de la auto-obligación del Estado respecto a su derecho ha desempeñado un papel importantísimo en la

¹⁵⁴ FERRÁN REQUEJO COLL. "Hacia una teoría politológica del Estado". En REF (Nueva Época). No. 64, abril-junio. 1989, p. 191 y ss. Al respecto existe un extraordinario trabajo de LUIS LEGAZ LACAMBRA. *Notas para una teoría de la obligación política*. En REP. No. 85. Madrid, 1956, pp. 3-57.

¹⁵⁵ GEORGE JELLINEK. *Teoría general del Estado*. Prólogo y traducción de FERNANDO DE LOS RÍOS. Fondo de Cultura Económica. México, 2000, p. 348.

¹⁵⁶ G. JELLINEK... Op. cit., p. 348.

¹⁵⁷ Idem.

formación del constitucionalismo moderno". Acotaba a renglón seguido el célebre pensador alemán: "No sólo trata éste de contener la omnipotencia del Estado mediante la fijación de normas para la exteriorización de su voluntad, sino que trata de refrenarlo muy especialmente mediante el reconocimiento de derechos individuales garantizados" ¹⁵⁸.

KELSEN, al concebir la problemática del contenido de la Constitución, ya aludía a la presencia de "*leyes futuras*", pues "La Constitución tiene ciertas estipulaciones que se refieren no solamente a los órganos y al procedimiento por el cual *futuras leyes deberán ser promulgadas*, sino también al contenido de tales leyes"¹⁵⁹. Y, como ya se ha señalado en anterior trabajo ¹⁶⁰, KELSEN delineó el problema de las *cláusulas programáticas* ¹⁶¹, pero no satisfizo una solución al fenómeno de las omisiones inconstitucionales. Por cierto que el célebre jefe de la *Escuela de Viena* dejó desarrollado el tema del *control de la constitucionalidad de las leyes*; pero no de las omisiones legislativas en que incurría el órgano legislativo. Ello se evidencia en un pasaje, cuando se observa un cierto tono pesimista por esta problemática aparentemente sin solución:

"... si el órgano legislativo deja simplemente de expedir la ley prescrita por la Constitución, resulta prácticamente imposible enlazar a esa omisión consecuencias jurídicas" ¹⁶²

No obstante, KELSEN, sin mácula alguna, desarrolló con mayo vigor el tema de los *deberes jurídicos* del Estado, contexto en el cual, prácticamente se ubica el fenómeno de la inconstitucionalidad por omisión.

En efecto, las normas jurídicas; y máxime si éstas dimanar de la *Lex Legum*, hoy por hoy son preceptos que vinculan tanto a los *detentadores del poder*, tanto como a los *destinatarios del poder*: he allí su fuerza vinculante. Sobre el particular, KELSEN, dentro del marco estrictamente jurídico hurga sus raíces y fundamento y explica: "La sistemática puramente formal del derecho objetivo, tal como se desprende de la construcción de la norma jurídica reconocida como certera, divide las normas jurídicas, ateniéndose a su específica *función jurídico formal de la obligatoriedad* en normas que obligan a la persona-Estado y normas que obligan también a los demás sujetos. Si queremos llamar derecho estatal a las normas que obligan al Estado, no podremos cerrarnos a la evidencia de que todo derecho es derecho estatal, de que el derecho del Estado es el concepto amplio o superior que abarca todas las demás posibles clases de normas jurídicas. Sólo si interpretamos en este sentido el concepto de derecho del Estado podremos expresar certeramente la relación específica existente entre el Estado y el derecho" ¹⁶³.

Una interrogante clave que se puede formular, para ubicar la problemática de la omisiones

¹⁵⁸ Loc. cit., p. 351.

¹⁵⁹ HANS KELSEN. *Teoría General del Derecho y del Estado*. UNAM. México, 1995, p. 309.

¹⁶⁰ GERARDO ETO CRUZ. La inconstitucionalidad por omisión. En. *Doctrina Constitucional*. INDEJUC. Trujillo, 1992.

¹⁶¹ Vid. al respecto un clásico trabajo sobre el tema. ROLANDO E. PINA. *Cláusulas constitucionales y programáticas*. Astrea. 1973.

¹⁶² HANS KELSEN. *Teoría General del Derecho y del Estado...* Op. cit., p. 310.

¹⁶³ HANS KELSEN. *Problemas capitales de la Teoría Jurídica del Estado (Desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica)*. Porrúa. México, 1987, p. 233.

inconstitucionales es preguntarse en torno a quién se dirige la norma constitucional de naturaleza programática; esto es, cuál es su destinatario. Sobre este aspecto, Kelsen sostiene que la respuesta a esta pregunta tiene esencial importancia para toda la construcción del concepto del *deber jurídico* desde el punto de vista de la teoría del reconocimiento, teoría que descansa, a su vez, como sabemos, sobre la concepción del *imperativo*. El imperativo va necesariamente *destinado* a alguien, requiere una persona que lo escuche y lo acepte; sin la comprobación de tal sujeto, toda esta concepción jurídica, por esencia *subjetiva*, queda reducida a un fragmento sin valor". Y concluye "Sólo en el sujeto cobra el imperativo su *validez específica*"¹⁶⁴.

MERKEL, típico representante de la teoría del imperativo expresa: "Y es también intención indudable del derecho mover directamente al cumplimiento de su deber a aquellos cuyos deberes norma".

Y, considerando este *fin* del derecho como algo que forma parte de la esencia misma de éste, prosigue: "Es, por consiguiente, una forma esencial cuya la de dirigirse a estas personas. Quien emite una orden habla a quienes deben cumplirla"¹⁶⁵.

En rigor, más allá de lo que palpita en estas reflexiones; la idea es que las normas constitucionales están dirigidas tanto a los órganos del Estado, como a la sociedad civil. Tratándose de las normas que deben, a su vez, ser desarrolladas posteriormente vía legislación, no cabe duda obviamente que dichas cláusulas están dirigidas al órgano emisor de la norma. Y ella debe cumplirla. No hacerlo, simple y llanamente, altera el concepto jurídico del deber¹⁶⁶.

Siguiendo la *tesitura* kelseniana, éste nos dice: "La esencia de la norma jurídica con respecto a los sujetos del derecho consiste en que los obliga. Los diferentes deberes jurídicos de los súbditos, de los órganos del Estado o del Estado mismo, son creación del orden jurídico, que no es sino la suma de las normas del derecho"¹⁶⁷.

Hoy, la doctrina reconoce los daños resultantes de la inercia del legislador¹⁶⁸. Ya en el derecho portugués, GOMES CANOTILHO, rescata los aportes que ofrecieron, en su momento, MARTINHO NOBRE DE MELO: *Teoría Geral da Responsabilidade do Estado* (1914) y el ensayo de Fezas Vital: "*Da responsabilidade do Estado no exercicio da função legislativa*"¹⁶⁹.

3. REUBICANDO NUEVAMENTE LA PROBLEMÁTICA: LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

La problemática teórica y práctica de la inconstitucionalidad por omisión, continúa representando un permanente desafío para el pensamiento constitucional; y, sobre todo, para el Derecho Constitucional Comparado.

¹⁶⁴ HANS KELSEN. *Problemas capitales...* Op. cit., p. 329.

¹⁶⁵ Citado por KELSEN... *Problemas capitales*, p. 329.

¹⁶⁶ Véase el concepto del deber. En KELSEN. Capítulo XI y ss. de su *Problemas Capitales*, p. 345 y ss.

¹⁶⁷ HANS KELSEN. Loc cit., p. 271.

¹⁶⁸ JOSÉ JOAQUÍN GOMES CANOTILHO. *O Problemas da responsabilidade do Estado por actos ilícitos*. Livraria Almedina. Coimbra, 1974, p. 163.

¹⁶⁹ Bol. Fac. Dir. Coimbra, 1916. II, p. 267 y ss. citado por GOMES CANOTILHO, p. 165.

Hoy no cabe seguir manteniendo el prejuicio de que esta problemática constituye una *political questions*; esto es, seguir asumiendo la idea o la tesis de que hay cuestiones constitucionales que no son justiciables ¹⁷⁰, pues es un grave problema que sigue afligiendo a las democracias contemporáneas. Estamos pues, ante una amenaza presente y no sólo persisten estos daños constitucionales, sino que falta el control a esta silenciosa violación degenerativa de violación.

Conceptualmente, la inconstitucionalidad por omisión se entiende como JOSÉ JULIO FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ lo plantea, en términos teóricos como: "la falta de desarrollo por parte del Poder Legislativo, durante un tiempo excesivamente largo, de aquellas normas constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo, de forma tal que se impide su eficaz aplicación" ¹⁷¹. Recientemente, le ha salido al encuentro discrepante de esta definición, el profesor costarricense RUBÉN HERNÁNDEZ VALLE ¹⁷².

Así, sostiene que esta definición presenta varios defectos: "Primero está elaborada en forma teórica, sin fundamento en un ordenamiento específico. En segundo lugar, tiene dos elementos que, para el ordenamiento costarricense no le corresponden. El primero de ellos es la necesidad de que la omisión se haya producido, según el autor citado, "durante un tiempo excesivamente largo". El tiempo de la inactividad legislativa no es realmente un criterio jurídico *valedor* para definir si una omisión es susceptible de ser impugnada por vicio de inconstitucionalidad".

"En realidad, basta con la existencia de la omisión, sin que tenga ninguna trascendencia el tiempo transcurrido desde que se promulgó la Constitución y el momento en que se invoca jurisdiccionalmente aquella. En segundo lugar restringir la omisión sólo a aquellas "normas constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo" limita sin fundamento válido las posibilidades de aplicación de este instituto, pues en todo el ordenamiento constitucional existen numerosos principios y disposiciones –sobre todo en materia cubierta por los mal llamados derechos prestacionales– que, sin estar concebidas como normas de concreto desarrollo, establecen directrices al Estado para satisfacer importantes pretensiones materiales de los ciudadanos" ¹⁷³

En rigor *somos del parecer que*, lo planteado por el profesor compostelano, sigue manteniendo impecable vigencia en su conceptualización, pues no alude a la definición en torno a un sistema constitucional específico; es, como alude el rótulo de su *enjuicioso trabajo doctoral a*: "La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho Comparado. El caso español". Lo importante, en este caso, del sistema costarricense es que concibe el problema omisivo como la abs-

¹⁷⁰ GERMÁN BIDART CAMPOS. *Derecho Constitucional*. Ediar. T. I. Buenos Aires, 1963, p. 799-800. Vid más recientemente el trabajo de CÉSAR LANDA ARROYO. *Justicia Constitucional y political questions*. En "Pensamiento Constitucional". Año VII. No. 7. Fondo Editorial de la PUC. Lima, 2000, p. 111 y ss.

¹⁷¹ JOSÉ JULIO FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría General. Derecho Comparado. El caso español*. Civitas. Madrid, 1998, p. 81.

¹⁷² RUBÉN HERNÁNDEZ VALLE. *Los derechos prestacionales*. En "Derechos Humanos y Constitución en Iberoamérica" (Libro-Homenaje a GERMÁN BIDART CAMPOS). IIDC (Sección Peruana). Jurídica Grijley. Lima, 2002, p. 270. Con anterioridad, el mismo autor publicó "La tipología de las sentencias constitucionales con efectos fiscales" donde ya alude al tema de los derechos prestacionales. En REDD. Año 14. No. 41, mayo-agosto, p. 228-229.

¹⁷³ HERNÁNDEZ VALLE. *Los derechos prestacionales...* Op. cit., p. 271.

tención del legislador para desarrollar principios y preceptos constitucionales" ¹⁷⁴, lo cual es una forma particular de encarar el problema.

Empero, lo reflexionando por FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ es, a la fecha, el trabajo más orgánico en torno al instituto; de allí que, si bien se conceptualiza lo ya citado, el mismo autor compostelano expresa que "Las implicaciones que pretenden derivarse de la omisión inconstitucional dan lugar a que su tratamiento en el terreno práctico debe efectuarse con la adecuada ponderación de la realidad y del contexto reinante en ese particular momento del devenir histórico; y que "En todo caso, siempre tiene que ser posible la reclamación en algunos supuestos de omisiones absolutas o relativas que afecten a los derechos fundamentales y al principio de igualdad, esenciales, ambos, en un sistema democrático como el actual"; (Op. cit., ver sus conclusiones, p. 449-453, en especial, p. 451).

Como se podrá apreciar, el tema no hace más que confirmar lo importante y opinable de la cuestión y el triunfo del enriquecimiento teórico del fenómeno; en el entretanto, al menos para el caso peruano, ni tan siquiera se ha incorporado al sistema constitucional positivo; ni mucho menos se le ha dado un tratamiento frontal, como lo ha sido en diversos países europeos vía la jurisprudencia de los Tribunal "Constitucional", salvo Portugal y Hungría ¹⁷⁵, así como Brasil, Argentina, Costa Rica, Venezuela y el Estado de Veracruz en México.

Debe quedar aclarado, por otro lado, que una cosa es la problemática de la *no aplicación de las normas* ¹⁷⁶; y otra es el *no desarrollo de las normas*. ¿Por qué es que es necesario que se establezca, en forma concreta y específica en los textos constitucionales, mecanismos específicos para solucionar las omisiones legislativas? Se viene afirmando por un sector, que este problema, no habría de necesitar regulación expresa, pues los tribunales constitucionales bien podrían jurisprudencialmente enfrentar el asunto. Si bien es cierto que los organismos de jurisdicción constitucional de Alemania, Italia, España, entre otros, en su momento se han pronunciado por esta problemática; estimamos que no hay garantía de que lo mismo pueda ocurrir en sistemas constitucionales como los nuestros. El caso de España, como anota JAVIER JIMÉNEZ CAMPO, "el Tribunal Constitucional ha realizado el reconocimiento y amparo del derecho fundamental pendiente de regulación legislativa y, por ello mismo, mediatizado en su eficacia plena: derecho a la objeción de conciencia del artículo 30.2 (STC 15/1982), derecho a la libertad de expresión e información (art. 20.1) por determinada modalidad

¹⁷⁴ Idem., p. 271.

¹⁷⁵ La Corte Constitucional funciona en Hungría desde el 01 de Junio de 1990, entre sus competencias, demasiadas largas, juzga la violación de la Constitución por omisión. Ver a Adam Antal. "Le Système constitutionnel de la Hongrie" En *Cuestiones Constitucionales*. No. 5. México, 2001, p. 27.

¹⁷⁶ Recientemente DIEGO VALADÉS ha replanteado un complejo problema que hoy se presenta en los estados constitucionales contemporáneos. si bien su reflexión tiene precedentes de orden filosófico. la no aplicación de las normas. Se trata de normas secundarias que regulan no la prescripción de una conducta. sino que disponen una sanción. Esto es. habiendo una norma que establece una sanción. ella no se aplica. atendiendo a un basto fundamento que no debe desencadenar en la quiebra del Estado constitucional. Así. mientras para el jurista mexicano "La autoridad que omite la aplicación de la norma lo hace en virtud de que se evite un daño mayor que el que ocasionaría con su aplicación" (Cfr., "La no aplicación de las normas y el Estado de Derecho". En. Problemas constitucionales del Estado de Derecho. UNAM. México, 2002, pp. 4, 7, 69.

televisiva (STC 31/1994), seguida por otras resoluciones análogas) y, en fin, "derecho" al cumplimiento de la limitación en el empleo de la informática que establece, para la protección del honor y la intimidad, el artículo 18.4 (STC 254/1993). En todas estas resoluciones constató el Tribunal, con una palabra u otras, el incumplimiento o la "omisión" del legislador llamado por la Constitución para la regulación del derecho en cada caso comprometido, derecho cuya existencia reconoció en e correspondiente pronunciamiento estimatorio" ¹⁷⁷.

Fuera de estos casos típicos, el Tribunal Constitucional español no ha desarrollado más pronunciamientos, a no ser, para señalar situaciones diferentes, como son los casos de las sentencias 15/1982, 31/1994 y 254/1993. En estas, el Tribunal se limitó ya no a suplir la inercia legislativa sino "a dictar la declaración de nulidad de los actos públicos, administrativos y jurisdiccionales, que impidieron el ejercicio, respectivamente, de los derechos a la objeción de conciencia y a la libre expresión e información mediante televisión local por cable, declaración de nulidad que, en el caso de la entonces no regulada objeción de conciencia, se acompañó de suspensión de la incorporación a filas del actor. El amparo concedido tuvo así, en una y otras de estas resoluciones, un desenlace estrictamente negativo" ¹⁷⁸.

¿Qué es lo que ha sucedido en el caso de Colombia, acaso la Corte Constitucional más audaz y creativa de Latinoamérica?; pues, que habiendo incluso asumido la existencia del fenómeno de la inconstitucionalidad por omisión; simple y llanamente, dicha Corte se declaró incompetente. Veamos en forma extensa lo que reflexionó la Corte Constitucional colombiana:

"El legislador puede violar los deberes que le impone la Constitución de las siguientes maneras:

- Cuando no produce ningún precepto encaminado a ejecutar el deber concreto que le ha impuesto la Constitución;
- Cuando en cumplimiento del deber impuesto por la Constitución, favorece a ciertos grupos, perjudicando a otros;
- Cuando en desarrollo de ese mismo deber, el legislador en forma expresa o tácita, excluye a un grupo de ciudadanos de los beneficios que otorga al resto.

A esta clasificación propuesta cabe agregar otra instancia: cuando el legislador al regular o construir una institución omite una condición o un ingrediente que, de acuerdo con la Constitución, sería exigencia esencial para armonizar con ella; v. gr.: si al regular un procedimiento, se pretermite el derecho de defensa.

En el primer caso, de acuerdo con la clasificación creada por WESSEL, quien fue el primero en aceptar que el *no hacer* del legislador puede vulnerar derechos individuales, se presenta una *omisión legislativa absoluta* por cuanto falta la disposición de desarrollo legislativo de un determinado precepto constitucional; mientras que en los restantes, existe una *omisión legislativa relativa* por que si bien el legislador ha expedido la ley en ella solamente ha regulado algunas relaciones dejando por fuera otros supuestos análogos, con clara violación del principio de igualdad.

Así, mientras en el primer evento, hablaríamos de la omisión absoluta de un deber que la Constitución ha establecido de manera concreta, que implica necesariamente la

¹⁷⁷ JAVIER JIMÉNEZ CAMPO. *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*. Trotta. Madrid, 1999, p. 59.

¹⁷⁸ JAVIER JIMÉNEZ CAMPO... Op. cit., p. 60.

ausencia de normatividad legal, en los demás, nos estaríamos refiriendo a la violación del deber derivado del principio de igualdad o del derecho de defensa, como elemento esencial del debido proceso, por cuanto la ley existe pero no cubre todos los supuestos que debería abarcar. Hay aquí una actuación imperfecta o incompleta del legislador. En cambio en la primera, no hay actuación en absoluto".

Luego de asumir, como se aprecia, en términos teóricos la violación por omisión; la propia Corte Constitucional colombiana dispuso que:

"La acción pública de inconstitucionalidad bien permite realizar un control más o menos extenso de la labor legislativa, no autoriza la fiscalización de lo que el legislador genéricamente ha omitido, conforme a las directrices constitucionales. Las actuaciones penalmente encuadrables o constitutivas de faltas disciplinarias están sujetas a un control que escapa a la competencia de la Corte. Lo que se pretende mediante la acción de inconstitucionalidad, es evaluar si el legislador al actuar, ha vulnerado o no los distintos cánones que conforman la Constitución. Por esta razón hay que excluir de esta forma de control el que se dirige a evaluar las omisiones legislativas absolutas: si no hay actuación, no hay acto que comparar con las normas superiores; si no hay actuación, no hay acto que pueda ser sujeto de control. La Corte carece de competencia para conocer de demandas de inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta"¹⁷⁹

En consecuencia, es necesario que se tenga en cuenta que "los órganos del control de constitucionalidad, al estar obligados a velar por la supremacía de la Constitución, deben poner de manifiesto las violaciones omisivas de la misma realizadas por otras sedes institucionales. La jurisprudencia constitucional debe denotar la vulneración por omisión de derechos constitucionales en que incurre el legislador al incumplir las obligaciones, constitucionales impuestas, que dimanar de los derechos sociales y que, a la vez, son condición de garantía y efectividad de los mismos"¹⁸⁰.

4. EL LEGISLADOR NO ES EL ÚNICO SEÑOR DEL DERECHO

Una de las ideas fuerza del constitucionalismo clásico y que ha trascendido al tiempo desde que fuera formulado y concebido y que hoy pasa a ser en nuestro tiempo un fundamento claro es el control del poder por parte de la Norma Fundamental¹⁸¹.

Como lo ha planteado recientemente HÉCTOR FIX-ZAMUDIO y SALVADOR VALENCIA CARMONA, el derecho constitucional de nuestro tiempo viene experimentando una verdadera revolución en sus planteamientos, observándose diversas líneas maestras del constitucionalismo contemporáneo¹⁸² entre los que destaca el carácter *total* que tiene toda Constitución que es la de configurarse como un

¹⁷⁹ Sentencia C-543/96 (Exp. D-1286. Demanda de inconstitucionalidad por omisión del legislador en reglamentar los artículos 87 y 88 de la Constitución).

¹⁸⁰ ANTONIO PEÑA FREIRE. *La garantía en el Estado Constitucional de Derecho*. Trotta. Madrid, 1997, p. 223.

¹⁸¹ BORIS MIRKINE-GUETZEVITCH. *Modernas tendencias del Derecho Constitucional*. Trad. del francés por SABINO ALVAREZ-GENDIN. Reus. Madrid, 1934, p. 11. LOEWENSTEIN, KARL. *Teoría de la Constitución* (Trad. de ALFREDO GALLEGU). Ariel. Barcelona, 1983. MANUEL ARAGÓN. *Constitución y control del poder*. Ciudad Argentina. Madrid, 1995. Diego Valadés. *El control del poder*. UNAM. México, 1998.

¹⁸² HÉCTOR FIX-ZAMUDIO y SALVADOR VALENCIA CARMONA. *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*. 2a. ed. Porrúa. México, p. 30-32.

instrumento de control.

En efecto, hoy por hoy, en la andadura del presente siglo XXI se observa en lontananza del tiempo cómo el siglo XVIII fue *el siglo de la ley*, pues fue la base absoluta de la supremacía de un determinado poder respecto de los demás. El siglo XVIII fue también el siglo del desmoronamiento del absolutismo monárquico. En su decurso, el siglo XIX fue la *era del legislador*. El Parlamento expresó la soberanía total, era *primus inter pares* en relación a los demás órganos del estado. El siglo XX ha sido el *siglo del Poder Ejecutivo*, cuyo predominio notable aún se mantiene.

Hoy, todo Estado constitucional no sólo debe caracterizarse por el sentido constitutivo y limitativo del *principio de legalidad*; sino también por la legitimación democrática del ejercicio del poder¹⁸³. Este principio democrático del sistema político en el Estado constitucional no es un elemento accesorio o neutral, sino que es una exigencia de los valores integrantes del núcleo constitutivo del propio Estado, es decir, una exigencia lógica de sus propios valores fundadores¹⁸⁴.

En este marco situacional, ZAGREBELSKY ha señalado que hoy los estados constitucionales han llevado a reconocer la excepcional importancia de la función jurisdiccional: hoy ningún poder es "señor del Derecho"¹⁸⁵ en el entendido de que ningún poder u órgano del Estado puede apropiarse o disponer del derecho. El siglo XIX fue la era del legislador: el señor del Derecho era el legislador y todos los elementos que componen el Derecho se encontraban reunidos en el legislador. Esa fue la época cuyo momento clave fue el siglo XVIII en donde aparece la idea de que el Derecho tiene que expresarse sólo a través de leyes. ROUSSEAU habría de ser el gran profeta: "El fin de todo sistema de legislación... se reduce a dos objetos principales, la libertad y la igualdad". Igualmente sostenía que: "No hay libertad sin Leyes, ni allí donde hay alguien por encima de las Leyes... En una palabra, la libertad persigue siempre la suerte de las leyes, reina o perece con ellas; yo no sé nada que sea más cierto que esto"¹⁸⁶.

Esta mitología habría de mantenerse hasta que la transformación del Estado de Derecho *decimonónico* evolucione al Estado constitucional contemporáneo. Hoy ya no estamos ante el siglo de la ley. Tampoco cabe afirmar una separación absoluta e incommunicable entre los tres poderes del Estado.

En el Estado constitucional, los tres poderes si bien son independientes; ello ocurre en la medida en que están funcionalmente diferenciados y para diferenciarse funcionalmente necesitan relacionarse, pues sólo en el contacto y la fricción se delimitan entre sí. En rigor, son independientes en tanto dependen de los demás para existir y porque la relación y la complementariedad no equivale a dependencia. Las relaciones y controles que se establecen entre los poderes no son una muestra de una fractura en su independencia sino un ejemplo más de las limitaciones a las que se ven sometidos como exigencia de los principios constitutivos del Estado de Derecho, de su lógica limitadora

¹⁸³ IGNACIO BURGOA O. *Derecho Constitucional Mexicano*. 12a. ed. Porrúa. México. 1992, p. 329.

¹⁸⁴ ANTONIO MANUEL PEÑA FREIRE. *La garantía en el Estado Constitucional de derechos*. Madrid. Trotta. 1997. p. 195.

¹⁸⁵ GUSTAVO ZAGREBELSKY. *El derecho dúctil*. Trotta. Madrid, 1995. p. 150 y ss.

¹⁸⁶ Citado por EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA. *Justicia y Seguridad Jurídica en un mundo de leyes desbocadas*. Cuadernos Cívitas. Reim. Madrid, 2000, p. 27-28.

de la acción del poder¹⁸⁷.

Recapitulando en este breve *excurso*, hoy no cabe prácticamente aceptar una vieja concepción del siglo XVIII y XIX, en tanto el legislador era el único *señor del Derecho*. El Derecho es hoy compartido; pero no en la vieja concepción reduccionista de los jueces que eran la boca que pronunciaba la ley. Hoy la judicialización del derecho, ha de llevar a que, los jueces, tanto del Poder Judicial como de los tribunales constitucionales, se pronuncien en torno a la emblemática postura del legislador: no entender que, parte de las obligaciones y deberes del Estado es precisamente, la de dictar las leyes que permitan cerrar el círculo de la normatividad, a fin de que éstas puedan tener una real vigencia y plenitud sociológica; máxime, aquellas normas que no sólo afirman el desarrollo legislativo de alguna institución; sino la de las *arbitrarias exclusiones de beneficios*¹⁸⁸; o de aquellas normas que proclaman *derechos humanos económicos, sociales y culturales*¹⁸⁹; o los llamados *welfare rights*¹⁹⁰; o los *derechos prestacionales*¹⁹¹.

No se puede, en consecuencia, atribuir o reducir la labor exclusiva al simple legislador; aún cuando hay quienes enfatizan que el legislador tiene la potestad *discrecional* para ver en qué momento habrá de hacer desarrollar los parámetros del legislador constituyente¹⁹².

5. LAS PERMANENTES OMISIONES: LOS DERECHOS SOCIALES

Independientemente de los problemas teóricos que suscitan las normas sobre la producción jurídica como lo ha evidenciado GUASTINI¹⁹³, lo cierto es que la Constitución es una norma fundamental y fundamentadora de un sistema jurídico y que se va a caracterizar por tener una norma con específicas particularidades: *su incompitud*¹⁹⁴.

En efecto, por lo general, existe un *stock* amplio de este tipo de normas que requieren de un posterior desarrollo legislativo. Ahora bien: ¿A qué tipo de contenido normativo aluden, por lo general este conjunto de normas bien sean de cláusulas programáticas o de sendos principios que supongan también políticas de desarrollo institucional de parte del Estado? En rigor, se trata precisamente de derechos sociales; o lo que en terminología de las Naciones Unidas, aluden a los derechos humanos económicos, sociales y culturales. México fue uno de los iniciadores y pioneros en el desarrollo normativo-constitucional de estas normas¹⁹⁵ y que han tenido una profunda influencia

¹⁸⁷ ANTONIO MANUEL PEÑA FREIRE. *La garantía en el Estado Constitucional de Derechos...* Op. cit., nota 21, p. 27.

¹⁸⁸ Vid. Lo desarrollado por JOSÉ JULIO FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, sobre esta temática. *La inconstitucionalidad por omisión...* Op. cit., p. 308 y ss.

¹⁸⁹ HÉCTOR GROS ESPIELL. *Estudios sobre Derechos Humanos*. Vol. II. Civitas. Madrid, 1988, p. 323 y ss.

¹⁹⁰ Vid nota 48 *infra*.

¹⁹¹ NÉSTOR DE BUEN LOZANO y EMILIO MORGADO VALENZUELA (Coordinadores). *Instituciones de derecho del trabajo y de la Seguridad Social*. Ver específicamente capítulos 36 al 41. UNAM. México, 1997, pp. 657-765.

¹⁹² Igualmente JOSÉ JULIO FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ desarrolla *in extensu* las tesis de quienes rechazan la inconstitucionalidad por omisión. Op. cit., p. 203 y ss.

¹⁹³ RICARDO GUASTINI. "En torno a las normas sobre la producción jurídica". En Boletín Mexicano de Derecho Comparado. No. 89. Mayo-agosto. UNAM. México, 1997, p. 547-557.

¹⁹⁴ FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO. *El Sistema Constitucional Español*. Dykinson. Madrid, 1992, p. 64.

en América Latina. Hoy, el panorama, sin embargo, no ofrece mucho optimismo ni una esperanza prometedor, pese a que cada vez se legislan nuevas constituciones en donde irónicamente se exhiben en el escaparate, sendos derechos sociales que, a la postre, son simples catálogos de ilusiones. Hoy, ya no existe un Estado benefactor y asistencial; hoy todos coinciden en un Estado *desertor* que le da la espalda, pese a sus proclamas constitucionales, del desarrollo social de estas normas ¹⁹⁶.

Una de las formas cómo, las cláusulas programáticas se ven imposibilitadas de su desarrollo, son a través de lo que ENRIQUE ALONSO GARCÍA califica como los derechos prestacionales y que, al decir del citado jurista español, siguen constituyendo en "el punto donde suman todas las dificultades que el ejercicio de la justicia constitucional plantea" ¹⁹⁷. En efecto, en el caso del sistema norteamericano, si bien no se encuentran en las cláusulas constitucionales típicas normas programáticas; si existe el estimulante tema de la *welfare rights*. Esto presupone para el Estado una obligación positiva de hacer, un típico derecho prestacional. Sin embargo, el tema no deja de ser altamente discutible. Así, el profesor WINTER ha sostenido que "La noción de *welfare rights* es errónea porque no existen estándares de enjuiciamiento para determinar cuándo se satisfacen los supuestos derechos y los tribunales en ausencia de esos estándares, no pueden definir ni aplicar esos derechos, salvo que usurpen abiertamente funciones ejecutivas y legislativas" ¹⁹⁸. En la línea jurisprudencial norteamericana, se ha ido poniendo de relieve dos tipos de dificultades respecto a la constitucionalización de los *welfare rights*: a) La atribución de créditos presupuestarios; y b) Los problemas de administración de las prestaciones en el caso de que los tribunales decidieran meterse a fondo en el tema. Sumando a todo ello, existe el "slogan" de los partidarios del *judicial restraint* que proclaman que: "la Constitución no proporciona remedios judiciales para cada enfermedad social o económica".

No obstante estas complejas apreciaciones, en el caso de los derechos sociales, su relevancia jurídica y su complejidad estructural aparecen con mayor claridad si se los considera como derechos a prestaciones de bienes y servicios, principalmente frente al Estado, tendentes a satisfacer las necesidades básicas que permitan a los individuos desarrollar sus propios planes de vida ¹⁹⁹. Sin embargo, en esta dimensión prestacional palpita el problema de carácter económico de los derechos sociales, cuya satisfacción exige una transferencia de recursos de los sectores más ricos a los

¹⁹⁵ LUIS T. DIAZ MÜLLER. *Derechos Civiles, Sociales y Culturales. Aportaciones de México*. En Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Nueva Serie. Año XXX. No. 88. UNAM, 1997, p. 93 y ss.

¹⁹⁶ JOSÉ MANUEL LASTRA LASTRA. *Centenario de la doctrina social católica*. En Boletín Mexicano de Derecho Comparado. No. 77. UNAM. México, 1993, p. 525.

¹⁹⁷ ENRIQUE ALONSO GARCÍA. *Los Límites de la Justicia Constitucional. La constitucionalización de los derechos prestacionales del "Welfare state" en Norteamérica* En REDC. Año 4. No. 11. Mayo-agosto. 1984, pp. 139-194.

¹⁹⁸ POVERTY WINTER. *Economic Equality and the Equal Protection clause*. 1972. citado por ENRIQUE ALONSO GARCÍA. "Los límites de la justicia constitucional...", p. 185.

¹⁹⁹ ANOTA GREGORIO PECES-BARBA. "...los derechos económicos sociales y culturales. son derechos para los que carecen". Dichos derechos. "establecen a favor de sus titulares una prestación normalmente a cargo de los poderes públicos. aunque en ocasiones pueden estar a cargo de otros particulares..." (...) Agrega el iusfilósofo que hoy existe ya una "tercera generación de los derechos económicos. sociales y culturales" que "no se identifican sólo por ser estos derechos económicos. ni por ser estos derechos de prestación o de crédito".

más pobres y, por lo tanto, genera fuertes resistencias en aquellos cuando se pretende garantizarlos jurídicamente.

5.1. ACERCA DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES

GERARDO PISARELLO ha desarrollado estos aspectos sosteniendo que la cuestión del control constitucional de los derechos sociales plantea un serio problema: que en cualquier ordenamiento democrático mínimamente eficaz, la garantía de los derechos sociales depende más de la interposición del legislador que de la actuación de la justicia constitucional²⁰⁰; es decir, se afirma que es perfectamente viable que un Estado, cuya Norma Fundamental no garantice derechos prestacionales, sean otorgados ampliamente vía el desarrollo legislativo ordinario.

En rigor, estimamos que estas apreciaciones, sin ser falsas, no son del todo ciertas. En esta perspectiva, es necesario reivindicar con ahínco el valor normativo de las cláusulas sociales de las constituciones; pues lo contrario supondría que estas son simples enunciados retóricos, "advocaciones morales que simplemente queden libradas al albur del legislador"²⁰¹. Ya el propio Pisarello expresa que: "Por otra parte, en caso de incumplimiento de aquellas tareas sociales consagradas como normas, fines o mandatos programáticos, algunos ordenamientos, como el portugués o el brasileño, prevén la interposición de una *acción de inconstitucionalidad por omisión*, en razón de la cual los jueces comunican a los legisladores que han incurrido en la misma. Lo propio, un segundo nivel de eficacia de los preceptos sociales y económicos en el actual paradigma constitucional, viene dado por el valor hermenéutico que ostentan en su carácter de mandatos de optimización"²⁰².

6. EL LEGISLADOR MOTORIZADO: HIPERINFLACIÓN INTRASCENDENTE Y UNA ESCASA VOCACIÓN DE CUMPLIR CON LOS MANDATOS CONSTITUCIONALES

En los últimos tiempos se ha venido insistiendo sobre la crisis de la ley. La actual crisis "es la producción por la desvalorización que ha seguido a una inflación desmedida de las leyes como consecuencia de su multiplicación incontenible que, además, ha sido acompañado de un desarrollo desbocado de normas reglamentarias que complementan o ejecutan las leyes"²⁰³.

Con anterioridad, similar planteamiento lo había desarrollado GUSTAVO ZAGREBELSKY "No debe pensarse que la inagotable fragua que produce una sobreabundancia de leyes y otras normas sea una perversión transitoria de la concepción del derecho, pues responde a una situación estructural

Tienen una personalidad diferenciada que los identifica como un colectivo de derechos agrupados en torno a una idea central y con una estructura propia lo que permite considerarles una generación diferenciada de las anteriores" (Cfr., Derechos sociales y positivismo jurídico (Escritos de filosofía jurídica y política). Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas". Universidad Carlos III de Madrid. Dykinson. Madrid, 1994, p. 56 al 61).

²⁰⁰ GERARDO PISARELLO. "Los derechos sociales en el constitucionalismo democrático". En Boletín Mexicano de Derecho Comparado. No. 92. México, 1998, p. 447.

²⁰¹ PISARELLO... Op. cit., p. 449.

²⁰² Idem., p. 450.

²⁰³ EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA. *Justicia y seguridad Jurídica en un mundo de leyes desbocadas...* Op. cit., p. 47.

de las sociedades actuales" ²⁰⁴.

Si bien el problema de las omisiones legislativas pasan por su desarrollo normativo, la cuestión no pasa por el desarrollo sólo de las normas, aunque éstas sean el objeto central de esta problemática; esto es, que se desarrolle legislativamente; sino por el orden también del comportamiento de los legisladores y que es una cuestión, estimamos, de orden no sólo político o ideológico, sino cultural, de valoración social, de cómo la sociedad vive la escala de sus valores ²⁰⁵.

En realidad, nos encontramos con un legislador desvalorizado de su rol protagónico: legislar ²⁰⁶ y fiscalizar ²⁰⁷, pues en la práctica la producción de leyes "son de carácter sectorial y temporal, que reducen su generalidad y son de bajo grado de abstracción, por lo que muchas veces se expiden medidas en lugar de normas" ²⁰⁸.

Esto se podrá observar en cualquier Estado latinoamericano; y como un dato estadístico, sólo en la producción del Estado peruano: en el *docenio* militar, entre JUAN VELASCO ALVARADO y FRANCISCO MORALES BERMÚDEZ, se produjeron más de 6,200 decretos leyes; posteriores a ello, en la década de la restauración democrática; esto es, entre el gobierno de BELAUNDE TERRY y ALAN GARCÍA (1980-85 y 1985-90), sólo el Parlamento expidió 2,049 leyes. De este guarismo, en el régimen de BELAUNDE sólo se promulgaron 23 leyes de desarrollo constitucional y en el gobierno del APRA 15 leyes; es decir, en una década de desarrollo constitucional, hubo una hiperinflación de normas y sólo se cubrieron 38 leyes, que en rigor, eran estrictamente de manufactura de desarrollo constitucional ²⁰⁹. Lo propio se podrá advertir en el régimen de la corrupción de ALBERTO FUJIMORI, salvando obviamente las distancias entre este gobierno y los dos anteriores.

En efecto, la década del *fujimorismo* no escapa a esta situación, sino que la confirma en forma más sorprendente. La primera ley que dictó el Congreso en el gobierno de FUJIMORI (Res. Leg. N° 25277) hasta los primeros días de noviembre en que se desploma el régimen, se dictaron increíblemente una aplastante legislación no sólo del Legislativo, sino del propio Ejecutivo. Recordemos que el Congreso había sido manejado inflexiblemente por los partidarios del gobierno, pero el 12 de noviembre del 2000, MARTHA HILDEBRANT, Presidenta del Congreso, fue censurada ante su resistencia a renunciar a un cargo que en ese momento no expresaba la voluntad mayoritaria del Congreso y que luego, tres días después lo asume VALENTÍN PANIAGUA ²¹⁰. Si ubicamos como fecha emblemática el 21 de noviembre en que el Congreso destituye a FUJIMORI por incapacidad moral, luego de su huida a Japón, y previo a ello se dicta la *Ley de Reforma Constitucional* N° 27365 de fecha 05 de noviembre del 2000 donde se elimina la reelección, hasta allí prácticamente el Congreso dictó en 10

²⁰⁴ GUSTAVO ZAGREBELSKY. *El derecho dúctil*, p. 39.

²⁰⁵ JORGE REINALDO VANOSI. *Estudios de Teoría Constitucional*. UNAM. México, 2002, p. 107-108.

²⁰⁶ Ver los trabajos de ENRIQUE BERNALES BALLESTEROS. Entre otros. *El Parlamento por dentro*. DESCO. Lima, 1984. *Parlamento y Democracia*. Constitución y Sociedad. Lima, 1990.

²⁰⁷ OSCAR DIAZ MUÑOZ. *La Moción de Censura en el Perú*. Ara. Lima, 1997.

²⁰⁸ HÉCTOR FIX-ZAMUDIO y SALVADOR VALENCIA CARMONA. *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado...* Op. cit., p. 37.

²⁰⁹ GERARDO ETO CRUZ. *Estudios de Derecho Constitucional*. Nuevo Norte. Trujillo, 2002, p. 71.

²¹⁰ ENRIQUE BERNALES BALLESTEROS. "Crónica del gobierno de transición". En *Revista Peruana de Derecho Público*. Año 1. No. 2. Lima, 2001, p. 17.

años y 3 meses un total de 2085 leyes y el Ejecutivo del Fujimorato, vía legislación delegada, publicó 296 *decretos legislativos*, más 701 *decretos de urgencia*. Es decir, en total, la producción de normas con *rango de ley*, entre leyes, resoluciones legislativas, decretos leyes –fruto del autogolpe de Estado–, decretos legislativos y decretos de urgencia y necesidad, en la década de la corrupción suman un total de 3,082 normas con rango de ley ²¹¹.

Esto no hace más que confirmar que la *hiperinflación intrascendente* de normas que, más que leyes, constituyen simples medidas fruto del inmediatez coyuntural y político, normas que reflejan apremios para remediar, si es que lo trataron, males del momento.

Es cierto que si se hace un análisis comparativo, hoy se puede afirmar que en los estados contemporáneos, existe un "crecimiento de la complejidad estatal" ²¹², "cuya acumulación podría tener como resultado que el Estado, en tanto que institución histórica concreta (entra) en un proceso de entropía o de desorganización creciente..." ²¹³.

Esta situación, por lo general, se puede evidenciar en todos los estados latinoamericanos, como lo describe MARCOS KAPLAN desde una vertiente sociológica; esto es "el caos económico, disolución social, inadecuación y deformación culturales, anarquización política, cuádruple marginalización, crecimiento y modernización sin desarrollo (...), estructuras, instituciones y normas políticas inadecuadas e insuficientes" ²¹⁴. KAPLAN, apelando a enfoques más politológicos, nos describe en forma elocuente lo siguiente, respecto a los estados latinoamericanos:

"Producto y productor de sociedades de integración incompleta y afectadas por nuevas brechas y líneas de fractura que el camino de crecimiento y modernización y el ajuste a las coacciones del sistema internacional generan o amplifican, el Estado, y los gobiernos que lo encarnan, pierden representatividad, autoridad, legitimidad y consenso. No están apoyados en una densa trama de fuerzas productivas e innovadoras, ni presionados y controlados por una sociedad civil inexistente, o débil y subordinada, ni en una gran coalición de fuerzas comprometidas con un proyecto histórico realmente transformador. Están por el contrario presionados y controlados por minorías público-privadas de tipo conservador o regresivo, internas y externas. En estas condiciones, con la precariedad de las bases sociopolíticas y la vulnerabilidad a las crisis sucesivas de naturaleza, envergadura e intensidad sin precedentes, Estado y gobiernos son absorbidos por las dificultades de supervivencia inmediata y las soluciones de mera experiencia. No parecen capaces de una visión clara de lo inmediato, de una coherencia y continuidad de estrategias y políticas de mediano y largo plazo, de decisiones certeras y rápidas y de acciones eficaces y trascendentes que ellos mismos requieren como Estados y gobiernos, y que son también necesarias para democratización, el desarrollo integral, la cooperación latinoamericana y la integración en condi-

²¹¹ Normas Legales Editorial. Indices 1990-2000. Legislación. Trujillo, 2001. Está demás señalar que en dicha producción legislativa, se dictaron un sinfín de normas contrarias a la Constitución que el propio gobierno había auspiciado. Ver. Informe final de la Comisión de Estudio y Revisión de la Legislación emitida desde el 05 de abril de 1992. Restituyendo el Estado de Derecho. Ministerio de Justicia. Lima, 2001.

²¹² MANUEL GARCIA PELAYO. *Las transformaciones del Estado Contemporáneo*. Alianza. Madrid, 1993, p. 193.

²¹³ MANUEL GARCIA PELAYO... Op. cit.

²¹⁴ MARCOS KAPLAN. *El Estado Latinoamericano*. UNAM. México, 1996. Vid., pp. 125, 167, 276 y ss.

ciones razonablemente satisfactorias a la economía globalizante" ²¹⁵

A este descarnada visión politológica, lo jurídico obviamente no está excluido, como lo evidencia HUMBERTO QUIROGA LAVIÉ, donde una enmarañada tipología de normas con rango de ley se producen intermitentemente en los diversos sistemas constitucionales latinoamericanos. En efecto, la hiperinflación se produce a través de leyes de decisión política, leyes orgánica, leyes de planificación, leyes de bases o marco, leyes complementarias, leyes ordinarias, leyes delegadas, decretos leyes ejecutivos, leyes de necesidad y urgencia, leyes medidas, leyes de enmienda constitucional ²¹⁶.

Y si a todo esto, sumamos la percepción que existe hoy en una visión mucho más *macro-comparativa*, donde se pone de relieve el "ocaso del legislativo" con respecto al ejecutivo ²¹⁷; ello no hace más que confirmar que el rol del parlamento, no está básicamente en cumplir su rol consustancial: legislar; sino el de fiscalizar y el de consolidar el estado constitucional; y, una manifestación específica, no cabe duda, es ineludiblemente el de desarrollar o cumplir con el mandato constitucional de crear las leyes que van a cubrir el círculo mínimo de vigencia constitucional. Lamentablemente, esto no ocurre; se produce así una compleja paradoja: ubérrima producción de leyes; pero escaso desarrollo de leyes de desarrollo constitucional.

Frente a esta situación ZAGREBELSKY ha expresado que: "El siglo XX ha sido definido como el "Legislador motorizado" en todos los sectores del ordenamiento jurídico, sin exclusión de ninguno". Como consecuencia, anota el magistrado de la *Corte Costituzionale*, el derecho se ha "mecanizado" y *tecnificado*. A raíz de este fenómeno, el citado jurista expresa que las Constituciones contemporáneas intentan poner remedio a estos efectos destructivos del orden jurídico de la ubérrima producción irresponsable de leyes, mediante la previsión de un derecho más alto, dotado de fuerza obligatoria incluso para el legislador. "El objetivo es condicionar y, por tanto, contener, orientándolos, los desarrollos contradictorios de la producción del derecho, generados por la heterogeneidad y ocasionalidad de las presiones sociales que se ejercen sobre el mismo. La premisa para que esta operación pueda tener éxito es el restablecimiento de una noción de derecho más profundo que aquella a la que el positivismo legislativo lo ha reducido" ²¹⁸.

En realidad, todo este desborde de producción legislativa obedece a una compleja y contradictoria actitud política, fruto, entre otras cosas, de una hipocresía y cinismos políticos de la clase política; a todo ello se suman las presiones sociales, los cacicazgos de legisladores que impunemente presentan iniciativas intrascendentes.

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, dando la voz de alarma expresa más que en términos preocupantes que:

"La extraordinaria movilidad de las leyes, que parte de la creencias de que las leyes son capaces de resolver todos y cada uno de los problemas que presentan sin cesar una cambiante sociedad, ha venido a hacer imposible, paradójicamente, el positivismo como

²¹⁵ MARCOS KAPLAN... Op. cit., p. 277.

²¹⁶ HUMBERTO QUIROGA LAVIÉ. *Derecho Constitucional Latinoamericano*. UNAM. México, 1991, p. 349-359.

²¹⁷ K. C. WHEARE. "El ocaso del legislativo". En *El Gobierno. Estudios Comparados*. Alianza. Trad. Española de RODRIGO RAZA. Revisión técnica de GRACIELA COLOMBO. Madrid, 1981, p. 221-226.

²¹⁸ ZAGREBELSKY... Op. cit., p. 39.

método. La formidable e imparable cosecha diaria de nuevos productos normativos impide, como cuestión de puro hecho, integrar todos ellos en un sistema estructurado y armónico. El intérprete del Derecho carece ya, simplemente, de resuello para ese seguimiento exegético de la producción en masa de nuevas normas"²¹⁹

¿Qué tenemos de nuestro derecho positivo? ¡leyes huera, sin contenido!, fruto fiel de la propia composición de un parlamentarismo que sólo se desvive en las negociaciones políticas; legisladores reciclados que van de tumbo en tumbo entre un partido o agrupación política a otra; sin un norte más que lo suyo: su interés personal; por otro lado, el rol legislativo del Ejecutivo tiene una altísima cuota de responsabilidad²²⁰ en esta hiperinflación de leyes vía decretos legislativos y los decretos de urgencia. A todo ello se suma, el intrincado marco de los derechos y resoluciones supremas y demás normas infralegales que escapan incluso al control de nuestro propio instrumento específico: la Acción Popular.

7. TRATAMIENTO COMPARADO

Una pregunta que los académicos se formulan es la siguiente: ¿Qué han hecho los constituyentes para solucionar esta forma de violación a la Constitución? La interrogante resulta lícita en la medida en que el monopolio gira sólo en torno al control de la constitucionalidad de las leyes; esto es, cuando el legislador dicta una ley que viola a la Carta Política (inconstitucionalidad positiva); mas poco se sabe que una forma muy sutil de agraviar a la Carta Magna es no dictando leyes que ella misma exige para que sus normas tengan vigor.

En rigor, la inconstitucionalidad por omisión se configura cuando existen determinadas cláusulas constitucionales denominadas *programáticas*, las que requieren de leyes de desarrollo constitucional. Al no ser éstas creadas por el legislador, se menoscaba la Constitución por la actitud omisiva del órgano legislativo, que no cumple con lo que exige la Carta Fundamental.

En líneas generales, el Derecho Comparado tiene varias formas de enfrentar esta compleja forma de violación a la Constitución y que se podría sintetizar en las siguientes tesis:

- a) Denunciar la inconstitucionalidad por omisión por parte del órgano de justicia constitucional ante la constatación del ocio del legislador (régimen de la ex Yugoslavia)²²¹.
- b) Formular las recomendaciones al legislador o verificar que hay infracción de la Constitución por mora del legislador (régimen de Portugal)²²².
- c) La intimación, es decir, que el órgano de jurisdicción constitucional intime al legislador

²¹⁹ GARCIA DE ENTERRIA... Op. cit., p. 103.

²²⁰ PATRICIA DONAYRE PASQUEL. *Los Decretos Legislativos en el Perú. sobre su control y su aplicación en el Perú y en la legislación comparada*. Fondo Ed. del Congreso del Perú. Lima, 2001. Ver específicamente, p. 279 y ss.

²²¹ MARIANO DARANAS. *Las Constituciones Europeas*. Vol. II. Nacional. Madrid, 1979, p. 2272.

²²² GOMES CANOTILHO. *Direito Constitucional*. 3a. ed. Almedina Coimbra, p. 714 y ss. Del mismo autor. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Limitada. Coimbra, 1982, p. 329 y ss. LUIS NUNES DE ALMEDINA. "El Tribunal Constitucional y el Contenido. vinculatoriedad y efectos de sus decisiones". En REP. No. 60-61. Abril-septiembre, 1988. Número Monográfico sobre el sistema político y constitucional portugués. 1974-1987, p. 859-889. JORGE MIRANDA. *Manual de Direito Constitucional*. T. II (Constituição e Inconstitucionalidade) 3a. ed. (reimpressão). Coimbra Editora, p. 507 y ss.

para que dicte la ley faltante (caso de Brasil)²²³. La Constitución de Venezuela ha avanzado un paso más audaz, pues no sólo intima sino que la Sala Constitucional está autorizada a fijar los lineamientos para que el legislador renuente se vea suplido por el órgano jurisdiccional, dictando, como ya se tiene dicho, los lineamientos de su corrección²²⁴.

- d) La cobertura por parte del Tribunal Constitucional que da el relleno a través del *mandato de injunção* (caso de Brasil igualmente)²²⁵.
- e) Existe esta otra tesis en la que no sólo se prevé la intimación ni que el Poder Judicial esté autorizado para que supla la omisión, sino que éste debe resarcir el daño vía una indemnización por la mora del legislador. Aquí, el caso terminaría con una sentencia de daños y perjuicios, por la actitud omisiva y renuente del órgano legislativo (caso de la Provincia de Río Negro, en Argentina)²²⁶.

Hasta aquí, como se podrá observar en forma por demás esquemáticas y sucinta, lo que ocurre en el mercado del derecho constitucional positivo. Por cierto que debe advertirse que, fuera de Portugal, los demás tribunales constitucionales europeos han enfrentado este tema, pero por la vía de la jurisprudencia, salvo el caso reciente de Hungría, que lo ha regulado; y el más recentísimo que es el de la nueva Sala Constitucional en el estado de Veracruz.

En el caso del sistema húngaro, la Corte Constitucional funciona desde el 01 de junio de 1990. Las competencias son extremadamente largas; pero lo curioso es que el tema del control de la constitucionalidad de las omisiones inconstitucionales no está recogido a nivel constitucional²²⁷; sino a nivel legislativo. Según la Ley XXXII/1989 de 19 de octubre, reguladora de la jurisdicción constitucional y que es de gestación simultánea a la propia Carta Fundamental de Hungría, la Corte Constitucional cuenta, entre sus específicas competencias con la de declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del legislador, la legitimación para la puesta en marcha de este recurso se extiende a cualquier ciudadano por medio de la llamada *actio popularis*, pudiendo ser activado también a instancias del propio tribunal, y la resolución declarativa de la omisión instará al órgano culpable de la misma a corregirla en el plazo que en la propia sentencia se le conceda.

Como destacan CARLOS FLORES JUBERÍAS y MERCEDES TORRES PÉREZ, en sus casi diez años de existencia, el Tribunal Constitucional húngaro ha hecho abundante uso del control de la inconstitucionalidad por omisión. Una de las primeras y más trascendentales decisiones emitidas al amparo de esta competencia fue la Sentencia 37/1992 (VI. 8) AB, en la que declaró que el Parlamento había incumplido la obligación de legislar que le imponía el artículo 61.4 de la Constitución en materia de control de la radio y la televisión públicas, en orden a la emisión de licencias para la

²²³ JOSÉ AFONSO DA SILVA. *Curso de direito constitucional positivo*. 8a. ed. Malhiero. 1992, p. 48 y ss.

²²⁴ ALLAN R. BREWER-CARIAS. *La Constitución de 1999*. Arte. Caracas, 2000, p. 232.

²²⁵ Supra nota 74.

²²⁶ VÍCTOR BAZAN. "Un Sendero que merece ser transitado. El control de la inconstitucionalidad o misiva". En *Desafíos del control de constitucionalidad*. Ciudad Argentina. Buenos Aires, 1996, pp. 171-269.

²²⁷ ADAM ANTAL. "Le syteme Constitutionnel de la Hongrie". En *Cuestiones Constitucionales*. Revista Mexicana de Derecho Constitucional. No. 5. Julio-diciembre. México, 2001, p. 27.

radiodifusión privada y para evitar monopolios informativos, emplazándolo a que lo hiciera en un plazo de seis meses. En esa ocasión, el Tribunal reafirmaría su competencia "para iniciar de oficio la determinación de la omisión inconstitucional del Legislativo a la hora de cumplir con sus deberes y para instruir al Legislativo a que lo haga en un período de tiempo determinado por el tribunal", apuntando como en el presente caso "la falta de acción inhibe la realización de un derecho fundamental que posee un papel preeminente en el funcionamiento de una sociedad democrática" ²²⁸.

El caso más reciente, es el relativo a las competencias que ha asumido el Tribunal Supremo de Justicia del Estado de Veracruz, que, en rigor, actúa como un Tribunal Constitucional. Así, como anota EDUARDO FERRER MAC-GREGOR, el Pleno del Tribunal Supremo conoce de:

- 1) Las controversias constitucionales.
- 2) Las acciones de inconstitucionalidad (control abstracto).
- 3) Las acciones por omisión legislativa, cuando se considera que el Congreso no ha aprobado alguna ley o decreto y que dicha omisión afecte el debido cumplimiento de la Constitución local. Tendrán legitimación el Gobernador del Estado o la tercera parte de los ayuntamientos.

"Este mecanismo, también lo prevé el estado de Tlaxcala y representa una innovación –como lo pone de relieve FERRER MAC-GREGOR–, en nuestro sistema y debería servir de pauta para su incorporación en la Constitución federal, que ha tenido un desarrollo aceptable en el derecho comparado" ²²⁹.

8. UNA EXPERIENCIA FRUSTRADA: LA COMISIÓN DE ESTUDIOS DE LAS BASES DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

Con fecha 26 de mayo del 2001 se aprobó el D.S. N° 018-2001-JUS que creaba una Comisión de Estudios de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú; y, por RS, se nombró a 28 integrantes más el Ministro y Vice-Ministro de Justicia, en total 30 miembros.

La finalidad de dicha Comisión fue la de proponer los lineamientos de bases para una futura reforma a la Constitución, así como el procedimiento para llevar a cabo dicha reforma. El 07 de Junio se instaló la Comisión y se dividieron en ocho Subcomisiones que fueron las siguientes:

- a) Preámbulo, derechos, deberes, regímenes de excepción, Defensoría del Pueblo y procesos constitucionales.
- b) Régimen económico.
- c) Congreso y Gobierno.
- d) Administración de justicia.
- e) Defensa nacional y orden interno.
- f) Régimen electoral.
- g) Descentralización.
- h) Estado y Nación, tratados, función pública y reforma constitucional.

²²⁸ CARLOS FLORES JUBERIAS y MERCEDES TORRES PEREZ. "Los Tribunales Constitucionales y su papel en la protección de los derechos fundamentales en las nuevas democracias de la Europa Central y Oriental". En *Cuestiones Constitucionales*. Revista Mexicana de Derecho Constitucional. No. 5. Julio-diciembre, 2001, p. 136-137.

²²⁹ EDUARDO FERRER MAC-GREGOR. "La nueva Sala Constitucional en el Estado de Veracruz" (Ponencia remitida al VII Congreso Nacional de Derecho Constitucional) a celebrarse en Piura. Agosto 8, 9 y 10 del 2002.

A partir de esa fecha, se realizaron sendas reuniones en cada Sub-comisión y luego las sesiones plenarias con fechas y agendas precisas que se cumplieron impecablemente.

No obstante que el autor de esta nota, en términos globales, mantuvimos un acuerdo en todos los lineamientos de la reforma de la Constitución; como era lógico, en aspectos puntuales hubo discrepancias. A esta discrepancia, que lamentablemente se frustró como un proyecto específico, fue la propuesta que hizo la subcomisión N° 1 (Principios, Derechos, Procesos Constitucionales, Defensoría del Pueblo y Régimen de Excepción).

En rigor, esta subcomisión, cuando se abordó el tema de los procesos constitucionales y el Tribunal Constitucional, prácticamente había dejado ya sentada la posibilidad, al menos como lineamiento de la futura reforma constitucional, que se diera tratamiento al tema de la inconstitucionalidad por omisión.

Así, en el proyecto de la subcomisión, cuando se presentó el proyecto de las competencias del Tribunal Constitucional, se había establecido lo siguiente: "Corresponde al Tribunal Constitucional: Conocer, en instancia única y a pedido de parte, el proceso de inconstitucionalidad por omisión".

Sin embargo, ya en los debates, JORGE DANÓS ORDÓÑEZ fue un primer tenaz opositor, quien puso el clásico reparo de que el legislador tiene una potestad discrecional de ver en qué momento pueden dictar las leyes, aun cuando éstas sean o no de desarrollo constitucional; lo propio ENRIQUE BERNALES BALLESTEROS, JAVIER ALVA ORLANDINI, ROGER CÁCERES VELÁSQUEZ, entre otros, asumían la tesis de que son cuestiones políticas no justiciables.

Al final, como se sabe, el tema quedó en estos lineamientos: Tribunal Constitucional: Competencias y efectos:

"El Tribunal tiene competencias en materia de tutela de derechos fundamentales, control de la constitucionalidad de las normas con rango de ley y resolución de conflicto de competencia. Se establece, además, el carácter de cosa juzgada de sus fallos, los cuales en materia de inconstitucionalidad de una norma con rango de ley tiene carácter vinculante, es decir fuerza de ley"²³⁰

Como quiera que el Parlamento nombró una comisión a cargo de HENRY PEASE GARCÍA que la presidiera se elaboró vía la Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales un *Anteproyecto de Ley de Reforma de la Constitución (texto para el debate)* que fue publicada en una fecha emblemática: el 05 de Abril de 2002. Dicho Anteproyecto prevé en el Artículo 81 lo siguiente:

"El proceso de inconstitucionalidad se presenta ante el Tribunal Constitucional, por infracción de la Constitución, contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales.

²³⁰ Ministerio de Justicia. Comisión de Estudios de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú. Lima Julio de 2001, p. 71. Hay segunda edición de 2002. Igualmente la Revista Jurídica del Colegio de Abogados de la Libertad (Trujillo) en su último No. 136. Ha publicado íntegro dicho documento.

Están legitimados para iniciar este proceso.

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 órgano electoral competente. Si la norma es una ordenanza municipal o una norma regional, están legitimados el uno por ciento de los ciudadanos del respectivo ámbito territorial, siempre que este porcentaje no exceda del número de firmas antes señalados;
6. Los presidentes de los gobiernos regionales con acuerdo del Consejo respectivo, o los alcaldes provinciales con acuerdo de su Consejo, en materias de su competencia;
7. Los colegios profesionales, en materias de su especialidad;
8. Los partidos políticos, inscritos en el Jurado Nacional de Elecciones; y
9. Las universidades en materias de su especialidad.

Como se podrá apreciar absolutamente no existe el más mínimo asomo de incorporar un instrumento específico de remedio jurisdiccional a fin de conjurar las omisiones legislativas en que incurre el órgano normativo competente. Así las cosas, lo más probable es que el nuevo proyecto que habrá de empezar a debatirse en los próximos meses en la plenaria del Congreso tampoco exista en los congresistas una *intención política* de tratar el tema de la inconstitucionalidad por omisión.

9. HAY UN TIEMPO PARA DISSENTIR Y OTRO PARA CONSENTIR: ES EL MOMENTO DE CONSENTIR UNA REFORMA CONSTITUCIONAL IMPOSTERGABLE: LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

No pretendemos esgrimir argumentos bíblicos; pero como señala el *Eclesiastés*, "todo tiene su tiempo; y todo tiene su hora". Hay el tiempo de callar y tiempo de hablar (*Eclesiastés* 3,7). Hay pues un tiempo para consentir y un tiempo para disentir; creemos que ya ha pasado el tiempo de disentir en torno a los aspectos estrictamente teóricos en torno al manifiesto problema de la violación silenciosa: las omisiones del legislador frente a los mandatos de la Constitución. Los *chances* de vida que el ciudadano común tiene frente a las normas programáticas, aun cuando pueda esgrimirse que pueden y deben ser defendidas frente a su desconocimiento; en la práctica estas normas no tienen vivencia y, por ende, no forman parte de su cultura. Al respecto, se interrogaba PETER HÄBERLE, diversos aspectos que creemos guardan relación con la vivencia del ciudadano frente a la Constitución:

"Desde el punto de vista jurídico, un pueblo tiene una Constitución; considerado culturalmente de modo más amplio *está en* (mejor o peor) forma constitucional. El acatamiento de una Constitución, su arraigo en el *ethos* ciudadano y en la vida de los grupos, su incardinamiento con la comunidad política; todo ello tiene ciertamente como presupuesto determinadas regulaciones jurídicas, pero en ellas no reside aún una garantía de que el Estado constitucional sea real *hic et nunc*. Lo jurídico es sólo un aspecto de la Constitución como cultura. Que aquellos se haya logrado se manifiesta sólo en

cuestiones como: ¿existe un consenso constitucional como vivencia?, ¿tiene el texto jurídico de la Constitución una correspondencia en la *cultura política de un pueblo*?, ¿han cobrado realidad las partes específicamente jurídico-constitucionales y jurídico-culturales de una Constitución de tal modo que el ciudadano se pueda identificar con ellas? Con otras palabras: la realidad jurídica del Estado constitucional representa sólo una parte de la realidad de una *Constitución viva*, que, en profundidad, es de naturaleza cultural. Los textos constitucionales deben ser literalmente *cultivados* para que resulten una Constitución"²³¹

No obstante habernos ocupado con anterioridad del tema en términos generales²³²; creemos que en la futura Reforma Constitucional²³³ se debe impulsar la incorporación de un nuevo proceso constitucional bajo el *nomen juris* de *acción de inconstitucionalidad por omisión*.

Bajo este marco normativo, la reforma deberá contener los siguientes lineamientos:

- a) Debe estar ubicado en el marco de las competencias del Tribunal Constitucional;
- b) Debe constituir un proceso (o garantía) constitucional más para afirmar la defensa de la Constitución;
- c) Estará dirigido al control abstracto de la omisión inconstitucional; esto es, dada la falta de un desarrollo de alguna cláusula o principio que suponga una concreta política legislativa; el órgano de justicia constitucional deberá declarar la existencia de una inconstitucionalidad por omisión;
- d) La competencia deberá ser atribuida sólo y exclusivamente al Tribunal Constitucional;
- e) La sentencia estimativa de inconstitucionalidad no sólo debe disponer una simple recomendación al legislador renuente; sino una resolución disponiendo su expreso desarrollo legislativo, a través de un plazo inmediato o razonable;
- f) Las personas legitimadas procesalmente para entablar la acción de inconstitucionalidad por omisión deberán ser las mismas que lo son para la inconstitucionalidad por acción.

²³¹ PETER HÄBERLE. *Libertad, igualdad, fraternidad 1979 como historia. Actualidad y futuro del Estado constitucional*. Prólogo de ANTONIO LÓPEZ PINA. Trotta. Madrid, 1998, p. 47.

²³² GERARDO ETO CRUZ. *La inconstitucionalidad por omisión*, en *Doctrina Constitucional*. Op. cit., y "Una defensa de la Constitución. La acción de inconstitucionalidad por omisión". En *Constitución y derechos Humanos* (DOMINGO GARCÍA BELAUNDE. Coordinador). Grijley. APDC. Lima, 2002, p. 95-115.

²³³ Al cierre de este trabajo, la Comisión de Constitución acaba de publicar una segunda versión del Proyecto Constitucional del 2002 que no lo hemos tenido a la mano.

IV

EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA ILEGALIDAD POR OMISIÓN EN EL DERECHO COMPARADO (*)

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos 20 años, en América Latina hemos asistido a un proceso cada vez más creciente, y al parecer irreversible, de fortalecimiento de los mecanismos e instituciones de defensa de la Constitución. Al establecimiento de tribunales constitucionales, o de salas supremas especializadas al interior del Poder Judicial, se ha observado una paulatina constitucionalización de diversos institutos procesales, tales como la acción de inconstitucionalidad, el *hábeas data*, el conflicto entre órganos constitucionales, etc.

Uno de los más novedosos y que el grueso de la doctrina ha entendido inmerso en esta expansión de la justicia constitucional ²³⁴, es aquel que en las constituciones de Colombia y Perú se ha venido en denominar "acción de cumplimiento". En términos generales, éste es un proceso mediante el cual los particulares pueden reparar agravios a ciertos derechos e intereses subjetivos derivados del incumplimiento, por parte de las autoridades o funcionarios públicos, de mandatos establecidos en normas con rango de ley o en actos administrativos.

Sin embargo, su introducción no ha sido pacífica y exenta de problemas, en especial, en aquellos países, como el Perú, donde también se ha incorporado el proceso de amparo. En el ámbito teórico, por ejemplo, se ha destacado que su introducción habría sido innecesaria, pues su objeto estaría en cierta forma cubierto por el Amparo que, como se sabe, tiene como finalidad proteger derechos constitucionales en los casos que se violen o amenacen de violarse, ya sea por acciones u omisiones de funcionarios, autoridades o particulares ²³⁵.

* Trabajo elaborado por EDGAR CARPIO MARCOS.

²³⁴ Cf. En particular, GERMÁN BIDART CAMPOS. *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*. Ediar. Buenos Aires, 1995, pp. 340 y ss. HÉCTOR FIX ZAMUDIO. "Los derechos humanos y su protección jurídica y procesal en Latinoamérica". En DIEGO VALADÉS y RODRIGO GUTIÉRREZ (Coordinadores). *Derechos Humanos* (Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional). Tomo 3. UNAM. México, 2001, p. 12-14.

²³⁵ SAMUEL ABAD. "El modelo de jurisdicción constitucional: reformas y retrocesos (estudio preliminar)". En *Ius et Veritas*. Año VII. No. 7. Lima, 1993, p. 7.

Por cierto, no sólo se le ha emparentado con el Amparo por omisión ²³⁶. Otro tanto se ha hecho con la acción de la inconstitucionalidad por omisión, proceso constitucional existente en los ordenamientos de Portugal ²³⁷ y Brasil ²³⁸, que en determinado momento también se ha pretendido subsumir en el ámbito de la acción de cumplimiento ²³⁹.

La incertidumbre teórica sobre los contornos de la acción de cumplimiento, como era de esperarse, se ha extrapolado al ámbito jurisprudencial, donde se ha podido observar la reproducción de tales problemas, a los que se han sumado otros tópicos de no menor interés ²⁴⁰. Ciertamente el estado de confusión sobre el significado, el ámbito de protección y un sinnúmero de cuestiones conexas con la acción de cumplimiento, no sólo tiene su origen en el tratamiento dispar que se le ha brindado a nivel jurisprudencial o doctrinal. Ha contribuido, por lo que al caso peruano se refiere, en mucho la Constitución de 1993, que la ha introducido en el título relativo a las "garantías constitucionales", cuando la acción de cumplimiento no tiene por objeto resolver controversias derivadas de aplicación y vigencia de la Constitución.

Precisamente, el propósito de este trabajo es realizar una aproximación preliminar a dicho proceso, teniendo como punto de referencia el regulado por la Constitución peruana de 1993. Para ello se analizará sus antecedentes en el Derecho Comparado, naturaleza, la clase de inactividad que da origen al proceso, para finalmente exponer tentativamente cierta tipología de las omisiones susceptibles de control mediante este proceso.

2. ANTECEDENTES DE LA ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO EN EL DERECHO COMPARADO

Lo primero que tal vez tenga que destacarse es que la acción de cumplimiento no es un proceso, *ex novo*, que haya aportado el derecho constitucional latinoamericano al conjunto de instrumentos procesales de defensa de la Constitución. Como veremos después, no sólo no es un "proceso constitucional", sino que, en lo que tiene de proceso ordinario (*rectius*: administrativo), cuenta con una inveterada tradición en el derecho inglés, cuyos orígenes se remontan al siglo XVI, data en la que aproximadamente se forja el *Writ of Mandamus*. De allí se expande a los Estados Unidos y, bajo su influencia, se irradia en líneas generales a ciertos países de esta parte del Continente, como es el caso de Colombia, algunas constituciones provinciales de Argentina, sin dejar de mencionar al Perú.

²³⁶ Es el caso también de CÉSAR LANDA. "La acción de cumplimiento en el proyecto de Constitución del Perú de 1993". En Revista del Foro. Año LXXXI. No. 1. Lima, 1993, p. 57.

²³⁷ Cfr., JOAQUIM GÓMEZ CANOTILHO. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Livraria Almedina. Coimbra, 1999, p. 967 y ss.

²³⁸ Cfr., LUIZ PINTO FERREIRA. *Curso de Direito Constitucional*. Saraiva. Sao Paulo, 1999, p. 427.

²³⁹ Cfr., CARLOS MESTÁ. "La primera Acción de Cumplimiento y la inconstitucionalidad por omisión". En Diálogo con la Jurisprudencia. Año II. No. 2. Lima, 1995, p. 19 y ss.

²⁴⁰ Cf. EDGAR CARPIO MARCOS. "Cuestiones procesales en la Acción de Cumplimiento". En Diálogo con la Jurisprudencia. No. 24. Lima, 2001.

2.1. WRIT OF MANDAMUS

Los actuales *Writs*, denominación que aún mantienen los mecanismos o procesos que se han establecido en el derecho sajón ²⁴¹, tienen sus antecedentes en los denominados *King's Writs*, que hacia el siglo XII el Monarca inglés institucionaliza en el manejo de la cosa pública ²⁴². Inicialmente fueron órdenes que empleaba el Rey para desplegar sus tropas, cobrar impuestos, nombrar funcionarios y realizar diversos actos públicos. Después, y como consecuencia de su frecuente uso en el ámbito del acceso a los tribunales de la Corona, toman la forma de decretos, mandamientos, proveídos u ordenes dictados por el Rey con el objeto de que los jueces y tribunales de la Corona tomaran conocimiento de los procesos promovidos por los súbditos ingleses ²⁴³. Con el paso del tiempo, se convirtieron en proveídos dictados por los jueces, dirigidos al demandado en un proceso "para comparecer en juicio a contestar la demanda, rendir pruebas y formular alegaciones" ²⁴⁴.

En la actualidad, los *Writs* del derecho procesal inglés son, como se ha dicho ya, la denominación que reciben los mecanismos procesales que allí se prevén en materia penal, civil, etc., y así ha sido recepcionado también en el Derecho Norteamericano.

En este último país, como recuerda FIX ZAMUDIO ²⁴⁵, desde 1938 el *nomen* de *writs* ha variado por el *Prerogative orders*, que comprende, además de los procedimientos de *prohibition* y *certiorari*, al *Mandamus*.

El *Writ of Mandamus*, cuya aparición como tal se remonta al siglo XIV, constituye un proceso judicial cuyo objeto es obtener un mandato del Juez por virtud del cual se ordena que las autoridades cumplan con sus obligaciones ²⁴⁶. Según su definición clásica, "es el mandamiento que dicta un tribunal competente en nombre del Estado o soberano, dirigido a otro tribunal inferior o a cualquier autoridad administrativa, ordenando la ejecución de un deber impuesto por la ley" ²⁴⁷. En su versión norteamericana, cabe interponer el *Writ* o la *prerogative orders of mandamus* por obligaciones no discrecionales de las autoridades, no encontrándose entre las personas contra las que se puede promover, el Presidente de la República; por lo general, tampoco los secretarios de Estado, el Congreso de la Unión, las legislaturas estatales y los gobernadores de estados; en tanto que el Poder Judicial no es competente para ordenar que éstos ejecuten sus deberes o ejerzan sus facultades ²⁴⁸, pues se entiende (aunque últimamente se haya puesto en debate) que el ejercicio

²⁴¹ Cfr., OSCAR RABASA. "Diferencias entre el Juicio de Amparo y los recursos constitucionales norteamericanos". En Revista Mexicana de Derecho Público. Vol. 1. No. 4. México, 1947, p. 398-401.

²⁴² Cfr., MARTA MORINEAU. *Una introducción al Common Law*. UNAM. México, 1998, pp. 15-16.

²⁴³ OSCAR RABASA. *El Derecho Angloamericano. Estudio expositivo y comparado del Common Law*. Porrúa. México, 1982, pp. 81.

²⁴⁴ *Ibidem.*, p. 84.

²⁴⁵ HÉCTOR FIX ZAMUDIO. *La protección jurídica y procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*. UNAM-Civitas. Madrid, 1982, p. 90.

²⁴⁶ En Inglaterra, el writ of mandamus sirve como "judicial control of administrative action". Cfr., E.C.S. Wade y A.W. Bradley. *Constitutional and Administrative Law*. Longman group. London, 1993, p. 713 y ss.

²⁴⁷ OSCAR RABASA. *El Derecho Angloamericano*. Cit., p. 641.

²⁴⁸ *Ibidem.*, p. 644.

de tales atribuciones constituyen cuestiones políticas no justiciables²⁴⁹. En todos los demás casos, a través del *Writ of Mandamus* se exige el cumplimiento de las obligaciones que imponen las leyes a los funcionarios²⁵⁰.

Su ejercicio no procede por obligaciones incumplidas en cualquier clase de norma jurídica. Una limitación derivada de la práctica jurisprudencial, como lo ha puesto de relieve OSCAR O. RABASA, es que dicho *Writ* es un procedimiento de "carácter civil exclusivamente, y sólo cabe, por tanto, cuando la obligación reclamada de la autoridad responsable, proviene de un precepto legal civil"²⁵¹, y no de aquellas que derivan del incumplimiento de un precepto constitucional²⁵².

2.2. EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE CONDENA

Por cierto, idéntica pretensión puede hacerse valer en determinados países europeos y también en algunos latinoamericanos; no a través de un proceso especial y autónomo, sino en el seno del contencioso administrativo. En Europa, es el caso de lo que sucede en Alemania y España. Tratándose del primero, el inciso 1º del artículo 42 de la Ley de Jurisdicción Contenciosa Administrativo (del 21 de enero de 1960) prevé, al lado de la tradicional "pretensión de anulación"²⁵³, que se puede hacer valer en el contencioso administrativo, la posibilidad de que el administrado pueda incoar tutela judicial ante omisiones de la administración impuestas por la ley, esto es, promover una "pretensión de condena" frente a la inactividad administrativa²⁵⁴.

También es la misma situación de lo que actualmente sucede en España, cuyo artículo 29 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, de 1998, legitima que las personas agraviadas por la omisión de determinado tipo de prestaciones puedan promover un conten-

²⁴⁹ Tal criterio se inicia con la famosa sentencia *MARBUY VS MADISON* (íntegra y en castellano en la Revista Mexicana de Derecho Público. No. 3. México, 1947, pp. 317-343). En efecto, tal famosa sentencia no sólo es el origen del control judicial de constitucionalidad, sino que también constituye el precedente de lo que en la práctica judicial americana se conocería como la doctrina de las *political questions*. El origen de esta sentencia, por lo demás se inició precisamente, con la interposición de un *writ of mandamus*. Allí, MARSHALL, que fue el Magistrado ponente, hace alusión precisamente a esta primera configuración del *writ of mandamus*, citando a BLACKSTONE y Lord MANSFIELD.

²⁵⁰ Cfr., J.M. OTHON SIDOU. *Do Mandado de Seguranca*. Livraria Freitas. Sao Paulo, 1959, pp. 19-21. H.H.A. COOPER. Diez ensayos sobre "common law". UNMSM. Lima, 1967, pp. 123-124.

²⁵¹ OSCAR RABASA. *El Derecho Angloamericano*. Cit., p. 642.

²⁵² Sobre el tema de la inconstitucionalidad por omisión en Estados Unidos, puede verse: ROBERT A. SCHAPIRO. "El mandamiento judicial legislativo: una garantía frente a la inactividad inconstitucional del legislador". en Cuadernos Constitucionales de la Cátedra de Fadrique Furió Ceriol. N° 20-21. 1997, p. 73 y ss. Cfr., FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO. *La dogmática de los derechos humanos*. Ediciones Jurídicas. Lima, 1994, p. 160 y ss.

²⁵³ Entre la abundante bibliografía al respecto, EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA. *Curso de Derecho Administrativo*. T. II. Civitas. Madrid, 1989, p. 608 y ss. JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ. *Manual de Derecho Procesal Administrativo*. Civitas. Madrid, 1992, p. 207 y ss.

²⁵⁴ Cfr., ANTONIO ESTEBAN DRAKE. *El Derecho Público Subjetivo como instrumentación técnica de las libertades públicas y el problema de la legitimación procesal*. Civitas. Madrid, 1981, pp. 41-42. KARL-PETER SOMMERMANN. "La justicia administrativa alemana". EN JAVIER BARNEZ VÁSQUEZ (Coordinador). *La justicia administrativa en el Derecho Comparado*. Civitas. Madrid, 1993, p. 81 y ss.

cioso administrativo ²⁵⁵.

En América Latina similar tendencia puede observarse en algunos países, como Venezuela y Perú. Por lo que hace al modelo venezolano cabe indicar que los artículos 42, ord. 23, y 182, ord. 1, de la *Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia* (de 1976) prevén como atribución de la jurisdicción contencioso-administrativa la facultad de "conocer la abstención o negativa de los funcionarios nacionales (o de las autoridades estatales o municipales en su caso) a cumplir determinados actos que estén obligados por las leyes, cuando sea procedente, en conformidad con ellas" ²⁵⁶.

En tanto que en el Perú, el artículo 4.2 de la reciente Ley del Contencioso Administrativo (No. 27584) ha previsto la posibilidad de que el administrado pueda incoar pretensiones frente a omisiones de la Administración Pública, distintas de las derivadas de la aplicación del silencio negativo administrativo.

En casi todos estos países, la doctrina ha sido unánime en reconocer que con su regulación se cierra una brecha histórica en la lucha por someter al control judicial *todas* las formas de actuación administrativa, inveteradamente circunscrita sólo al enjuiciamiento de actos (expresos o presuntos) y hacer caso omiso a las violaciones al ordenamiento derivados de la inactividad de la Administración Pública ²⁵⁷.

2.3. LOS MANDAMIENTOS DE EJECUCIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL PROVINCIAL DE ARGENTINA

En América Latina, el país que quizá más acentuada influencia norteamericana tenga en materia de derecho público sea Argentina. Ello se puede corroborar en la ingente literatura existente, pero también en la legislación y jurisprudencia, tanto a nivel federal como provincial.

En este último ámbito, por ejemplo, son numerosas sus constituciones provinciales que, siguiendo el modelo del *Writ of Mandamus* del derecho norteamericano, han previsto lo que allí se denomina como "mandamiento de ejecución", esto es, instrumentos procesales autónomos, con los cuales el administrado puede solicitar que jurisdiccionalmente se compela al cumplimiento de obligaciones no atendidas por la administración.

Tal es el caso, por ejemplo, de las constituciones de las provincias de Entre Ríos (art. 26), Formosa (art. 33) y Santa Cruz (art. 18), que establecen: "Siempre que una ley u ordenanza imponga a un funcionario o corporación pública de carácter administrativo un deber expresamente determinado, todo aquel en cuyo interés deba ejecutarse el acto o que sufriese perjuicio material, moral o político,

²⁵⁵ Entre la abundante literatura que a propósito de la nueva Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa se ha producido en el país ibérico, puede señalarse el comentario de TOMÁS DE LA CUADRA SALCEDO a dicha disposición, publicada en la Revista Española de Derecho Administrativo. No. 100. 1998 (Número monográfico dedicado a realizar un comentario integral de la referida ley del contencioso administrativo español), p. 294 y ss. MARTHA GARCÍA PÉREZ. *El objeto del proceso contencioso*. Aranzadi. Madrid, 1999, p. 94 y ss.

²⁵⁶ Cfr., para el caso venezolano, ALLAN BREWER-CARIAS. *Nuevas tendencias en el Contencioso-Administrativo en Venezuela*. Cuadernos de la Cátedra Allan Brewer-Carías de Derecho Administrativo-Universidad Católica Andrés Bello. No. 4. Jurídica Venezolana. Caracas, 1993, pp. 116-121.

²⁵⁷ Cf. Las interesantes reflexiones de JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR. "Sobre el origen y evolución de la reclamación administrativa". En Revista de Administración Pública. No. 77. Madrid, 1975, pp. 81-138.

por la falta de cumplimiento del deber, puede demandar ante los tribunales su ejecución inmediata, y el tribunal, previa comprobación sumaria de la obligación legal y del derecho del reclamante, dirigirá al funcionario o corporación un mandamiento de ejecución".

Otro tanto es lo que sucede con el artículo 39 de la Constitución de Jujuy, que señala: "Siempre que una ley u ordenanza impusiere a un funcionario o entidad pública un deber expresamente determinado, toda persona que sufre un perjuicio de cualquier naturaleza por su incumplimiento, puede demandar ante el juez la ejecución, dentro de un plazo prudencial, del acto que se hubiere rehusado a cumplir. El juez, previa comprobación sumaria de los hechos denunciados y del derecho invocado, librará el mandamiento para exigir el cumplimiento del deber omitido en el plazo que fijare".

Con ligeras variantes en la redacción, idénticos mandamientos de ejecución se han previsto en las constituciones de Chaco (art. 25), La Rioja (art. 28, segundo párrafo), Chubut (art. 59) y Río Negro (art. 44)²⁵⁸.

Como puede observarse de la simple descripción anterior, si bien a nivel federal no se ha previsto un instrumento semejante al *writ of mandamus*, tal vacío se viene supliendo a nivel de las constituciones provinciales, asegurando al ciudadano que las omisiones de la administración que le ocasionen agravio no queden inmunes de control.

2.4. EL MANDADO DE INJUNÇÃO EN EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL BRASILEÑO

La Constitución brasileña de 1988 ha sido bastante pródiga en la incorporación de nuevas instituciones procesales constitucionales. Al lado del *Mandado de Segurança*, una versión lusitana del Juicio de Amparo mexicano, y la acción de inconstitucionalidad, ha establecido procesos no tan usuales en el derecho comparado.

Uno de ellos, si bien con antecedentes en el derecho constitucional portugués es el proceso de inconstitucionalidad por omisión. Distinto, aunque emparentado, es también el *Mandado de Injunção* previsto en la fracción LXXI de su artículo 5º, a tenor del cual: "Se concede el *Mandamiento de Injunção* siempre que la falta de norma reglamentaria impida el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales y las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, soberanía y la ciudadanía".

No obstante su *nomen iuris*, este proceso dista mucho de analogarse al que parecería ser su antecedente más próximo en el derecho anglosajón: a saber, el *Writ of Injuntion*. En efecto, mientras el *Writ of Injuntion* constituye un proceso cuyo objeto consiste en imponer medidas prohibitivas, de no hacer "algo" que se considera lesivo a un derecho o un interés subjetivo²⁵⁹; el *Mandado de Injunção* brasileño, por el contrario, procede cuando la ausencia de desarrollo legislativo de ciertas normas constitucionales impide que determinados derechos subjetivos de naturaleza cons-

²⁵⁸ Cf. GERMÁN BIDART CAMPOS. *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*. Cit., p. 341 y ss.

²⁵⁹ J.M. OTHON SIDOU. *As garantias ativas dos direitos colectivos. Habeas Corpus. Ação Popular. Mandado de Segurança*. Forense. Rio de Janeiro, 1977, pp. 45-46.

titucional (entre los cuales hay que comprender a los relativos a la nacionalidad, soberanía y ciudadanía) puedan ser ejercitados. El objeto del proceso es dispensar de eficacia a determinados derechos constitucionales cuyo ejercicio requiere normalmente de reglamentación legislativa y evitar de ese modo que la ausencia, silencio, inactividad o mora del legislador promuevan que esta clase de derechos devengan, como ha afirmado LUIZ PINTO FERREIRA, en meras "ilusiones constitucionales"²⁶⁰.

Mediante el *Mandado de Injunção*, por cierto, el Juez no suple la carencia de reglamentación legislativa (cuestión que en el derecho procesal constitucional brasileño ni siquiera se ha reservado a la "acción de inconstitucionalidad por omisión"²⁶¹), sino más bien, como expresa AFONSO DA SILVA, permite la realización concreta de los derechos y prerrogativas postergadas en su goce²⁶².

Si algún antecedente tiene el *Mandado de Injunção*²⁶³ entre los *writs* del *Common Law*, ese es con el *Writ of Mandamus*, en la medida que ambos proceden frente a omisiones de comportamientos debidos. Sin embargo, más allá de este dato concreto, entre ellos existen diferencias verdaderamente notables. Así, mientras que con el *Mandado de Injunção* se persigue una declaración judicial concreta de la omisión legislativa inconstitucional, en la que los efectos estimatorios de la sentencia se traducirán en la obtención de una "orden judicial que garantice, en el caso concreto, el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales y de las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, soberanía y ciudadanía, inviábiles por la ausencia normativa"²⁶⁴; el *Writ of Mandamus* no tiene por objeto proteger la efectividad del ejercicio de un derecho constitucional, sino únicamente permitir que una autoridad o funcionario de la administración pública cumpla con una obligación o mandato establecido en una norma legal, que impide o posterga el disfrute de un interés o derecho subjetivo del mismo rango que la norma incumplida.

El cumplimiento de lo debido, cuya exigencia se persigue normalmente a través del *writ of mandamus*, puede ser consecuencia de la falta de reglamentación de una ley o, simplemente, de la no realización de un acto (administrativo) que le era exigido; a diferencia del *Mandado de Injunção*, que sólo procede para hacer operativo un derecho constitucional, no por ausencia de actuación

²⁶⁰ LUIZ PINTO FERREIRA. "La concepción de los derechos individuales y las ilusiones constitucionales". En *Ius et Praxis*. No. 17. Lima, 1991, p. 51 y ss.

²⁶¹ Cfr., un planteamiento general, entre la bibliografía cada vez más numerosa, JOSÉ JULIO FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría General. Derecho Comparado. El caso español*. Civitas. Por lo que al caso brasileño se refiere, especialmente, pp. 276-288. SOLON SEHN. "O mandado de injunção e controle das omissões legislativas". En *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Vol. 9. No. 9. No. 36. 2001, p. 236.

²⁶² JOSÉ AFONSO DA SILVA. *Mandado de Injunção e Habeas Data*. Revista dos Tribunais. Sao Paulo, 1989, pp. 26-27.

²⁶³ M. OTHON SIDOU. "Las nuevas figuras del Derecho Procesal Constitucional brasileño: Mandado de Injunção y Habeas Data". traducción de HÉCTOR FIX ZAMUDIO. En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Nueva Serie. Año XXIV. No. 70. México, 1991, p. 174.

²⁶⁴ JOSÉ JULIO FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho Comparado. El caso español*. Civitas. Madrid, 1998, p. 292. Asimismo, VÍCTOR BAZÁN. "Un sendero que merece ser transitado: el control de la inconstitucionalidad omisiva". En AA.VV. *Desafíos del control de constitucionalidad*. Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires, 1996, pp. 182-184.

administrativa, sino por el silencio del legislador en desarrollar la disposición constitucional que la reconoce ²⁶⁵.

Los planos, pues, en los que operan ambos institutos procesales son distintos, como distintos son sus derechos protegidos. Precisamente en atención a estas diferencias es que no le ha faltado razón a ADA PELLEGRINI GRINOVER afirmar que, en rigor, estos *writs* son institutos procesales que guardan "apenas un parentesco remoto" con el *Mandado de Injunção* brasileño ²⁶⁶.

2.5. LA ALEGACIÓN DE INCUMPLIMIENTO DE PRECEPTOS CONSTITUCIONALES DEL DERECHO BRASILEÑO

Un proceso al cual no se le ha prestado mucha atención, pues una primera aproximación da la sensación que se trata de una disposición dirigida a establecer la competencia de la Corte Suprema Federal para conocer, entre otros, del *Mandado de Injunção* y la acción de inconstitucionalidad por omisión, y no por cierto la de consagrar un nuevo instrumento de defensa, es el que se deriva del capítulo 1 del artículo 102 de la Constitución brasileña de 1988. Dicho precepto, en efecto, establece que: "La alegación de incumplimiento de un precepto fundamental derivado de la presente Constitución será apreciada por el Supremo Tribunal Federal en la forma de la ley".

Mediante dicho precepto, como entiende la doctrina brasileña, se ha consagrado un nuevo proceso constitucional, distinto a los antes referidos, por virtud del cual se legitima a cualquier afectado por el incumplimiento de una disposición constitucional, por parte de los poderes públicos, a iniciarlo con miras a exigir su cumplimiento.

Sin embargo, la ambigüedad de la frase *incumplimiento* ha hecho pensar que tales incumplimientos no sólo están referidos a las violaciones derivadas de omisiones inconstitucionales, sino también comprende a cualquier tipo de transgresión en vía de acción. Precisamente esta extensión del objeto del proceso, llevó a afirmar a GILMAR FERREIRA MENDES que, con él, se podía suplir la inexistencia en el derecho procesal constitucional brasileño de procesos tales como el conflicto entre órganos constitucionales y de un proceso con múltiples funciones como el *Verfassungsschwerde* del derecho alemán ²⁶⁷.

Por cierto, y aunque pueda resultar curioso, un proceso destinado a hacer efectivo el mandato de los diversos preceptos constitucionales, hasta hace realmente muy poco tiempo no podía instrumentalizarse. Y es que ante la inexistencia de ley que la desarrolle, el Supremo Tribunal Federal brasileño, recordando inveterados comportamientos de diversos órganos judiciales en América

²⁶⁵ JOSÉ JULIO FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. "A inconstitucionalidade por omissão no Brasil". En *Direito*. Vol. IV. No. 1. Santiago de Compostela, 1995, pp. 149-155.

²⁶⁶ ADA PELLEGRINI GRINOVER. "Os instrumentos brasileiros de defesa das liberdades". En AA.VV. *Garantías jurisdiccionales para la defensa de los derechos humanos en Iberoamérica*. UNAM. México, 1992, p. 371. Idem. "Gli strumenti di difesa della libertà nella nuova costituzione brasiliana". En *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. 1988, pp. 1158-1159.

²⁶⁷ GILMAR FERREIRA MENDES. *Jurisdição Constitucional*. Saraiva. Sao Paulo, 1998, p. 304. Cit. por LENIO LUIZ STRECK. "Medios de acceso del ciudadano a la jurisdicción constitucional: las paradojas de la inefectividad del sistema jurídico brasileño". En AA.VV. *La protección constitucional del ciudadano*. CIEDLA. Buenos Aires, 1999, p. 56.

Latina, venía negándose a conocer de controversias de esta naturaleza, so pretexto de que la Constitución estableció que su desarrollo estaba sujeto a una reserva de ley²⁶⁸.

Tal situación ha variado desde diciembre de 1999 con la expedición de la Ley No. 9882, que ha reglamentado el capítulo I del artículo 102 de la Constitución brasileña. Dicha Ley ha establecido que el proceso "tendrá por objeto evitar o reparar las violaciones de los preceptos fundamentales, derivados de actos de los poderes públicos" (art. 1). Sin embargo, y con el objeto de que jurisprudencialmente se limite su objeto, el artículo 4, capítulo I ha señalado que "no será admitida ninguna alegación de incumplimiento de preceptos fundamentales cuando hubiera cualquier otro medio capaz de restablecer la lesividad".

Tal disposición, que no es otra cosa que la sujeción del proceso al principio de subsidiaridad, ha generado, como era de esperarse, posiciones encontradas en la doctrina. Y es que no puede perderse de vista que existiendo una rica variedad de procesos constitucionales en el ordenamiento brasileño (acción directa de inconstitucionalidad, por acción y por omisión, *Mandado de Injunção*, *Mandado de Segurança*, etc.), si no existe una actitud recreadora y progresista por parte del Supremo Tribunal, la acción de incumplimiento de preceptos constitucionales no sólo podía verse condenado a no tener ningún significado práctico sino incluso quedar desprovisto de contenido²⁶⁹.

No obstante lo raro de este proceso y su virtual desconocimiento en el Derecho Comparado, ello no debe terminar con infravalorarlo. En particular, si de lo que se trata es de analizar los antecedentes del modelo peruano de acción de cumplimiento. Y es que si bien en los debates constituyentes de 1993, no se ofrecieron mayores razones sobre su introducción, ni cuál era su propósito, alguna aseveración allí esgrimida permite aventurar que el modelo tomado como referencia no fue la acción de cumplimiento colombiana, sino este precepto de la Constitución brasileña²⁷⁰.

Por cierto, entre este remedio brasileño y nuestra acción de cumplimiento existen notables diferencias. Por destacar sólo una: Si en el derecho brasileño tal acción procedería frente a acciones u omisiones que lesionen a la Constitución; en el modelo peruano, sólo son pasibles de ser enjuiciadas las omisiones, que impiden alcanzar eficacia a ciertas mandatos establecidos en la ley o en un acto administrativo.

²⁶⁸ LENIO LUIZ STRECK. "Medios de acceso del ciudadano a la jurisdicción constitucional: las paradojas de la inefectividad del sistema jurídico brasileño". En AA.VV. *La protección constitucional del ciudadano*. Cit., p. 54 y ss.

²⁶⁹ Es de notar que al lado de esta connotación autónoma del proceso, cabe que se utilice como un mecanismo incidental, pues a tenor del párrafo único, inciso 1 del artículo 1, también puede interponerse "cuando fuera relevante el fundamento de la controversia constitucional sobre leyes o actos normativos federales, estatales o municipales, incluidos los anteriores a la Constitución". Cfr., ANDRÉ RAMOS TAVARES y WALTER ROTHENBURG (Coordinadores). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises á luz da Ley n. 9.882/99*. Atlas. Sao Paulo, 2001, pp. 38-76.

²⁷⁰ En efecto, casi al finalizar los trabajos constituyentes, el representante de la mayoría de aquel entonces, CARLOS FERRERO COSTA, a la sazón ponente del artículo sobre procesos constitucionales, señalaría que el antecedente inmediato de nuestra acción de cumplimiento "es un proceso existente en la legislación constitucional brasileña", y que si bien éste pudo ser previsto a través de otras vías, con su introducción se buscaba darle especificidad a su objeto. Cfr., su intervención en Congreso Constituyente Democrático. Diario de los debates. Debate Constitucional. Pleno. 1993. T. III. Cit., p. 1968 (29 K-1 sesión, del 12 de agosto de 1993).

3. LA ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO EN EL CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

Con excepción de lo que sucede en Argentina, con la Ley Suprema colombiana de 1991 por primera vez se constitucionaliza en América Latina un proceso semejante. Sin embargo, esta precaria tendencia no debe llevar a pensar que se trata de la creación de un nuevo proceso constitucional. En realidad más que un nuevo instrumento de defensa de la Constitución, su recepción debe entenderse como producto de la necesidad de reforzar y fortalecer al administrado, al menos desde un plano normativo, en la posición desventajosa en la que tradicionalmente se ha encontrado frente a la Administración Pública ²⁷¹.

3.1. LA ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO EN COLOMBIA

Inspirada en el *Writ of Mandamus* norteamericano, y en los mandatos de ejecución de algunas constituciones provinciales argentinas, la Constitución colombiana de 1991 constitucionalizó por primera vez la acción de cumplimiento ²⁷².

Su artículo 87° dispone que "Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de la ley o un acto administrativo. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido".

Dicho proceso, luego de algunos problemas suscitados a nivel jurisprudencial ante la inexistencia de norma que la desarrollara ²⁷³, fue reglamentada por la Ley 393 de 1997. En su artículo 1°, se establece que "Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial definida en esta ley para hacer efectivo el cumplimiento de normas aplicables con fuerza material de ley o actos administrativos".

Mediante dicho proceso "se confiere a toda persona, natural o jurídica, pública o privada, en cuanto titular de potestades e intereses jurídicos activos frente a las autoridades públicas y aún de los particulares que ejerzan funciones de esta índole, y no meramente destinataria de situaciones pasivas, concretadas en deberes, obligaciones o estados de sujeción, demandados en razón de los intereses públicos o sociales, para poner en movimiento la actividad jurisdiccional del Estado, mediante la formulación de una pretensión dirigida a obtener el cumplimiento de una ley o de un acto administrativo que ha impuesto ciertos deberes u obligaciones a una autoridad, la cual se muestra renuente a cumplirlas" ²⁷⁴. Protege, en definitiva, derechos subjetivos o colectivos reconocidos en una norma con rango de ley o, a su turno, en un acto administrativo, sea éste con alcances particulares o generales ²⁷⁵.

²⁷¹ Cfr., las interesantes reflexiones de HÉCTOR FIX ZAMUDIO. *Introducción a la justicia administrativa en el ordenamiento mexicano*. El Colegio Nacional. México, 1983, p. 20 y ss.

²⁷² No han faltado quienes han vinculado sus orígenes con el artículo 20 de la Constitución colombiana de 1886, a tenor de la cual se preveía que: "Los particulares no son responsables ante las autoridades sino por infracción de la Constitución y de las leyes. Los funcionarios públicos lo son por la misma causa y por extralimitación de funciones, o por omisión en el ejercicio de éstas". Cf. al efecto, PEDRO PABLO CAMARGO. *La Acción de Cumplimiento*. Grupo Editorial Leyer. Bogotá, 1999, p. 19.

²⁷³ Sin perjuicio de la literatura ya citada, puede verse el trabajo de ERNESTO REY CANTOR. "La acción de cumplimiento en la Constitución colombiana de 1991". En *Derecho y Sociedad*. No. 11. Lima, 1996, p. 65 y ss.

²⁷⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-158/98.

²⁷⁵ Cfr., ERNESTO REY CANTOR y MARÍA CAROLINA RODRÍGUEZ. *Acción de Cumplimiento y Derechos Humanos*. Temis. Santa Fe de Bogotá, 1997, p. 106 y ss.

Derivado del hecho que las obligaciones incumplidas puedan desprenderse tanto de actos administrativos con efectos generales como de efectos particulares, no se requiere necesariamente que el actor necesariamente tenga un interés directo, o que lo haya afectado subjetivamente la omisión reclamada, como con anterioridad a la vigencia de dicha ley se exigía en la jurisprudencia del Consejo de Estado ²⁷⁶. Cualquiera puede iniciar este proceso, no requiriéndose mayor presupuesto procesal que la existencia de una obligación no satisfecha, cuyo cumplimiento correspondía realizar a la autoridad obligada, admitiéndose la posibilidad de que ella se dirija contra particulares, pero con la condición de que éste actúe o deba de actuar en ejercicio de funciones públicas (art. 6) ²⁷⁷.

La acción de cumplimiento colombiana puede ser de incoada con efectos preventivos o reparadores. Tiene efecto preventivo, a tenor del artículo 8 de la Ley 393 de 1997, cuando con ella se persigue impedir un inminente incumplimiento de un deber impuesto por la ley o un acto administrativo y cause un perjuicio irremediable. Por el contrario, tendrá alcances reparadores, cuando con ella se busque obtener un mandato judicial por el cual se compele a cumplir con una obligación debida, que no haya sido realizada ²⁷⁸.

En ese sentido, la Corte Constitucional de Colombia ha definido la acción de cumplimiento como una "acción destinada a brindarle al particular la oportunidad de exigir de las autoridades la realización de un deber omitido, a través de la facultad radicada en cabeza de todos los individuos, que les permite procurar la verdadera vigencia y verificación de las leyes y actos administrativos, acatándose de esta forma uno de los más eficaces principios del Estado de Derecho, como es el de que el mandato de la ley o lo ordenado en un acto administrativo no pueda dejarse a un simple deseo y tenga en cambio concreción en la realidad" ²⁷⁹.

No constituye, en puridad, un proceso constitucional, pues la naturaleza de la controversia no versa directamente sobre una materia constitucional, sino, concretamente sobre un tópico que puede caracterizarse como de índole administrativa ²⁸⁰. En esa perspectiva, bien puede decirse que un intento por trazar unos límites objetivos entre éste proceso y la acción de tutela, (que también procede contra omisiones pero que reviste el *status* de un proceso constitucional, pues está destinado a la protección de los derechos y libertades fundamentales) ²⁸¹, se encuentra en la Sentencia T-622 de 1995 expedida por la misma Corte Constitucional. En la referida sentencia, se destacó que lo que diferencia a la acción de tutela es que ésta procede, entre otro tipo de omisiones, frente a inacciones administrativas que revistan "una magnitud crítica".

²⁷⁶ Idem., p.103-105.

²⁷⁷ JAIRO E. SOLANO SIERRA. *Acción de Cumplimiento (Teoría y práctica)*. Librería del Profesional. Santa Fé de Bogotá, 1997, p. 53 y ss.

²⁷⁸ ERNESTO REY CANTOR y MARÍA CAROLINA RODRÍGUEZ. *Acción de Cumplimiento y Derechos Humanos*. Temis. Santa Fe de Bogotá, 1997, p. 110.

²⁷⁹ Sentencia AC-001, de 10 de diciembre de 1992. Cit., en ERNESTO REY CANTOR y CAROLINA RODRÍGUEZ... Op. cit., p. 95.

²⁸⁰ En sentido contrario, ERNESTO REY CANTOR. "La acción de cumplimiento en la Constitución colombiana". En AA.VV. *Modernas tendencias del Derecho en América Latina*. Grigley. Lima, 1997, p. 254.

²⁸¹ Cfr., JUAN MANUEL GOIG MARTÍNEZ. "La protección de los derechos humanos en la nueva Constitución de Colombia". En Revista de Derecho Político. No. 35. Madrid, 1992, p. 413 y ss.

Tal "magnitud crítica", a juicio de la misma Corte Constitucional, se presenta con la concurrencia simultánea de los siguientes supuestos: "1) gravedad de la omisión, en vista del bien constitucional cuyo cuidado depende del ejercicio oportuno y diligente de las competencias asignadas a la respectiva autoridad; 2) injustificada demora de la autoridad para ejercitar las funciones atribuidas por la ley; 3) claro nexo de causalidad entre la omisión administrativa y la situación ilegítima de ventaja de un particular que la explota materialmente en su favor y en detrimento de las demás personas; 4) existencia de una lesión directa o amenaza cierta sobre un derecho fundamental que tienen como causa directa y principal el comportamiento omisivo y su aprovechamiento por el particular; 5) previo agotamiento de los recursos administrativos consagrados en la ley con el objeto de obtener que cese la omisión, salvo que su agotamiento pueda convertir en irreparable la lesión o la amenaza"²⁸².

De modo se puede deducir que, mientras la acción de tutela ha sido reservada para la protección de derechos y libertades constitucionales que, por acción u omisión, pudieran resultar vulneradas o amenazadas de violarse; la acción de cumplimiento, en cambio, sólo procede frente a omisiones que pudieran afectar derechos o intereses subjetivos de carácter legal y/o administrativo.

Como lo ha puesto de relieve la misma Corte Constitucional (C-157-98), "el objeto y finalidad de la acción de cumplimiento es otorgarle a toda persona, natural o jurídica, e incluso a los servidores públicos, la posibilidad de acudir ante la autoridad judicial para exigir la realización o el cumplimiento del deber que surge de la ley o del acto administrativo y que es omitido por la autoridad, o el particular cuando asume este carácter. De esta manera, la referida acción se encamina a procurar la vigencia y efectividad material de las leyes y de los actos administrativos, lo cual conlleva la concreción de principios medulares del Estado social de Derecho, que tienden a asegurar la vigencia de un orden jurídico, social y económico justo". En ese sentido, "La acción de cumplimiento está orientada a darle eficacia al ordenamiento jurídico a través de la exigencia a las autoridades y a los particulares que desempeñen funciones públicas, de ejecutar materialmente las normas contenidas en las leyes y lo ordenado en los actos administrativos, sin que por ello deba asumirse que está de por medio o comprometido un derecho constitucional fundamental. En efecto, la misma Ley 393 de 1997 en su artículo 90. señala que la acción de cumplimiento es improcedente cuando de lo que se trate sea de la protección de derechos fundamentales, pues de acudirse a dicha acción con este propósito a la respectiva solicitud debe dársele el trámite prevalente correspondiente a la acción de tutela".

²⁸² Cit. por EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ. "La eficacia de los derechos fundamentales frente a los particulares". En el número monográfico de *Lecturas sobre temas constitucionales* No. 13, sobre "Derechos Fundamentales e interpretación constitucional". CAJ. Lima, 1997, pp. 83-84.

3.2. LA ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO PERUANA

Dos años después, esto es, en 1993, la Constitución peruana seguiría los pasos de su par colombiana. Sin embargo, a diferencia de lo que sucedió allí, en el Perú, como ha puesto de relieve DOMINGO GARCÍA BELAUNDE²⁸³, la introducción de la acción de cumplimiento se realizó casi en forma clandestina, si es que se tiene en cuenta la ausencia de debate al introducirse esta nueva figura durante los debates constituyentes de 1993²⁸⁴. En los mismos términos como se halla previsto en el inciso 6° del artículo 200 constitucional, apareció en el Primer Anteproyecto de Constitución (Título dedicado a las "garantías constitucionales") elaborado por la Comisión de Constitución del Congreso Constituyente Democrático (en adelante CCD)²⁸⁵. Se mantuvo en el Segundo Anteproyecto (artículo 286, inciso 6)²⁸⁶, como en el Tercer Proyecto (artículo 219, inciso 6)²⁸⁷, para finalmente ser aprobado por el Pleno del CCD²⁸⁸, antes de someterse a referéndum su texto íntegro.

Tras la somera alusión a un proceso existente en la legislación constitucional brasileña, finalmente quedó así redactado el inciso 6° del artículo 200 de la Constitución:

"Son garantías constitucionales:

(...) 6° La acción de cumplimiento, que procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley"

Como ya se ha dicho, a raíz de la inexistencia de un debate detenido sobre los alcances de esta institución procesal, se pensó en cierto momento que fue "innecesaria su plasmación... como institución autónoma y distinta a las restantes garantías existentes"²⁸⁹, pues su objeto bien podía ser tutelado mediante el proceso de amparo.

Por cierto, no es una opinión que comparta la totalidad de la doctrina nacional. En realidad, lejos de ser innecesaria, constituye un importante avance en el fortalecimiento del Estado democrático de Derecho, desde que con ella se pretende dotar a los ciudadanos de un instrumento procesal

²⁸³ DOMINGO GARCÍA BELAUNDE. "Garantías constitucionales en la Constitución peruana de 1993". En AA.VV. *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios*. Vol. I. Lecturas sobre temas constitucionales No. 10. CAJ. Lima, 1994, pp. 261-262.

²⁸⁴ Cfr., Comisión de Constitución y Reglamento. *Actas de las Sesiones. Constitución Política 1993*. 2 volúmenes, publicación oficial. Congreso Constituyente Democrático. Lima s/f. Asimismo. Cfr., Congreso Constituyente Democrático. *Diario de los debates. Debate Constitucional. Pleno 1993*. 3 tomos, publicación oficial. Lima, 1998.

²⁸⁵ Cfr., Comisión de Constitución. *Anteproyecto de la Nueva Constitución*, publicada en separata especial por el Diario Oficial "El Peruano", del 20 de mayo de 1993.

²⁸⁶ Sub-Comisión de Redacción del Congreso Constituyente Democrático. *2do. Anteproyecto de la Nueva Constitución del Perú*, publicada en separata especial del Diario Oficial "El Peruano", del 22 de junio de 1993.

²⁸⁷ Comisión de Constitución del Congreso Constituyente Democrático. *Proyecto de Constitución Política del Perú*, publicado en separata especial del Diario Oficial "El Peruano", del 1 de julio de 1993.

²⁸⁸ Congreso Constituyente Democrático. *Constitución de 1993*, a ser consultada en referéndum el 31 de octubre de 1993, publicado en separata especial del Diario Oficial "El Peruano", del 7 de setiembre de 1993.

²⁸⁹ SAMUEL ABAD YUPANQUI. "El modelo de jurisdicción constitucional: reformas y retrocesos (estudio preliminar)". En *Ius et Veritas*. No. 7. Lima, 1993, p. 107.

sumarísimo, ágil y expeditivo, distinto del contencioso administrativo²⁹⁰ y, a su vez, del proceso de Amparo²⁹¹.

Al tener configuración autónoma, y sin que ello impida que se regule también como una modalidad del contencioso administrativo, como por lo demás se hizo con posterioridad, se ha dotado al administrado de un proceso con el cual hacer frente la inercia o letargo de los órganos de la Administración en el cumplimiento de obligaciones impuestas por la ley o a través de actos administrativos.

4. NATURALEZA DE LA ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO

4.1. NATURALEZA PROCESAL DE LA "ACCIÓN" DE CUMPLIMIENTO

Uno de los rasgos comunes del derecho constitucional latinoamericano de los últimos 20 años, consiste en haber introducido una diversidad de mecanismos procesales de defensa de la Constitución y, al mismo tiempo, haberlos abordado de espaldas a la teoría general del proceso, esto es, con relación al estudio "en conjunto y con un criterio común (de los) principios generales" aplicables a todas las ramas del derecho procesal²⁹², independientemente de las particularidades que cada una de ellas posea²⁹³.

Así, pese a tratarse de auténticos procesos (como el amparo, *habeas corpus*, de inconstitucionalidad de las leyes, etc), se les ha adscrito denominaciones verdaderamente sorprendentes. Rara vez, en efecto, se refieren a ellos como lo que son, y es común calificarlos como si se tratara de una "acción", "recurso", "juicio", "garantía" o, como también es usual en la tratadística peruana, de "acciones de garantía"²⁹⁴.

De esta tendencia, ciertamente no se ha escapado, en Colombia y en Perú, la "acción" de cumplimiento. Y aunque estimemos que no se trata de un simple problema semántico, pues de su adecuado tratamiento dependen cuestiones sustantivas y procesales de muy diversa índole, razones de espacio no nos permitirán que aquí nos detengamos en analizar esta problemática.

²⁹⁰ Cfr., el trabajo de JORGE DANÓS ORDOÑEZ "El Amparo por omisión y la Acción de cumplimiento en la Constitución Peruana de 1993". En *Lecturas constitucionales andinas*. No. 3. CAJ. Lima 1994. p. 206), quien considera que la Acción de cumplimiento bien pudo "ser considerado como una modalidad especial de la acción contenciosa administrativa".

²⁹¹ SAMUEL ABAD YUPANQUI. "El modelo de jurisdicción constitucional: reformas y retrocesos (estudio preliminar)". citado, p. 107.

²⁹² HERNANDO DEVIS ECHANDÍA. *Teoría General del Proceso*. T. I. Universidad. Buenos Aires, 1984, p. 9.

²⁹³ Cfr., VÍCTOR FAIRÉN GUILLÉN. *Problemas actuales del Derecho Procesal. La defensa, la unificación, la complejidad*. UNAM. México, 1992, pp. 82-93.

²⁹⁴ Tal es el caso, entre otros, del proceso de Amparo, que recibe una múltiple denominación que varía de ordenamiento en ordenamiento: Juicio (México), Recurso (España), Acción (Perú), etc. Para un acercamiento a su problemática desde el ámbito de la Teoría General del Proceso. Cfr., HÉCTOR FIX ZAMUDIO. "Reflexiones sobre la naturaleza del Amparo". En su libro *Ensayos sobre el Derecho de Amparo*. UNAM. México, 1999, pp. 81-130. En nuestro medio, últimamente, SAMUEL ABAD YUPANQUI. "El proceso constitucional de Amparo en el Perú: Un análisis desde la Teoría General del Proceso". En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. No. 85. México, 1996, p. 15-66. Sobre el proceso de inconstitucionalidad de la ley. ASUNCIÓN GARCÍA MARTÍNEZ. *El Recurso de Inconstitucionalidad*. Trivium. Madrid, 1992, pp. 11-14.

Es un proceso, pues se trata de un mecanismo instrumental compuesto por un conjunto de actos jurídico procesales "concatenados entre sí de modo ordenado"²⁹⁵, a través del cual una o varias pretensiones litigiosas, invocadas por los justiciables, son resueltas por los órganos de la jurisdicción, aplicando el derecho objetivo, con el objeto de restablecer la paz social y la justicia.

Que proceda contra toda autoridad o funcionario que se muestre renuente a acatar lo dispuesto en una norma legal o en un acto administrativo, esto es, constituya un mecanismo de control de la inactividad de la Administración, conlleva que, por la función que cumple²⁹⁶, se le considere como un proceso en cuyo seno pueden resolverse dos clases de pretensiones: Por un lado, ya que a través de él se persigue obtener una resolución judicial que declare la ilegalidad del incumplimiento, será un proceso de conocimiento con una pretensión "de condena"²⁹⁷. De otro, dado que la sola declaración de la ilegalidad de la omisión no puede constituir *in toto* su objeto, pues es preciso que se disponga el cumplimiento de lo ilegalmente omitido, constituye parcialmente un proceso de "ejecución".

En ese sentido, siguiendo a ALLAN BREWER CARÍAS, bien puede decirse que el proceso de cumplimiento "contra la carencia de la administración no persigue que sólo se declare la ilegalidad de la omisión...de la Administración..., sino lo que se persigue..., es que formalmente se ordene a la Administración adoptar determinados actos, o si ello no es suficiente para amparar el derecho, que el Juez restablezca por sí mismo la situación jurídica violada"²⁹⁸.

4.2. ¿PROCESO CONSTITUCIONAL?

Un problema relacionado con la naturaleza del proceso de cumplimiento tiene que ver con las consecuencias que se desprenden del hecho de haber sido introducidas a nivel constitucional: ¿Se trata, en verdad, de un proceso constitucional?²⁹⁹

Aún cuando un sector importante de la doctrina latinoamericana haya expresado una respuesta afirmativa, pensamos que es, aún en aquellos países que lo tienen de manera autónoma, un proceso administrativo, es decir, un proceso incorporado en la Constitución, pero no constitucional, en la medida que la materia que en su seno se resolverá está regida por el derecho administrativo.

Y es que lo que caracteriza a un proceso como constitucional³⁰⁰ es la presencia conjunta de los

²⁹⁵ VÍCTOR FAIRÉN GUILLÉN. *Teoría General del Derecho Procesal*. Cit., p. 42.

²⁹⁶ Para la clasificación de los procesos en atención a la función que cumplen: Enrique Vescovi. *Teoría General del Proceso*. Cit., p. 112 y ss. VÍCTOR FAIRÉN GUILLÉN. *Teoría General del Derecho Procesal*. Cit., p. 43 y ss.

²⁹⁷ Cfr., JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ. *Manual de Derecho Procesal Administrativo*. Civitas. Madrid, 1992, pp. 64-65.

²⁹⁸ ALLAN BREWER CARÍAS. *Estado de Derecho y Control Judicial*. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid, 1987, pp. 653-654.

²⁹⁹ Ultimamente, por ejemplo, es el caso de WALTER DÍAZ ZEGARRA. *Procesos constitucionales*. Palestra editores. Lima, 1999, p. 183.

³⁰⁰ Cfr., En torno a la idea de procesos constitucionales. GUSTAVO ZAGREBELSKY. "Processo costituzionale". En *Enciclopedia del diritto*. Giuffrè editore. Milano, 1987. Vol. XXXVI, pp. 521-523. MARILISSA D'AMICO, *Parti e processo nella giustizia costituzionale*. Giappichelli editore. Torino, 1991, p. 293 y ss. JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO. *Processo constitucional*. Forense. Río de Janeiro, 1984. JOSÉ JOAQUÍN GÓMEZ CANOTILHO. "Procedimiento e processo no Direito Constitucional". En su libro *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Livraria Almedina. Coimbra, 1999, p. 899 y ss.

siguientes elementos: a) Su configuración o creación a nivel constitucional, y no simplemente mediante una ley; b) existencia autónoma, esto es, con entidad propia, y no sólo como un elemento accesorio que forme parte de un proceso distinto, como puede ser el caso de los *incidentes constitucionales*³⁰¹; y, c) su objeto, esto es, un proceso destinado a resolver controversias en materia constitucional, y no de otra clase.

En ese sentido, aún cuando de los tres elementos, la acción de cumplimiento cumpla con los dos primeros, la carencia del tercero parece ser de tal envergadura que basta, por sí sola, para enrarecer su condición de proceso constitucional. Y es que si la controversia en este proceso se deriva esencialmente de la inactividad, omisión o renuencia a no cumplir con los mandatos establecidos en una ley o en un acto administrativo, entonces puede decirse, sin temor a equivocarse, que se trata de un proceso destinado a controlar la *ilegalidad por omisión* de la Administración Pública. No hay, pues, controversia que gire sobre *materia constitucional*, ya que su objeto no se plantea como consecuencia de la aplicación o vigencia de una norma constitucional, sino de la ley o el acto administrativo.

Sin embargo, en uno de los pocos estudios dedicados al tema en el Perú, CÉSAR LANDA³⁰² ha abonado por la tesis rechazada y ha advertido que su objeto sería velar "por la vigencia de dos derechos constitucionales positivos: uno, la constitucionalidad de los actos legislativos y, el otro, la legalidad de los actos administrativos". En tal sentido, ha afirmado que, "no basta que una norma legislativa o administrativa sea aprobada mediante los requisitos formalmente y que sea conforme a las disposiciones sustantivas establecidos en la Constitución y en la ley, sino que la eficacia del cumplimiento de las mismas se convierte en un derecho constitucional de los ciudadanos"³⁰³.

No compartimos tal criterio. En primer término, porque creemos que el tema de la constitucionalidad de los actos legislativos y, a su turno, la legalidad de los actos administrativos, no constituyen en realidad derechos subjetivos de carácter constitucional que puedan titularizar los individuos, pues se tratan de principios que rigen, por un lado, la ordenación del sistema de fuentes formales del derecho constitucional (principio de supremacía constitucional); y de otro, la adecuación de la actuación administrativa al principio de legalidad (artículos 51, 118 inciso 8° y 138 de la Constitución)³⁰⁴.

³⁰¹ Caso por ejemplo del control judicial de constitucionalidad en vía incidental. Cfr., al respecto, LUIS JAVIER MIERES MIERES. El incidente de constitucionalidad en los procesos constitucionales. Civitas. Madrid, 1998, p. 37 y ss.

³⁰² CÉSAR LANDA ARROYO. "La Acción de cumplimiento en el Proyecto de Constitución de 1993". En Revista del FOFO. Año LXXXI. No. 1. Lima, 1993, p. 55.

³⁰³ Sin entrar en mayores consideraciones, que las estrictamente formales que de la Constitución se deducen. VÍCTOR JULIO ORTECHO VILLENA. *Jurisdicción y procesos constitucionales*. Rhodas. Trujillo, 1997, p. 219.

³⁰⁴ A este respecto, ha de señalarse que ya el Tribunal Constitucional [Sentencia (en adelante, STC) recaída en el Exp. 190-95-AA/TC, con voto singular del Magistrado AGUIRRE ROCA, en Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. T. 1. Gaceta Jurídica editores. Lima 1998. pp. 303-305] en forma implícita ha desechado la hipótesis de poder configurar, a modo de un derecho subjetivo, lo que en algunos sectores se ha venido en denominar el "Derecho a la Constitución"; al estimar, bien es cierto que a través del Amparo, que aquella no es la vía donde pueda impugnarse en forma abstracta la preservación del principio de jerarquía de nuestro sistema de fuentes.

Tampoco se arriba a una conclusión idéntica si, con CÉSAR LANDA, se conviene que el planteamiento no tiene la finalidad de rescatar la preservación de los principios de constitucionalidad y/o legalidad respectivamente (cuyos mecanismos de protección, por lo demás, ya han sido previstos en el propio ordenamiento constitucional), sino la eficacia de la ley o el acto administrativo, entendidos como derechos subjetivos³⁰⁵.

Es dudoso que el tema de la eficacia de las leyes o los actos administrativos puedan configurar derechos subjetivos. Como también lo es que el proceso de cumplimiento pueda estar destinado a preservarlos, aún en el caso que éste tópico no se considere como un asunto constitucional, sino enteramente legal, o más propiamente, de carácter administrativo. Desde una perspectiva jurídica, la ineficacia de las leyes o los actos administrativos no generan controversias por sí mismas, pues en muchos casos aún el propio ordenamiento puede auspiciar cierto grado de ineficacia tanto de sus normas como de los actos administrativos. Repárese, por ejemplo, en el caso de las leyes de aplicación diferida, o actos administrativos cuyo cumplimiento se deja librado al cumplimiento o satisfacción de determinados requisitos. La ineficacia de la norma o el acto administrativo, en tales casos, es parte del enunciado normativo y por lo mismo, contra los que no cabe se intente remedio procesal alguno.

Sólo tal ineficacia deviene en jurídicamente relevante, cuando ésta crea una *norma implícita* contraria a la deseada por la ley o el acto administrativo y, por tanto, es susceptible de considerarse como antijurídica, por ser inválida. Es la invalidez de determinados comportamientos o normas lo que puede juzgarse jurídicamente y no la eficacia o ineficacia que éstas puedan tener³⁰⁶.

Pero aún tratándose de problemas de invalidez derivados del incumplimiento de un mandato legal o administrativo no convierten en un proceso constitucional al remedio procesal edificado con el objeto de repararlo.

Aún cuando no compartamos la tesis sostenida por la Corte Constitucional colombiana respecto de la finalidad que tendría el proceso, sí es elocuente en el sentido de descartar cualquier configuración de éste como proceso constitucional: "La acción de cumplimiento está orientada a darle eficacia al ordenamiento jurídico a través de la exigencia a las autoridades y particularidades que desempeñen funciones públicas, de ejecutar materialmente las normas contenidas en las leyes y lo ordenado en los actos administrativos, sin que por ello deba asumirse que está de por medio o comprometido un derecho constitucional fundamental..." "No se trata, pues...de un mecanismo de protección de derechos fundamentales, porque como lo reconoció esta Corte en la sentencia N° SU-476 de 1997, la acción de cumplimiento no protege derechos fundamentales en forma específica" (Sent. C-157/98).

Pero no solamente eso ha dicho la Corte. Además, ha reconocido que la acción de cumplimiento tiene la condición de proceso administrativo. En la misma sentencia C-157/98, diría: "no puede

³⁰⁵ Una posición distinta. Cfr., ERNESTO REY CANTOR y MARÍA C. RODRÍGUEZ. "La Acción de cumplimiento en el Perú". En Revista Jurídica del Perú. Año XLVIII. No. 16. Trujillo, 1998, pp. 89-91.

³⁰⁶ Cfr., MARGARITA BELADIEZ ROJO. *Validez y eficacia de los actos administrativos*. Marcial Pons. Madrid, 1994, p. 20.

resultar exótico que el legislador haya determinado que la jurisdicción de lo contencioso administrativo es la competente para conocer y tramitar las acciones de cumplimiento, ...más aún si se tiene en cuenta:...e) Que no puede desconocerse que a la administración se le han asignado una serie de cometidos de naturaleza administrativa, que conllevan necesariamente la ejecución de la ley y de los actos que se dictan en desarrollo de ésta, y que constitucionalmente el control de la actividad de la administración corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo"³⁰⁷.

Como se ha dicho, las situaciones antijurídicas que se derivan de la ineficacia de las leyes o de los actos administrativos, no son cuestiones que vayan a propiciar una controversia constitucional susceptible de ventilarse en la acción de cumplimiento. Pretender, no obstante, asignarle naturaleza constitucional, como lo ha recordado ALBERTO BOREA ODRÍA, simplemente significaría difuminar las fronteras entre procesos legales y constitucionales³⁰⁸.

De ahí que la acción de cumplimiento, como a su turno sucede con el contencioso administrativo, que también se ha incorporado en la Constitución peruana de 1993 (art. 148), no pueda sino considerarse como proceso administrativo establecido en la Constitución; esto es como un "proceso constitucionalizado", según la feliz expresión de DOMINGO GARCÍA BELAUNDE, distinto de los procesos constitucionales, que son aquellos que tienen por objeto ventilar una controversia derivada de la vigencia y aplicación de las normas constitucionales, cualquiera sea su contenido. En suma, la naturaleza del proceso no puede derivarse del hecho que haya sido creado por la Constitución, sino de la materia que en su seno se resuelve, y que no es otro que el control de la inactividad administrativa, donde la controversia no gira en términos de derecho constitucional, sino en términos de derecho administrativo, según se ha expuesto³⁰⁹.

³⁰⁷ Temperamento distinto es el que han mantenido invariablemente ERNESTO REY CANTOR y CAROLINA RODRÍGUEZ RUIZ. "La protección procesal de los derechos humanos de tercera generación en Colombia". En AA.VV. *Estudios de Teoría del Estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*. T. III. Universidad Complutense-UNAM. Madrid, 2000, p. 1838, donde se sostiene que la acción de cumplimiento está consagrada "para la protección de todos los derechos constitucionales que resultaren violados o amenazados por el incumplimiento de una obligación contenida en la ley o un acto administrativo".

³⁰⁸ ALBERTO BOREA ODRÍA. *Evolución de las garantías constitucionales*. Grigley. Lima, 1996, p. 505.

³⁰⁹ Precisamente por ello, tampoco puede considerarse que el proceso de cumplimiento constituya en los países donde se han introducido, siempre una "vía paralela" al proceso de amparo. En contra, CÉSAR LANDA. "La acción de cumplimiento en el proyecto de Constitución del Perú de 1993". En *Revista del Foro*. Cit., p. 57.

V

LA INACTIVIDAD ADMINISTRATIVA Y ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO (*)

1. INTRODUCCIÓN

Uno de los nuevos procesos incorporados en el título relativo a las garantías constitucionales de la Constitución peruana de 1993, al que dicho sea de paso muy poca atención se le ha prestado en la doctrina nacional, es la acción de cumplimiento. De hecho, tal desinterés no se encuentra en relación proporcional con el uso que se le ha dado en los pocos años que tiene, pues si nos atenemos a las estadísticas jurisprudenciales, se trata de un proceso que ha sido objeto de mayor debate, incluso por encima de procesos tan relevantes como el *Habeas Data* o el Conflicto de atribuciones y competencias entre órganos constitucionales.

Por cierto, su utilización cada vez más importante en el ámbito de la justicia constitucional, tampoco quiere decir que su desarrollo jurisprudencial fuese el más adecuado. Por el contrario, ha sido desigual y, muchas veces, se le ha confundido con instituciones procesales constitucionales que aunque parecen ser bastante próximos, sin embargo, difieren por completo de ella. Tal es el caso, por ejemplo, de la inconstitucionalidad por omisión o del amparo por omisión, que, aunque puedan resultar instrumentos de control de omisiones, letargos o moras, como es el caso también de la acción de cumplimiento; sin embargo, operan en ámbitos y planos totalmente distintos.

Ese ha sido el caso, por ejemplo de cierta jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que no parece encontrar diferencias entre la acción de cumplimiento y el Amparo por omisión, al extremo de no haber considerado mayores problemas para optar en cierta ocasión por acumularlos, so pretexto de la identidad de los sujetos procesales. Otro tanto cabe decir sobre la relación que pueda existir entre el Amparo por omisión y la inconstitucionalidad por omisión, en la que el mismo Tribunal Constitucional, al menos de la generalidad como se ha expresado en una sentencia, ha reclamado como una competencia propia.

En honor a la verdad, digamos que el estado de confusión entre este nuevo proceso, y la inconstitucionalidad por omisión o, a su turno, con el amparo por omisión, no sólo se ha observado en el ámbito de la jurisprudencia constitucional, pues también se ha advertido en la escasa doctrina nacional que se ha encargado de exponer sus caracteres generales.

* Trabajo elaborado por EDGAR CARPIO MARCOS

SAMUEL ABAD ha sido persistente en señalar que la introducción de la acción de cumplimiento en la Constitución de 1993 fue innecesaria, pues su ámbito de protección ya habría estado cubierta por el amparo, que como se sabe, no sólo procede contra "acciones" que vulneren derechos constitucionales, sino también frente a conductas omisivas. Desde esa perspectiva, la acción de cumplimiento se presentaría como un "Amparo específico", esto es, una de las muchas modalidades que, en función del ámbito de conductas lesivas, podría distinguirse del genérico proceso constitucional de amparo. Desde luego que el asunto no es tan sencillo como se ha presentado. Y es que si bien en ambos casos se persigue condenar la ilegalidad de la omisión, el objeto del amparo es totalmente distinto al de la acción de cumplimiento: Mientras en el primero, se protege derechos constitucionales –y no de otra clase–, en el segundo, en cambio, sólo se protegen derechos de orden legal o, como sostendría la doctrina española, de "legalidad ordinaria".

Del mismo modo, como ya se ha comentado, también se ha intentado deducir de la acción de cumplimiento una suerte de acción de inconstitucionalidad por omisión. A juicio de CARLOS MESÍA, a través de este nuevo proceso, los jueces constitucionales se encontrarían habilitados para efectuar el control de las omisiones inconstitucionales, esto es, de aquellas situaciones jurídicas contrarias a la Constitución que se derivan de la inactividad, mora u ocio del legislador para dictar leyes que la Carta exige.

Si hemos de atenernos a la manera cómo se ha configurado este proceso en la Constitución peruana de 1993, y a todo lo que hasta aquí se ha sostenido, es claro que no existe ninguna relación entre ambos. En el último de los procesos, esto es, en la acción de inconstitucionalidad por omisión, se busca preservar a la Constitución normativa de las moras del legislador para desarrollar sus preceptos. En tanto que, con el primero, se busca controlar la sujeción de la administración al principio de legalidad, que, desde luego, no sólo resulta lesionado como consecuencia de la expedición de actos contrarios a la ley, sino también, cuando se deja de dictarlos, pese a que existe un mandato en ese sentido; y, complementariamente, también preservar el principio de auto-vinculación de la Administración.

Ya se ha indicado que el estado de incertidumbre sobre el significado, el ámbito de protección y un sinnúmero de cuestiones conexas con la acción de cumplimiento, no tiene su origen necesariamente en el tratamiento dispar que se le ha brindado a nivel jurisprudencial o doctrinal. Es una situación que, como también se ha advertido, cabe observar en los debates constituyentes que precedieron a su incorporación en el texto constitucional. En realidad, más que una incertidumbre en el debate, pues no hubo propiamente éste, con más propiedad cabría referirse a una defectuosa comprensión de la institución que se incorporaba, pues en los debates constituyentes se llegaría a afirmar que la acción de cumplimiento era la versión castellana del *Mandado de Injunção*.

No es ocioso, entonces, que nos detengamos a analizar el tipo de omisión que en este proceso se puede controlar.

2. LA INACTIVIDAD ADMINISTRATIVA: INACTIVIDAD FORMAL E INACTIVIDAD MATERIAL DE LA ADMINISTRACIÓN

Ya en el análisis del tipo de omisión susceptible de control en la acción de cumplimiento, lo primero que tal vez haya que advertir es que tanto en el derecho colombiano como en el peruano, el proceso

tiene por objeto el control de un similar tipo de omisiones. Como señala el artículo 87 de la Constitución colombiana, "Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de la ley o un acto administrativo..." En tanto que el inciso 6) del artículo 200 de su par peruana, señala que "procede la acción de cumplimiento, contra autoridad o funcionario, por la renuencia a cumplir con lo dispuesto en la ley o acto administrativo".

En ambos casos, en efecto, la controversia se origina tras la existencia de una omisión, mora, letargo, inercia o, simplemente, inactividad de un órgano público para cumplir con un mandato establecido en la ley o un acto administrativo. Sin embargo, no cualquier inactividad administrativa se persigue condenar como ilegítima en el seno del proceso de cumplimiento, como en seguida veremos.

Con el propósito de esclarecer el tipo de inactividad administrativa susceptible de control en este proceso, tal vez sea útil, siguiendo a la doctrina administrativista, señalar que tales comportamientos omisivos pueden clasificarse, según se haya o no hecho ejercicio del derecho de petición o se derive de la participación del particular en un procedimiento administrativo, en inactividad formal y material ³¹⁰.

Se entiende que existe inactividad formal de la Administración cuando al cabo de un procedimiento administrativo, o como consecuencia del ejercicio del derecho de petición por el administrado, los funcionarios, autoridades u órganos de la Administración no contestan o resuelven lo que se solicita, no obstante existir un deber de hacerlo. En cambio se presentará una inactividad material de la Administración ³¹¹, cuando fuera de un procedimiento administrativo, sus órganos o funcionarios dejan de cumplir un mandato que impone un tipo de actuación ³¹².

En el ordenamiento jurídico peruano, JORGE DANÓS ³¹³ ha puesto de relieve que, con el objeto de que el administrado no se perjudique con la inactividad formal de la Administración, se ha previsto la técnica del silencio administrativo negativo. El silencio no constituye propiamente un acto de la Administración por virtud del cual se genera una denegatoria ficta de la petición o del medio impugnatorio propuesto, sino simplemente una técnica destinada a garantizar que el administrado, ante la ausencia de pronunciamiento administrativo, pueda acceder a la siguiente instancia prevista en esa sede o, en su caso, ante el órgano jurisdiccional ³¹⁴.

³¹⁰ Cfr., ALEJANDRO NIETO. "La inactividad de la Administración y el recurso contencioso administrativo". En Revista de Administración Pública. No. 37, enero-abril. Madrid, 1962, p. 80 y ss.

³¹¹ Cfr., Un planteamiento general, MARCOS GÓMEZ PUENTE. *La inactividad de la Administración*. Aranzadi. Navarra, 1997.

³¹² Cfr., HORACIO CREO BAY. *Amparo por mora de la administración pública*. Astrea. Buenos Aires, 1989, pp. 3-4.

³¹³ Jorge Danós. "El silencio administrativo como técnica de garantía del particular frente a la inactividad formal de la Administración". En *Ius et Veritas*. No. 13. Lima 1996, p. 225.

³¹⁴ Cfr., CÉSAR OCHOA CARDICH. "El régimen jurídico del silencio administrativo". En *El Jurista*. No. 7-8. Lima, 1992, pp. 191-192. Idem. "El silencio administrativo y su evolución legislativa". En *Advocatus*. Año II. No. 2. Lima, 2000, p. 77. No obstante ello, En algunos sectores de la doctrina, al silencio negativo se le suele atribuir la calidad de un "acto administrativo presunto" (Cfr., JOSÉ ENDEMAÑO ARÓSTEGUI. "Los actos administrativos presuntos". En *Revista Vasca de Administración Pública*. No. 43. País Vasco, 1995, p. 23 y ss. También puede verse MARÍA EUGENIA GUILLÉN PÉREZ. *El silencio administrativo. El control judicial de la inactividad administrativa*. Colex. Madrid, 1996, p. 27 y ss. donde se realiza una aproximación histórica al instituto).

Porque no supone acto presunto alguno, y sí más bien un mecanismo que impide que el administrado pueda quedar inerte por la ausencia de pronunciamiento, el silencio negativo debe entenderse como una "garantía procesal de los particulares (que) tiene por objetivo evitar que la Administración eluda el control jurisdiccional mediante el simple expediente de permanecer inactiva sin resolver el procedimiento iniciado por el particular"³¹⁵.

Ausente un pronunciamiento formal de los órganos de la Administración, no es el proceso de cumplimiento el mecanismo a través del cual el administrado podrá exigir que los órganos de la Administración resuelvan lo solicitado, pues, en el ordenamiento peruano, la Ley de Procedimientos Administrativos generales, ha previsto que vencido el plazo para que éstos se pronuncien, el administrado podrá optar o bien por esperar el pronunciamiento expreso de la Administración, o bien acudir a la instancia administrativa o judicial que corresponda, con el objeto de dilucidar allí su reclamación³¹⁶.

Desde esa perspectiva, puede indicarse que, en el Perú, el proceso de cumplimiento no constituye una suerte de "amparo de pronto despacho" que, en otros ordenamientos latinoamericanos, como el argentino, existe. La acción de cumplimiento, pues, no procede contra la inactividad formal de la Administración, pues ello no sólo importaría restarle operatividad al silencio administrativo negativo, sino desnaturalizar el objeto del proceso al exigirse tácitamente el tránsito por una vía judicial en forma irrazonable, toda vez que, en un primer momento, y ante la inexistencia de respuesta alguna a su petición o impugnación, el particular tendría que exigir, a través de este proceso, que se ordene emitir un pronunciamiento³¹⁷; y, en un segundo momento, luego de haberlo obtenido, iniciar otro, esta vez ya no el de cumplimiento, sino tal vez el contencioso administrativo o el amparo, que tuviera por finalidad efectuar un control acerca de la legalidad y/o constitucionalidad del acto administrativo expreso³¹⁸.

Ahora bien, si no ésta clase de inactividad la que origina una controversia susceptible de ventilarse en la acción de cumplimiento, no sucede lo mismo con la inactividad material, pues en tal supuesto, al margen de un procedimiento administrativo, se genera un no hacer que era exigido por la ley o en un acto administrativo.

Frente a tal inactividad, no rige la técnica del silencio administrativo negativo³¹⁹, desde que no existe petición de particular formulado que requiera pronunciamiento, sino una simple carencia de

³¹⁵ JORGE DANÓS. "El silencio administrativo como técnica de garantía del particular frente a la inactividad formal de la Administración". Cit., p. 227.

³¹⁶ Cfr., GERMÁN BIDART CAMPOS. *Régimen Legal y Jurisprudencial del Amparo*. Ediar. Buenos Aires, 1968, pp. 237-241. HORACIO CREO BAY. "La morosidad administrativa y las técnicas para su control". En AA.VV. *Derecho Administrativo. Obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff*. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1998, p. 603 y ss.

³¹⁷ Cf. sobre lo que sucedía en España hasta antes de la Ley del Contencioso Administrativo de 1998. JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ. "El control jurisdiccional de la inactividad de la Administración en el proyecto de ley de la jurisdicción contenciosa-administrativa de 1997". En Revista Española de Derecho Administrativo. No. 97. 1998, p. 17 y ss.

³¹⁸ Cf. PATRICIA RAQUEL MARTÍNEZ. "El silencio administrativo y debido proceso". En Revista de Derecho Administrativo. No. 15-17. Buenos Aires, 1994, p. 431 y ss.

³¹⁹ En esa perspectiva, FAUSTINO CORDON MORENO ha dejado entrever que el silencio administrativo negativo constituiría una suerte de control de la inactividad formal de la Administración. Cfr., su libro *El proceso de Amparo constitucional*. La Ley. Madrid, 1992, p. 31-32.

actuación que se presenta como contraria a la ley o a un acto administrativo³²⁰. Y, además, porque si los efectos procesales del silencio negativo se traducen en entender por denegado lo solicitado, su aplicación a la inactividad material de la administración tendrían que entenderse en el sentido de que los mandatos previstos en la ley o en un acto administrativo no vinculasen a los órganos de la Administración.

Es, pues, este tipo de inactividad material de la Administración la que se controla mediante el proceso. En ese sentido, bien puede decirse que la inercia, la mora o la omisión, términos todos ellos que aquí tomamos como sinónimos, de un hacer que es obligatorio, ha de constituir la "omisión lesiva" en el proceso de cumplimiento.

De más está precisar que si dentro de aquel concepto de "omisión lesiva" no se encuentra la inactividad formal de la Administración, tampoco lo está la posibilidad de impugnar actos administrativos. Como lo ha expresado el Tribunal Constitucional peruano (Exp. 486-98-AC/TC), la impugnación de un acto, que dejó a su vez sin efecto una resolución que eventualmente establecía un derecho subjetivo, no puede entenderse dentro de los alcances del proceso de cumplimiento, pues mediante éste se persigue obtener su cumplimiento, que es una cuestión absolutamente distinta a la impugnación³²¹.

3. TIPOLOGÍA DE LA INACTIVIDAD MATERIAL DE LA ADMINISTRACIÓN

A fin de distinguir la diversidad de comportamientos materialmente omisivos de la Administración, tal vez sea útil esbozar algunos criterios, valiéndonos para ello de clasificaciones esbozados en torno a la inactividad administrativa, pero también, *mutatis mutandi*, adaptando lo que con las omisiones inconstitucionales y el acto lesivo por omisión en el amparo, se ha realizado en el Derecho Comparado.

3.1. POR LOS ALCANCES DE SU INCUMPLIMIENTO

3.1.1. Omisión total. Presupone una pluralidad de obligaciones impuestas por una norma legal o un acto administrativo, respecto de las cuales ninguna es debidamente cumplida. En tal supuesto, a través del proceso de cumplimiento se procurara que todas ellas se cumplan.

3.1.2. Omisión parcial. Las omisiones parciales, en cambio, suponen el cumplimiento de algunas de las obligaciones que le han sido impuestas, pero que no alcanzan la totalidad. En la medida que sólo algunas han sido ejecutadas, el proceso de cumplimiento, en un supuesto semejante, se destinará a exigir que la autoridad o funcionario cumpla con realizar los extremos de la obligación aún pendientes, no pudiéndose invocar en tal caso la sustracción del objeto de la controversia, pues, si-

³²⁰ Cfr., a parte de los textos ya señalados, el estupendo trabajo de MARÍA JESÚS MONTORO CHINER. "La inactividad administrativa en el proceso de ejecución de las leyes. Control jurisdiccional versus fracaso legislativo". En Revista de Administración Pública. No. 110. Madrid, 1986, p. 263-365.

³²¹ STC recaída en el Exp. 486-98-AC/TC, publicada en la sección Garantías Constitucionales del diario oficial "El Peruano" del 23 de octubre de 1998, p. 1341.

guiendo a IGNACIO BURGOA³²², la cesación de los efectos de la omisión reclamada sólo se producirá cuando desaparezca totalmente la ausencia de actuación administrativa, y no cuando ella fuera solamente parcial.

3.2. POR EL MODO DE AFECTACIÓN³²³

3.2.1. Omisión absoluta. Se produce con la no realización de ningún acto ordenado por la ley o por un acto administrativo, cuando se estaba obligado a realizar una o algunas prestaciones.

3.2.1. Omisión relativa. En cambio, se presenta cada vez que realizándose una actuación administrativa ordenada, sin embargo, con su prestación se excluye un ámbito de lo debido o se discrimina de su beneficio a un sector de la totalidad de beneficiarios a la que estaba dirigido la actuación administrativa ordenada por la ley o el acto administrativo³²⁴.

En tal supuesto, en rigor, no estamos ante una mera *omisión*, esto es, una simple y llana ausencia de actuación administrativa que la ley o el acto administrativo imponen, sino frente a una actuación de los órganos de la Administración (acción) que, so pretexto de cumplir con lo exigido, margina de los beneficios de su actuación a un sector de los que la ley o el acto administrativo reconoce también como beneficiarios.

Esta última modalidad de omisión administrativa, bien puede ser objeto de control mediante el proceso de cumplimiento, pero también mediante el proceso de amparo o la "acción de tutela" del derecho colombiano, pues supone conjuntamente al incumplimiento de un mandato legal, una violación del derecho de igualdad.

Por cierto, en el Derecho colombiano tal hipótesis ha sido regulada por el artículo 8° de la Ley 393 de 1997, por virtud de la cual se prevé que ésta procederá "...contra toda acción u omisión de la autoridad que incumpla o ejecute actos o hechos que permitan deducir inminente incumplimiento de normas con fuerza de ley o actos administrativos..."³²⁵.

3.3. POR LA NATURALEZA DEL MANDATO QUE SE IMPONE

3.3.1. Omisiones de actos debidos al ejercicio de potestades discrecionales. En ocasiones la ley o el acto administrativo, al establecer una serie de tareas a los órganos de la Administración, deja al funcionario o autoridad un margen de libertad en la concretización de lo previsto³²⁶.

³²² Cfr., IGNACIO BURGOA. *El Juicio de Amparo*. Porrúa. México, 1997, p. 468.

³²³ Cfr., tal configuración, en la doctrina alemana, a propósito de la inconstitucionalidad por omisión, en el clásico trabajo de CONSTANTINO MORTATI. "Appunti per uno studio sui remedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore". En AA.VV. *Problema di Diritto Pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana*. Raccolta di Scritti. Vol. II. Milano, 1972, pp. 927-932. Asimismo, MARCOS GÓMEZ PUENTE. *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control*. McGraw-Hill. Madrid, 1997, pp. 25-26.

³²⁴ Tal supuesto se configura a partir de lo que la doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán ha llamado, nuevamente a propósito del fenómeno de la inconstitucionalidad por omisión, "exclusión arbitraria o discriminatoria de beneficio". Cfr., JOAQUIM GÓMEZ CANOTILHO. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra Editora Limitada. Coimbra, 1982, pp. 335-336.

³²⁵ Sobre el particular, JAIRO ENRIQUE SOLANO SIERRA. *Acción de Cumplimiento (Teoría y práctica)*. Ediciones del Profesional. Santa Fe de Bogotá, 1997, p. 37.

³²⁶ Cfr., un planteamiento general. En MARCIAL BACIGALUPO. *La discrecionalidad administrativa*. Marcial Pons. Madrid, 1997.

Como anota MARIENHOFF, analizando el tema de los actos administrativos discrecionales, en tales supuestos "la Administración no está constreñida por la norma a adoptar determinada decisión: en presencia de determinados hechos o situaciones, queda *facultada* para valorarlos o apreciarlos, y resolver luego si, de acuerdo a tales hechos o situaciones, se cumple o no la finalidad perseguida por la norma; en el primer supuesto hará lugar a lo que se le hubiere solicitado, en el segundo caso lo desestimaré" ³²⁷.

Aunque las normas que desarrollan el proceso de cumplimiento no distingan esta clase de omisiones, el artículo 4° de la Ley 23506, aplicable por analogía al caso del proceso de cumplimiento, parece restringir el control de estas omisiones, ya que éstas deben consistir en omisiones derivadas de un "acto debido" ³²⁸ y no de concretización bajo la libre apreciación del funcionario o autoridad investido de tales potestades.

Sin embargo, ello no debe entenderse como que este tipo de actos discrecionales de la Administración se encuentren exentos de control judicial. En un Estado democrático de Derecho excluido está el gobierno de los hombres y no de las leyes y, por tanto, cabe someter dichos actos a una evaluación sobre su adecuación a diversos principios (como el de igualdad, razonabilidad e interdicción de la arbitrariedad) ³²⁹.

3.3.2. *Omisiones de obligatorio cumplimiento.* Está constituido por aquella inactividad en la que, a diferencia de la anterior, la Ley o el acto administrativo impone un deber de actuar cierto y concreto ³³⁰, sin dejar un marco de libertad en el que puedan desenvolverse. Es la inactividad que, *prima facie*, se pretende controlar ³³¹.

3.4. POR LA CONDICIONALIDAD O NO DEL MANDATO

3.4.1. *Omisiones derivadas de un mandato condicional.* Son aquellas que se producen cuando las obligaciones impuestas a los órganos de la administración no se tornan exigibles en tanto no se cumplan algunos supuestos de hecho o de derecho que la propia norma o el acto administrativo exigen a fin de hacer exigible la prestación.

³²⁷ MIGUEL MARIENHOFF. *Tratado de Derecho Administrativo*. T. II. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1981, p. 412.

³²⁸ Cfr., Néstor Pedro Sagués. *Derecho Procesal Constitucional*. T. 3. Astrea. Buenos Aires, 1995, pp. 103-104.

³²⁹ Cfr., A propósito, entre la amplia bibliografía, JUAN FRANCISCO LINARES. *Poder discrecional administrativo (arbitrio administrativo)*. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1958. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA. *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*. Civitas. Madrid, 1979. Idem., *Democracia, jueces y control de la Administración*. Civitas. Madrid, 1996. Idem., "¿Es conveniente o inútil la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad como principio constitucional?". En *Revista de Administración Pública*. No. 124, enero-abril. Madrid, 1991, pp. 211-228. En el mismo número de dicha Revista, el trabajo de JOSÉ SUAY RINCON. "El control de la actividad discrecional de la Administración", que corre de p. 249 y ss. MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Tecnos. Madrid, 1994.

³³⁰ NÉSTOR PEDRO SAGUÉS. "Inconstitucionalidad por omisión de los poderes Legislativo y Ejecutivo: Su control judicial". En *Ius et Veritas*. N° 5. Lima, 1992, p. 44.

³³¹ De ellos, ha sostenido la Sala de Derecho Público de la Corte Superior de Justicia de Lima, refiriéndose a los actos administrativos, que deben cumplir la característica de ser "virtuales" (sic), esto es, "objetivos y definidos". Cfr., las sentencias recaídas en los Exp. 2254-98 ("El Peruano", sección jurisprudencia. Del 03 de junio de 1999, p. 3230).

Debe diferenciarse este tipo de omisiones, de las que pudieran presentarse como consecuencia del ejercicio de una potestad discrecional atribuida al órgano de la Administración. Las primeras, de cumplirse los supuestos que la norma o el acto determinan, exigen irremediamente una actuación administrativa en dirección a satisfacer las obligaciones previstas en la norma o el acto administrativo. Las segundas, no imponen la satisfacción de condiciones, sino dejan un margen de libertad dentro del cual se desenvuelve la actuación administrativa, la que dictará o ejecutará lo dispuesto en la ley o el acto administrativo de evaluarlo positivamente ³³².

Respecto de estas omisiones, el proceso de cumplimiento sólo podrá prosperar siempre que el reclamante pruebe que se han cumplido todas las exigencias de hecho o derecho que se exigen, encontrándose la ausencia de actuación administrativa en calidad de arbitraria por ser ilegal; en caso contrario, esto es, que no se pruebe o, en su caso, el actor no se encuentre en el supuesto de hecho exigido por la norma o el acto administrativo, el proceso de cumplimiento no podrá prosperar.

3.4.2. *Omisiones derivadas de un mandato formulado incondicionalmente.* A diferencia de la anterior, tal omisión es posible de observarse tras la carencia de actuación administrativa exigida directa y predeterminadamente por la ley o el acto administrativo. Supone un mandato concreto, en el que no hay supuesto de hecho o situación jurídica que los órganos de la Administración deban evaluar, pues se trata de un mandato que exige un actuar de la Administración no vinculado a elementos externos de la norma o al acto administrativo ³³³.

Esta cualidad del mandato, el de su incondicionalidad, ha sido un aspecto que, en el Perú, los órganos de la jurisdicción constitucional han destacado tempranamente desde sus primeras sentencias al evaluar si la omisión que se reputaba como lesiva al principio de legalidad era susceptible de condena a través del proceso de cumplimiento ³³⁴.

3.5. EN FUNCIÓN DE LA COMPLEJIDAD DE INSTRUMENTALIZACIÓN DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA

3.5.1. *Omisiones derivadas de mandatos de instrumentalización compleja.* La distinción de este clase de eventuales omisiones de actuación administrativa está vinculado directamente con la complejidad del mandato contenido en la ley o un acto administrativo impuesto al órgano de la Administración ³³⁵. Así, una carencia de actuación administrativa bien puede no deberse a razones meramente arbitrarias, sino a obstáculos materiales de la Administración en su implementación (infraestructura, carencia de medios económicos, recursos humanos, etc.).

³³² En el sentido de entender ambas variables de omisiones como similares, JAIRO ENRIQUE SOLANO SIERRA. *Acción de Cumplimiento*. Cit., p. 42.

³³³ Para el caso de las leyes, ha sostenido la Sala de Derecho Público, se requiere que éstas sean autoaplicativas, y en el caso de los actos administrativos, que sea "definido e inobjetable" (sic) ¿consentidos?. Cfr., la sentencia recaída en el Exp. 2306-98, publicada en la sección jurisprudencia del Diario Oficial "El Peruano" del 10 de junio de 1999, p. 3237.

³³⁴ Así, por primera vez, que luego el Tribunal Constitucional ha repetido, en la STC recaída en el Exp. 034-97-AC/TC, publicada en la sección Garantías Constitucionales del Diario Oficial "El Peruano" del 13 de julio de 1997, p. 139.

³³⁵ Cfr., NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS. "Inconstitucionalidad por omisión de los poderes Legislativo y Ejecutivo: Su control judicial". En *Ius et Veritas*. No. 5. Cit., p.45-46.

Frente a tales supuestos, bien puede declararse la ilegalidad de la ausencia de actuación administrativa, pero ello de poco o nada podría servir si es que, al tiempo de expedirse un mandato judicial; los órganos de la Administración se encontrasen imposibilitados materialmente de poderlo hacer. Desde luego, que no se trata tampoco de desestimar el la pretensión en tales casos, pues creemos que en ese supuesto el Juez deberá de realizar una evaluación en torno al grado de complejidad del mandato previsto en la norma o el acto administrativo; juzgar sí, tratándose de actos que requieren nuevos gastos, se ha cumplido con la regla de su instrumentalización *progresiva* (o no); así como, entre otros aspectos, que el incumplimiento haya excedido un plazo razonable ³³⁶.

Modélica es, en ese sentido, la sentencia dictada por la Sala Civil de la Corte Superior de Arequipa³³⁷ en el Exp. 348-94-A, en la que frente al incumplimiento de una norma que ordenaba la homologación de las remuneraciones de los profesores universitarios del sector público con las correspondientes a los magistrados del Poder Judicial, llegó a sostener que "si bien las diferentes leyes de presupuesto y ley marco... han limitado su ejecución en cuanto generen gastos no presupuestados, estableciendo una aplicación progresiva y diferida; debe tenerse muy en cuenta, especialmente, el rango de la norma incumplida (sic) y que ésta ya tiene una vigencia que data del diecinueve de diciembre de mil novecientos ochenta y tres, esto es, más de una década... por lo que corresponde a la autoridad competente efectuar la provisión presupuestal para su ejecución dentro de las normas pertinentes a su propósito" ³³⁸.

Tal previsión es una alternativa que bien vale tener presente, pues con ello se estará propiciando que los órganos de la Administración no se escuden en la ausencia de recursos materiales para cumplir con la ley, sino que tengan que prever diligentemente de los recursos necesarios.

3.5.2. *Omisiones derivadas de mandatos de instrumentalización simple.* Es la inactividad material de actuación administrativa frente a un deber legal o administrativo exigido, que no obstante requerir de simples actos, no son efectuados, por lo que cabe deducir su arbitrariedad. Tales omisiones normalmente lo son de deberes ordinarios impuestos en la actividad que realizan, y para lo cual cuentan con medios técnicos, humanos y materiales asignados.

³³⁶ Desde luego que tampoco cabe excluir cualquier obligación de contenido económico del control, pues cuando aquí se está refiriendo a ellos, nos estamos imaginando aquellas obligaciones que la norma ha previsto como de instrumentalización progresiva, y no de los que forman los gastos corrientes.

³³⁷ Publicada en la sección Jurisprudencia del Diario Oficial "El Peruano" del 29 de marzo de 1997, p. 2922.

³³⁸ Cabe resaltar que un criterio semejante, aunque restrictivo para el caso de las normas con contenido económico, ha sido objeto de evaluación por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Exp. 083-92-AA/TC (El Peruano, del 9 de abril de 1998). donde se aludió por primera vez al tema de la inconstitucionalidad por omisión, y cuyo tratamiento, explícitamente, se dijo que *mutatis mutandi*, era posible de apreciarse al caso de las omisiones ilegales.

3.6. POR LA CONSERVACIÓN O NO DE LA INACTIVIDAD ADMINISTRATIVA ³³⁹

3.6.1. *Inactividad administrativa subsistente.* En tanto que mecanismo destinado a efectuar el control de la inactividad material de la Administración, se exige que las omisiones cuya ilegalidad se pretendan dilucidar en su seno se encuentren vigentes, esto es, que no se haya realizado la actuación administrativa que exigía se realice la ley o el acto administrativo, encontrándose la autoridad o funcionario obligado, en condición de renuencia latente.

Es necesario, además, que el mandato legal o administrativo se encuentre también vigente, y no que haya sido derogado, cesado en su vigencia o, en el caso de los actos administrativos, anulado o declarado nulo. Son omisiones subsistentes en tanto que mantienen en vigencia, por un lado, el incumplimiento de lo exigido y, de otro, la norma o acto de donde se deriva el mandato.

3.6.2. *Inactividad administrativa insubsistente.* Por el contrario, si la obligación de cumplir con lo dispuesto en la ley o en el acto administrativo ha desaparecido, bien sea por haberse realizado la prestación total de lo exigido ³⁴⁰, o bien porque la ley o el acto administrativo que preveía la obligación ha sido derogado o cesado en su vigencia, se estará al frente de una inactividad insubsistente.

La insubsistencia de una obligación debida, o lo que es lo mismo, la desaparición o extinción de la obligación impuesta, supone que el objeto del litigio en el proceso de cumplimiento, irremediablemente tenga que desaparecer, siendo de aplicación el inciso 1° del artículo 6° de la Ley 23506, que prevé como uno de los supuestos de improcedencia de los procesos de Amparo y *Habeas Corpus*, el cese de la lesividad ³⁴¹.

3.7. SEGÚN LA EVIDENCIA DE LA LESIÓN

3.7.1. *Arbitrariedad manifiesta de la inactividad administrativa:* La inactividad material de la Administración, para ser controlada a través del proceso de cumplimiento, debe ser consecuencia de un mandato concreto, claro o evidente, cuyo desconocimiento u omisión aparezca como inequívoco y sin justificación alguna.

³³⁹ Cfr., CARLOS ARELLANO GARCÍA. *El Juicio de Amparo*. Porrúa. México, 1998, pp. 558-559.

³⁴⁰ En el Exp. 096-96-AC/TC (sección garantías constitucionales del Diario Oficial "El Peruano" del 19 de junio de 1997, p. 92), si bien se demandaba el cumplimiento de una resolución judicial [aspecto que, como se sabe, no es susceptible del control a través de la acción de cumplimiento, y que ha motivado que el propio Tribunal, con posterioridad, rectifique su criterio (Exp. 267-98-AC/TC, sección Garantías Constitucionales, del Diario Oficial "El Peruano" de 23 de setiembre de 1998, p. 1191)], se aludió al tema de la insubsistencia de la omisión para desestimarse la pretensión.

³⁴¹ Ligado al "cese" de la inactividad material administrativa, aunque perfectamente diferenciada, se encuentra la hipótesis de la "irreparabilidad" de la que eventualmente se le podría reprochar a la ausencia de actuación administrativa. Sin embargo, es difícil que dicha causal de improcedencia, aplicable al caso del Amparo, se extienda al proceso de cumplimiento, ya que a diferencia de aquél, el objeto de este último no tiene por finalidad retrotraerse a un supuesto estado anterior que se considera como lesivo (que en este proceso es el reino de la inercia o de la mora que precisamente se busca controlar jurisdiccionalmente); sino que se declare la ilegalidad de la omisión y, simultáneamente, se ordene a la autoridad o funcionario que cumpla con lo debido. No puede, por tanto, aducirse una supuesta irreparabilidad del acto lesivo en el proceso de cumplimiento, so pretexto de que este proceso se encuentra sujeto a la ley de desarrollo del Amparo.

Es manifiestamente arbitrario, precisamente porque frente ante una obligación de hacer incondicional y de cumplimiento obligatorio, la autoridad responsable se niega a cumplir deliberadamente con lo dispuesto en la ley o en el acto administrativo. Tal arbitrariedad, sin embargo, no solamente cabe predicar respecto de las omisiones derivadas de un mandato impuesto incondicionalmente, pues puede presentarse también respecto de los mandatos u obligaciones cuya realización se deja librada al cumplimiento de determinados supuestos de hecho o de derecho. En tales casos, constituirá una omisión manifiestamente arbitraria si, cumpliéndose los supuestos de hecho y de derecho que la ley o el acto administrativo prevén, sin embargo, éste no se realiza.

La manifiesta arbitrariedad de la inactividad material de la Administración, en tales casos, aparece como una omisión grotesca, inequívoca y perceptible, que no requiere de mayor probanza que la mera constatación de la omisión del funcionario o autoridad de cumplir con la ley o la autovinculación administrativa derivada de una obligación impuesta ³⁴².

3.7.2 Inactividad administrativa no manifiesta. A diferencia de la anterior, constituirá una inactividad de arbitrariedad *no manifiesta*, cuando la determinación de lo exigido no aparezca en forma indubitable de la ley o el acto administrativo ³⁴³ o bien porque se requiera de un mínimo debate probatorio que lleve al Juez a la convicción de que no se cumple o acata el mandato (caso, por ejemplo, de los mandatos contenidos en la ley o en el acto administrativo, de condiciones complejas, cuya determinación de si fueron satisfechas o no pasa por un debate probatorio más amplio del que puede brindar el proceso de cumplimiento).

Como se sabe, en aplicación analógica de la ley que regula los procesos de Amparo y *Habeas Corpus*, en el proceso de cumplimiento no existe etapa probatoria, por lo que la omisión de lo debido que se reputa a los órganos de la Administración, no debe ser la resultante del cumplimiento de condiciones de hecho cuya dilucidación, por lo que a su adecuación o satisfacción se refiere, exija que se abra una estación probatoria.

3.8. POR EL ORIGEN DEL MANDATO

3.8.1. Inactividad derivada de un mandato previsto en una norma con rango de ley. La fuente donde se encuentra el mandato de actuación impuesto a los órganos de la Administración, a tenor de lo dispuesto por el propio inciso 6° del artículo 200 de la Constitución, en principio es una "norma legal"; Sin embargo, el inciso c) del artículo 5° de la Ley 26301° se refiere a las obligaciones previstas "en la ley".

Cabe, en consecuencia, interrogarse si la renuencia a acatar lo dispuesto en una norma jurídica sólo está referido al ámbito de la "ley ordinaria", esto es, la expedida por el Poder Legislativo o si, por el contrario, se extiende también al conjunto de normas jurídicas que la Constitución ha brindado el "rango de ley".

³⁴² Cfr., En tal sentido, STC recaída en el Exp. 619-97-AC/TC, publicada en el Diario Oficial "El Peruano", sección garantías constitucionales, del 18 de julio de 1998. pp. 943-945.

³⁴³ "No puede, ha dicho el Tribunal Constitucional, solicitarse el cumplimiento de un derecho que no está previamente reconocido... ya que sólo procede esta acción cuando exista un reconocimiento previo y cuyo incumplimiento sea incondicional y obligatorio" (STC recaída en el Exp. 234-97-AC/TC, Diario Oficial "El Peruano", sección Garantías Constitucionales, del 19 de diciembre de 1997, p. 495).

Entendemos que la expresión "normas legales" involucra no sólo a la ley formal, sino también incluye a todas aquellas normas jurídicas que la *Lex Superior* ha dotado de rango o fuerza de ley, como puede ser el caso, a tenor de lo previsto en el inciso 4º del artículo 200º, del Decreto Legislativo, Decretos de Urgencia, Tratados, Normas Regionales de carácter general y Ordenanzas Municipales, así como también respecto de aquellas normas que tienen "valor de ley"³⁴⁴, como puede ser el caso de los Decretos Leyes, que son normas dictadas por el Poder Ejecutivo durante la vigencia de un régimen *de facto*.

Ese ha sido también el criterio esbozado tempranamente por el Tribunal Constitucional. En efecto, en la STC recaída en el Exp. 335-96-AC/TC, el Tribunal llegaría a advertir que "La acción de cumplimiento es un proceso constitucional cuyo objeto es preservar la eficacia de las normas con rango, valor y fuerza de ley"³⁴⁵.

Ahora bien, que a través de la acción de cumplimiento se pretenda posibilitar el ejercicio de derechos establecidos en el ámbito de la ley, y no en otra norma jurídica superior, se desprende que su objeto no es proteger derechos reconocidos a nivel constitucional, pues de presentarse un tipo semejante de omisiones que la vulneren o la amenacen de violarse, es el amparo el llamado a dispensarles tutela, en la medida que dicho proceso procede incluso frente a omisiones³⁴⁶.

De otro lado, no está demás destacarse que la relación entre ley (en sentido formal y material) y Administración no convierte a esta última solamente en *ejecutora* de la ley, sino además, en *conformadora* del mandato legal que en su ámbito debe completar. En consecuencia cuando existe una ley que establece obligaciones de actuar, la Administración no goza de poder de decisión alguno sobre la opción de su ejecución³⁴⁷, desde que se encuentra vinculada por el mandato contenido³⁴⁸. En este último supuesto, cabe inclusive hablar de una doble ilicitud de la ausencia de actuación administrativa: Por un lado, por no ejecutar el mandato legal previsto; y de otro, por no haber completado aquel sector o ámbito dejado por la ley para ser completado³⁴⁹.

³⁴⁴ Cfr., FRANCISCO RUBIO LLORENTE. "Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley (Sobre el problema del concepto de ley en la Constitución)". En AA.VV. *Las Fuentes del Derecho*. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Barcelona. Barcelona, 1983, p. 27 y ss.

³⁴⁵ Cfr., "El Peruano", del 12 de setiembre de 1997, sección Garantías Constitucionales, p. 258.

³⁴⁶ Tal vez sería conveniente establecer en una futura ley de desarrollo constitucional de este proceso, una previsión legal semejante al artículo 9º de la Ley 393 de 1997 que regula la acción de cumplimiento en Colombia, por virtud del cual se prevea que este proceso no "procederá para la protección de derechos que puedan ser garantizados mediante la acción de tutela. En estos eventos, el Juez le dará a la solicitud el trámite correspondiente a la acción de tutela".

³⁴⁷ MARÍA JESÚS MONTERO. "La inactividad administrativa en el proceso de ejecución de las leyes. Control jurisdiccional *versus* fracaso legislativo". Cit., p. 289.

³⁴⁸ Por tanto no solamente no cabe hablar que el proceso de cumplimiento procede frente al caso de normas autoaplicativas [como ha esbozado en reiterada jurisprudencia la Sala de Derecho Público (Exp. 2306-98, sección jurisprudencia del Diario Oficial "El Peruano", del 10 de junio de 1999, p. 3237)], sino inclusive tal opción clasificadora de las normas, resulta manifiestamente inadecuada para comprender el tipo de mandato que se impone a los órganos de la Administración.

³⁴⁹ EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA Y TOMÁS R. FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo*. T. I. Civitas. Madrid, 1989, p. 533.

Tal sujeción de la actividad administrativa al principio de legalidad, en lo que a nosotros nos interesa destacar, se desenvuelve en un doble plano: Por un lado, como se ha dicho ya, fijando potestades, esto es, ámbitos de acción que le permitan el cumplimiento de sus fines; y, en segundo lugar, al tasar sus competencias, estableciendo los límites o fronteras con otras funciones jurídicas que el Estado pueda haber encomendado a órganos distintos. A diferencia de los actos jurídicos fundados en el principio de autonomía de la voluntad, donde rige el principio de que todo lo que no está prohibido está permitido, en el ámbito de la actuación administrativa sucede a la inversa, esto es, que todo lo que no está permitido, está prohibido.

En consecuencia, cada vez que la ley establece un mandato de actuación estableciendo obligaciones de hacer, y los órganos de la Administración lo incumplen, tal conducta administrativa pasiva es ilícita o contraria a la ley³⁵⁰. Por ello, constituyendo la actuación administrativa un encargo legislativo, la inactividad que pudieran presentar las autoridades o funcionarios que lo integran respecto de un mandato positivo de actuar, resulta contrario a la ley.

Por otro lado, no es en absoluto descabellado considerar que mediante el proceso también se puede exigir el cumplimiento de mandatos previstos en normas jurídicas de rango inferior a la ley, como puede ser el caso de un decreto supremo. En tales casos, sin embargo, el fundamento de la pretensión no es mantener en sujeción al principio de legalidad a la Administración, sino el de autovinculación administrativa, tratándose de mandatos originarios de la norma reglamentaria.

3.8.2 Inactividad derivada de un mandato previsto en un acto administrativo. En tanto que la actividad de la Administración se entiende que no solamente es ejecutora de la ley, sino a la vez conformadora de ella, los órganos de la Administración, bien sea desarrollándola o conformándola, pueden expedir actos administrativos por virtud de los cuales se establece a su vez una serie de obligaciones destinados a sus propios órganos. Esta autovinculación administrativa, pues la actuación ordenada es sucedánea de un acto dictado por la propia Administración, impone la exigencia o el deber de desarrollarla. Si el órgano administrativo inferior jerárquicamente no la cumple, su omisión podrá ser caracterizada de mediatamente ilegal (tratándose de omisiones derivadas de un mandato impuesto por un acto administrativo que a su vez reglamenta una ley), o simplemente contrarios al ordenamiento administrativo [caso de omisiones resultantes de mandato expresados en actos administrativos que no se derivan de leyes, sino como ejercicio de un ámbito de actuación que la doctrina llama "zonas de reserva de actuación administrativa" (reserva de Administración)]³⁵¹.

Cabe, asimismo, precisar que para que pueda exigirse el cumplimiento de un mandato contenido en un acto administrativo, es inexorable que éste tenga el carácter de definitivo o haya causado estado³⁵². Un asunto importante por ventilar, cuando el establecimiento de un derecho subjetivo o un interés jurídicamente protegido se realiza a través de un acto administrativo, es la clase de acto

³⁵⁰ JORGE DANÓS ORDÓÑEZ. "El Amparo por omisión y la acción de cumplimiento en la Constitución peruana de 1993". Cit., p. 206.

³⁵¹ MARÍA JESÚS MONTERO. "La inactividad administrativa en el proceso de ejecución de las leyes. Control jurisdiccional versus fracaso legislativo". En Revista de Administración Pública. Cit., pp. 280-290.

³⁵² Cfr., JUAN CARLOS MORON URBINA. *Derecho Procesal Administrativo*. Rodhas. Lima, 1999, pp. 377-378.

administrativo que lo reconoce, y frente al cual cabe válidamente dirigir el proceso de cumplimiento. Con el ánimo de esclarecer el tipo de actos administrativos de donde puede derivarse un mandato de actuación, siguiendo a la doctrina administrativista, vamos a señalar algunos criterios generalmente admitidos.

3.8.2.1. Criterio orgánico del acto administrativo: Un primer criterio de clasificación de los actos administrativos es el denominado orgánico³⁵³, que tiene por finalidad identificar al acto administrativo en razón del órgano que lo emite³⁵⁴. Desde esta perspectiva, serán actos administrativos todos aquellos actos emanen de los órganos del Estado que conforman la Administración Pública. El artículo 1° de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, precisa que la Administración Pública comprende a los ministerios, instituciones y organismos públicos descentralizados, gobiernos regionales, gobiernos locales, los organismos constitucionalmente autónomos y las empresas u otras entidades públicas y privadas que prestan servicios públicos, incluidas las universidades públicas y privadas³⁵⁵.

En ese orden de consideraciones, creemos que los mandatos de actuación cuyo incumplimiento puede originar el proceso de cumplimiento puede derivarse de un acto administrativo expedido por cualquier repartición pública que forme parte de la Administración Pública en los términos del artículo 1° de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos.

3.8.2.2. Criterio funcional del acto administrativo³⁵⁶. A través de este criterio de clasificación, que en la doctrina también se le conoce como material u objetivo, se busca identificar el acto administrativo no en base al órgano que la expide, sino sobre el criterio de que la función administrativa es una tarea inherente al Estado, y que puede ser desempeñada por cualquiera de sus órganos. En esa perspectiva, será acto administrativo no sólo el que es expedido por los órganos que conforman la Administración Pública, sino además, por todos aquellos órganos que realizan o ejercen funciones administrativas (potestades disciplinarias, reglamentarias, etc.), independientemente de que ejerzan ordinariamente otras funciones jurídico estatales (como la jurisdiccional o la legislativa): son actos administrativos "todos aquellos que, en razón de su contenido, y sin importar el órgano, el procedimiento o los caracteres adoptados en su materialización"³⁵⁷, son dictados en ejercicio de funciones administrativas.

³⁵³ Cfr., ALLAN BREWER CARÍAS. *Nuevas tendencias en el contencioso administrativo en Venezuela*. Jurídica Venezolana. Caracas, 1993, p. 22 y ss.

³⁵⁴ Cfr., MANUEL MARÍA DIEZ. "El acto administrativo en la Ley 19.549". En AA.VV. *Acto y procedimiento administrativo*. Plus Ultra. Buenos Aires, 1975, pp. 50-51.

³⁵⁵ No obstante que dicho precepto comprenda a las Universidades Privadas como parte de la Administración Pública, cabe interrogarse si efectivamente lo son. Nos inclinamos a pensar que tal precisión de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos sólo lo es para los efectos de extender su ámbito de aplicación para el caso de las reclamaciones que al interior de dichos centros de enseñanza se pudiera presentar, pero que no hacen mayor incidencia respecto de su naturaleza eminentemente privada.

³⁵⁶ ALLAN BREWER CARÍAS. *Nuevas tendencias en el contencioso administrativo en Venezuela*. Cuadernos de la Cátedra Allan Brewer-Carías de Derecho Administrativo-Universidad Católica Andrés Bello. No. 4. Jurídica Venezolana. Caracas, 1993, p. 37 y ss.

³⁵⁷ Cfr., JAIME SANTOFIMIO. *Acto Administrativo (Procedimiento, eficacia y validez)*. UNAM. México, 1988, p. 32 y ss.

Dentro de este criterio funcional, la doctrina reconoce la calidad de actos administrativos a los dictados por particulares o entidades privadas que la ley les ha concedido el ejercicio de ciertas potestades públicas, desde que estos no constituyen actos realizados en ejercicio de derechos subjetivos, sino actos dotados de imperio y de ejecutoriedad.

En ese sentido, estimamos que la omisión de actuación administrativa que agravie un derecho o interés, también puede provenir de un acto administrativo dictado por algún órgano distinto de los que forman parte de la Administración Pública, como puede ser el caso del Legislativo o el Judicial, pero sólo cuando ejercen funciones administrativas (vgr. potestades disciplinarias con su personal), y a su turno, de personas o entidades privadas que ejerzan, por virtud de la ley, actividades materialmente administrativas.

3.8.2.3. *Según el alcance del acto administrativo en relación a las personas* ³⁵⁸. Los actos administrativos pueden ser generales o individuales. Los primeros, los actos administrativos generales, son los que están dirigidos a una pluralidad de destinatarios, determinados o indeterminados (verbi-gracia los actos dictados en ejercicio de la potestad reglamentaria cuya regulación está dirigida a un número indeterminado de individuos) ³⁵⁹.

En cambio los segundos, los actos administrativos individuales, son los que tienen por destinatario a un sujeto de derecho, y por tanto, de efectos particulares.

No existe duda que la omisión de cumplirse un acto administrativo individual es susceptible de control a través del proceso de cumplimiento, desde que con la falta de actuación administrativa se causa un agravio directo al administrado. Entendemos, asimismo, que en el mismo supuesto se halla la inactividad del dictado de actos administrativos generales de efectos particulares, desde que la ausencia de actividad o la renuencia a cumplir con lo establecido en el acto administrativo dañan una esfera subjetiva del reclamante, y en ese sentido, debería ser objeto de tutela por el proceso de cumplimiento.

El problema sin embargo, parece presentarse en relación la omisión de dictarse actos administrativos de efectos generales, pues existe una marcada orientación jurisprudencial de admitir como viable el proceso de cumplimiento frente a actos administrativos sólo en la medida que exista un interés individual que se haya visto resentido con la inercia de la actuación administrativa; ya que las leyes 23506 y 25398 ³⁶⁰, que son las que se han venido aplicando supletoriamente, contienen estrechos criterios de legitimación procesal, propios del proceso de amparo, pero que difícilmente pueden compadecerse *in toto* con los que debería regir para el caso del proceso de cumplimiento.

³⁵⁸ Cfr., MIGUEL MARIENHOFF. *Tratado de Derecho Administrativo*. T. II. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1981, p. 406 y ss.

³⁵⁹ Cfr., JAIRO ENRIQUE SOLANO SIERRA. *Acción de Cumplimiento*. Librería del Profesional. Santa Fe de Bogota, 1997, p. 41-42.

³⁶⁰ La posibilidad de que las normas *in toto* de las leyes 23506 y 25398, que regulan al Amparo y el *Habeas Corpus*, constituyan normas que deban ser de aplicación supletoria al caso del proceso de cumplimiento, es un asunto que, a nuestro juicio, no sólo no se desprende claramente del artículo 4° de la Ley 26301, sino que inclusive, resulta absolutamente contraproducente que disciplinen este proceso, ya que sus instituciones procesales difieren en muchos aspectos.

De ese modo, por ejemplo, la posibilidad de que un individuo pueda iniciar el proceso de cumplimiento contra un órgano de la Administración con el objeto de que ésta cumpla con dictar un reglamento que la ley exige que se dicte, no sólo podría prosperar si tal ausencia de reglamentación administrativa afecta su esfera subjetiva, sino también si no la afecta ³⁶¹.

En tal supuesto, como lo ha puesto de relieve MARÍA CALVO CHARRO ³⁶², "La pretensión de los administrados constituirá... una pretensión contra la negación de conducta determinada, exigiendo del Tribunal la correspondiente 'decisión de condena'. No se trata de que los jueces suplan la inactividad de los órganos de la Administración y fijen el contenido del acto, sino que los compelan a dictarlo, fijando un plazo razonable para ello.

3.8.2.4. *Por el ámbito jurídico en que los órganos de la Administración desarrollan sus competencias.* El Estado, en tanto que persona jurídica, tiene una serie de relaciones jurídicas, que deben diferenciarse en función del régimen jurídico en el cual se desarrollan. Como bien dice MARIENHOFF, para que "un acto emitido por la Administración Pública constituya un 'acto administrativo', es imprescindible que al hacerlo la Administración Pública actúe en su calidad de tal, ejerciendo su normal capacidad de derecho público" ³⁶³, esto es, cuando ejercita potestades públicas ³⁶⁴.

Por tanto, los actos dictados por la Administración sujetos al régimen del derecho público, deben ser diferenciados de aquellos que expide sujeto al régimen del derecho privado, pues éstos son actos jurídicos de naturaleza privada, y en consecuencia sujetas, en caso de omisiones o incumplimientos, a lo que en materia de inexecución de obligaciones se tiene previsto en el derecho privado. Tales actos administrativos "privados", la doctrina los considera como "actos civiles" de la Administración.

Estos actos administrativos privados no generan obligaciones que deban resolverse en la acción de cumplimiento, pues su objeto es efectuar el control de la inactividad administrativa reglada siempre bajo el ámbito del derecho público y no del derecho privado; para cuyo caso en el ordenamiento se ha previsto de una serie de medios de defensa con que el afectado puede requerir el cumplimiento de las obligaciones (privadas) no satisfechas ³⁶⁵.

³⁶¹ JORGE DANÓS. ("El Amparo por omisión y la Acción de cumplimiento en la Constitución peruana de 1993". Cit., p. 205) no cree que existan mayores problemas sobre la opción de que prospere el proceso de cumplimiento contra la omisión del dictado de reglamentos generales. Sin embargo, admite que es una cuestión controvertible los alcances que pudiera tener una sentencia estimatoria en esa dirección.

³⁶² MARÍA CALVO CHARRO. "Naturaleza Jurídica del ejercicio de la potestad reglamentaria y consecuencias de la pasividad administrativa". En Revista de Administración Pública. No. 137. Madrid, 1995, p. 264.

³⁶³ MIGUEL MARIENHOFF. *Tratado de Derecho Administrativo*. T. II. Cit., p. 406 y ss.

³⁶⁴ *Idem.*, p. 257.

³⁶⁵ Las mismas razones son extendibles al caso de eventuales incumplimientos de la ley o de un acto administrativo por parte de los particulares. El proceso de cumplimiento no puede, pues, tener como sujeto legitimado pasivamente a las personas naturales ni servir para reparar el incumplimiento de obligaciones de derecho privado.

VI

APÉNDICE: ¿REDIMENSIONAMIENTO DE LA ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO? LA CONFIGURACIÓN DEL PROCESO EN EL PROYECTO DE LEY DE REFORMA CONSTITUCIONAL DEL PERÚ 2002 (*)

La aceptación cada vez más creciente de la doctrina peruana de que en la forma cómo se encuentra configurado el proceso de cumplimiento en la Constitución de 1993, no daba pié para calificar a éste como un auténtico "proceso constitucional", ha generado que su tratamiento en los dos últimos proyectos de reforma constitucional se haya replanteado, bien que con posturas diametralmente opuestas.

Así, mientras el primer Anteproyecto de *Ley de Reforma Constitucional*, de abril de 2002, simplemente se suprimió el proceso de marras, en el segundo, denominado "Proyecto de Ley de Reforma Constitucional", de agosto de 2002, no sólo se volvió a insistir con ella, sino, incluso, se le ha revitalizado, al extremo de asemejarse su regulación a la "Alegación de incumplimiento de preceptos constitucionales" del derecho brasileño.

La explicación de este singular tratamiento, desde luego, tiene su explicación. Y es que si se mantiene su objeto en la forma como en la actualidad se encuentra diseñada en la Constitución de 1993, esto es, como destinado a controlar la inactividad material de la administración, la verdad es que la acción de cumplimiento no tendría por qué estar incorporada expresamente en la Constitución. Sería suficiente, en efecto, que ella se creara a nivel legislativo o, de ser el caso, se le comprenda dentro del contencioso administrativo, como, por lo demás, actualmente se encuentra regulado en la Ley correspondiente.

En cambio, si la idea es mantener la figura en la nueva Constitución, una de las consecuencias de ello tendría que reflejarse en su fortalecimiento, a fin de que éste no sea considerado como una *rara avis* entre los demás procesos constitucionales. Fortalecimiento, desde luego, que en este contexto significa dotarle de un objeto constitucional.

No se ha seguido, como se ha dicho, el primero de los caminos. Se ha optado por mantener constitucionalizada la acción de cumplimiento, proponiéndose el replanteamiento de su configuración.

* Trabajo elaborado por EDGAR CARPIO MARCOS.

1. LA ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE REFORMA CONSTITUCIONAL

El artículo 60 del "Proyecto de Ley de Reforma Constitucional" del Perú señala que "La acción cumplimiento procede contra cualquier autoridad o funcionario que omita acatar un acto administrativo, norma legal o *constitucional*, sin perjuicio de las responsabilidades de ley".

En concreto, dos son las modificaciones que cabe advertir de dicho proyecto, en relación con el actualmente vigente inciso 6) del artículo 200 de la Constitución de 1993. En primer lugar, se elimina una condición subjetiva de la acción, que fue objeto de un tratamiento realmente deficiente a nivel de la legislación de desarrollo de dicho proceso. En efecto, el referido inciso 6) del artículo 200 de la Constitución señala que la acción de cumplimiento, "...procede contra cualquier autoridad o funcionario *renuente* a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley".

Se trata de una condición subjetiva de la acción, pues como está configurado el objeto de la acción de cumplimiento, no basta que los órganos de la Administración hayan incurrido en una inactividad material, sino es preciso, además, acreditar la renuencia en esa inactividad. Naturalmente, la única forma en que aquélla puede ser probada, es con el previo requerimiento notarial.

No obstante, en la ley de desarrollo éste fue comprendido como una de las dos vías previas que debían de agotarse. En efecto, el inciso c) del artículo de la Ley No. 26301, *Ley de Habeas Data y acción de cumplimiento*, además del agotamiento de la vía administrativa, señala que constituye "vía previa" en este proceso "...el requerimiento por conducto notarial, a la autoridad pertinente, de cumplimiento de lo que se considera debido, previsto en la ley o en el cumplimiento del correspondiente acto administrativo o hecho de la administración, con una antelación no menor de quince días, sin perjuicio de las responsabilidades de ley".

El artículo 60 del Proyecto de Reforma Constitucional, pues, se propone eliminar un requisito subjetivo que, en la práctica, generó muchas dudas y ambigüedades en su aplicación.

2. LA ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO: ¿ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN?

Sin embargo, la propuesta de reforma más importante es aquella que tiene que ver con el ensanchamiento del objeto de la acción de cumplimiento. Si la propuesta de reforma es aprobada en su integridad, el proceso ya no sólo servirá para controlar la inactividad material de la administración y, por consiguiente, entender que él se encuentra destinado a la protección de los derechos e intereses de orden legal o administrativo, pues ahora, también tendría por objeto la protección de bienes constitucionales. Y es que, como se ha anticipado, el proyecto apunta a que mediante este proceso también se puedan cuestionar hipótesis de incumplimiento de disposiciones constitucionales.

El problema, por tanto, es: ¿Qué debe entenderse por incumplimiento de normas constitucionales? O, en términos del mismo Proyecto de Ley de Reforma Constitucional, ¿Qué debe entenderse por "omitir acatar" una norma constitucional?

Desde luego que la frase *incumplimiento* de normas constitucionales o no *acatarlas* puede dar pie a diversas lecturas. Por un lado, en el sentido de contrarrestar violaciones por acción de la Constitución y, de otro, hacer frente a violaciones por omisión.

Si fuese la primera alternativa, resulta claro que la acción de cumplimiento terminaría por superponerse a los demás procesos constitucionales que el mismo *Proyecto de Ley de Reforma Constitucional* prevé; esto es, a la acción de inconstitucionalidad, al conflicto entre órganos constitucionales, al *habeas corpus*, *habeas data* y al amparo.

Por ello, a fin de que se evite esta superposición con otros procesos constitucionales, sería preciso que, al estilo de la Ley No. 9882 del ordenamiento brasileño, que regula la "alegación de incumplimiento de preceptos constitucionales", se establezca su carácter de proceso sujeto al principio de subsidiaridad³⁶⁶, en el sentido de que sólo se podrán hacer valer pretensiones que no se pueden formular en otros procesos constitucionales.

En cambio, si la omisión de acatar un precepto constitucional se entiende en el sentido de que ella procedería frente a las omisiones inconstitucionales, cualquiera sea su origen, el proceso en ciernes podría devenir en lo que en Brasil y Portugal se denomina "acción de inconstitucionalidad por omisión".

En cualquier caso, parece claro que una lectura en este último sentido debería culminar, en la legislación que la desarrolle, con una precisión de su objeto, los legitimados activamente, etc. Al mismo tiempo que con un serio replanteamiento de la manera cómo se ha venido entendido la acción de cumplimiento en cuanto modalidad del proceso contencioso administrativo.

³⁶⁶ CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO. "Tendencia do Direito Constitucional brasileiro – A ampliação da jurisdição constitucional e da proteção dos direitos do homem e da cidadania. A lei No. 9.882, de 3 de diciembre de 1999". En *Revista Forense*. Vol. 357, septiembre-octubre, 2001, p. 45 y ss.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*. Universidad Externado de Colombia, 1984.
- AA.VV. *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*. CEC. Madrid, 1984.
- ABAD, Samuel. "El proceso constitucional de Amparo en el Perú: Un análisis desde la Teoría General del Proceso". En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. No. 85. México, 1996."
- , "El modelo de jurisdicción constitucional: reformas y retrocesos (estudio preliminar)". En *Ius et Veritas*. Año VII. No. 7. Lima, 1993.
- AGUIAR DE LUQUE, Luis "El Tribunal Constitucional y la Función Legislativa: El control del procedimiento legislativo y de la inconstitucionalidad por omisión". En *Revista de Derecho Político*. No. 24. 1987.
- ALONSO GARCÍA, Enrique. "Los Límites de la Justicia Constitucional: La constitucionalización de los derechos prestacionales del "Welfare state". En Norteamérica" En *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 4. No. 11. Mayo-agosto. 1984.
- ANTAL, Adam. "Le sytème Constitutionnel de la Hongrie". En *Cuestiones Constitucionales*. Revista Mexicana de Derecho Constitucional. No. 5. Julio-diciembre. México, 2001.
- ARAGÓN, Manuel. *Constitución y control del poder*. Ciudad Argentina. Buenos Aires, 1995.
- , "La Sentencia del Tribunal Constitucional sobre leyes relativas al régimen local, anteriores a la Constitución". *Revista Española de Derecho Constitucional*. No. 1. 1981.
- AINIS, Michele. *Dizionario costituzionale*. Editori Laterza. Roma.
- ARELLANO García, Carlos. *El Juicio de Amparo*. Porrúa. México, 1998.
- AYALA CORAO, Carlos M. *La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias*. FUNDAp, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C y Comisión Estatal de Derecho Humanos. Prólogo de Héctor Fix Zamudio. Querétaro, 2003.
- BACIGALUPO, Marcial. *La discrecionalidad administrativa*. Marcial Pons. Madrid, 1997.
- BACHOFF, Otto. *Normas Constitucionais inconstitucionais?*. Librería Almedina. Coimbra, 1994.
- BARNEZ VÁSQUEZ (Coordinador). *La justicia administrativa en el Derecho Comparado*. Civitas. Madrid, 1993.
- BAZÁN, Víctor. "Un sendero que merece ser transitado: el control de la inconstitucionalidad omisiva". En AA.VV. *Desafíos del control de constitucionalidad*. Ciudad Argentina. Buenos Aires, 1996.
- BELADIEZ ROJO, Margarita. *Validez y eficacia de los actos administrativos*. Marcial Pons. Madrid, 1994.
- BIDART CAMPOS, Germán. *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*. Ediar. Buenos Aires, 1995.
- , "Las omisiones constitucionales en la novísima Constitución de la Provincia de Río Negro". (Sobretiro). Buenos Aires, 1991.
- , "Diseño del poder en la Constitución Argentina de 1853-60". En *Ius et Praxis*. No. 7. Universidad de Lima. Lima, 1986.
- , "La Justicia Constitucional y la inconstitucionalidad por omisión". En *El Derecho*. T. 78. Buenos Aires, 1979.
- , *Régimen Legal y Jurisprudencial del Amparo*. Ediar. Buenos Aires, 1968.
- , *Derecho Constitucional*. Ediar. T. I. Buenos Aires, 1961.
- BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. *Derecho Constitucional*. Tecnos. Madrid, 1973.

- BOREA ODRÍA, Alberto. *Vox Pópuli*. Lima, 1988.
- , *El Amparo y el Habeas Corpus en el Perú de Hoy*. Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional. Lima, 1985.
- BRAGE CAMAZANO, Joaquín. *La Acción de Inconstitucionalidad*. UNAM. México, 2000.
- BREWER-CARIAS, Allan. *La Constitución de 1999*. Arte. Caracas, 2000.
- , *Nuevas tendencias en el Contencioso-Administrativo en Venezuela*. Cuadernos de la Cátedra Allan Brewer-Carías de Derecho Administrativo-Universidad Católica Andrés Bello. No. 4. Jurídica Venezolana. Caracas, 1993.
- , *Estado de Derecho y Control Judicial*. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid, 1987.
- BURGOA O., Ignacio. *El Juicio de Amparo*. Porrúa. México, 1997.
- , *Derecho Constitucional Mexicano*. Duodécima edición. Porrúa. México, 1992.
- CALVO CHARRO, María. "Naturaleza Jurídica del ejercicio de la potestad reglamentaria y consecuencias de la pasividad administrativa". En *Revista de Administración Pública*. No. 137. Madrid, 1995.
- CAMARGO, Pedro Pablo. *La Acción de Cumplimiento*. Grupo Editorial Leyer. Bogotá, 1999.
- Comisión de Constitución y Reglamento. *Actas de las Sesiones. Constitución Política 1993*. 2 volúmenes. Publicación oficial. Congreso Constituyente Democrático. Lima, s/f.
- Congreso Constituyente Democrático. *Diario de los debates. Debate Constitucional. Pleno 1993*. 3 tomos. Publicación oficial. Lima, 1998.
- Comisión de Constitución. *Anteproyecto de la Nueva Constitución*, publicada en separata especial por el diario oficial "El Peruano", del 20 de mayo de 1993.
- Comisión de Constitución del Congreso Constituyente Democrático. *Proyecto de Constitución Política del Perú*. Separata especial del diario oficial "El Peruano", del 1 de julio de 1993.
- Congreso Constituyente Democrático. *Constitución de 1993, a ser consultada en referéndum el 31 de octubre de 1993*. Separata especial del diario oficial "El Peruano", del 7 de setiembre de 1993.
- Congreso Constituyente Democrático. *Diario de los debates. Debate Constitucional. Pleno 1993*. T. III. Lima, 1993.
- CARPIO MARCOS, Edgar. "Cuestiones procesales en la Acción de cumplimiento". En *Diálogo con la Jurisprudencia*. No. 24. Lima, 2001.
- , "La Inconstitucionalidad por omisión legislativa: a propósito de la Jurisdicción constitucional" En *El Jurista*. Año 1. No. 1. Lima, 1991.
- CASCAJO CASTRO, José. "La Jurisdicción Constitucional de la Libertad". En *Revista de Estudios Políticos*. No. 199. Madrid, 1975.
- CERRI, Augusto. *Corso di giustizia costituzionale*; 3a. ed. Giuffrè Editore. Milano, 2001.
- CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo "La eficacia de los derechos fundamentales frente a los particulares". En *Lecturas sobre temas constitucionales*. No. 13. CAJ. Lima, 1997.
- COLOMER VIADEL, Antonio. "Las normas de carácter programático y los procedimientos para conseguir su eficacia (Especial referencia a la situación de los países de América Latina)". En *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*. 2a. Época. No. 9/10. 1994.
- CREO BAY, Horacio. "La morosidad administrativa y las técnicas para su control". En AA.VV. *Derecho Administrativo. Obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff*. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1998.
- , *Amparo por mora de la administración pública*. Astrea. Buenos Aires, 1989.
- CORDON MORENO, Faustino. *El proceso de Amparo constitucional*. La Ley. Madrid, 1992.

- CRUZ VILLALÓN Pedro. *La Formación del Sistema Europeo de control de constitucionalidad (1918 - 1939)*. CEC. Madrid, 1987.
- D' AMICO, Marilissa. *Parti e processo nella giustizia costituzionale*. Giappichelli editore. Torino, 1991.
- DA SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 8a. ed. Malhiero. 1992.
- , *Mandado de Injunção e Habeas Data*. Revista dos Tribunais. Sao Paulo, 1989.
- , *Aplicabilidade das normas constitucionais*. Revista dos Tribunais. Sao Paulo, 1982.
- DARANAS, Mariano. *Las constituciones Europeas*. Vol. II. Nacional. Madrid, 1979.
- DANÓS Ordoñez, Jorge. "El silencio administrativo como técnica de garantía del particular frente a la inactividad formal de la Administración". En *Ius et Veritas*. No. 13. Lima, 1996.
- , "El Amparo por omisión y la Acción de cumplimiento en la Constitución Peruana de 1993". En *Lecturas constitucionales andinas*. No. 3. CAJ. Lima, 1994.
- DE OLIVEIRA BARACHO, José Alfredo. *Processo constitucional*. Forense. Río de Janeiro, 1984.
- DE BUEN LOZANO, Néstor y Morgado Valenzuela, Emilio (Coordinadores). *Instituciones de derecho del trabajo y de la Seguridad Social*. UNAM. México, 1997.
- DE OTTO, Ignacio. *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*. Ariel. Barcelona, 1999.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando *Teoría General del Proceso*. T. I. Universidad. Buenos Aires, 1984.
- DIAZ MÜLLER, Luis T. *Derechos Económicos, Sociales y Culturales: aportaciones de México*; En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Nueva Serie. Año XXX. No. 88. UNAM. México, 1997.
- DEZ, Manuel María. "El acto administrativo en la Ley 19.549". En AA.VV. *Acto y procedimiento administrativo*. Plus Ultra. Buenos Aires 1975.
- DIAZ ZEGARRA, Walter. *Procesos constitucionales*. Palestra editores. Lima, 1999.
- DORADO PORRAS, Javier. *El debate sobre el control de constitucionalidad en los Estados Unidos. Una polémica sobre la interpretación constitucional*. Universidad Carlos III. Dykinson. Madrid, 1997.
- DONAYRE PASQUEL, Patricia. *Los Decretos Legislativos en el Perú. Sobre su control y su aplicación en el Perú y en la legislación comparada*. Fondo Ed. del Congreso del Perú. Lima, 2001.
- EGUIGUREN PRAELI, Francisco. «Las Elecciones Presidenciales en la Constitución de 1979. Alcances y controversias en el sistema electoral vigente». En *Lecturas sobre Temas Constitucionales*. CAJ. Lima No. 4. Lima, 1990.
- ENDEMAÑO ARÓSTEGUI, José "Los actos administrativos presuntos". En *Revista Vasca de Administración Pública*. No. 43. País Vasco, 1995.
- ERMACORA, Félix. "El Tribunal Constitucional Austríaco". En *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*. CEC. Madrid, 1984.
- ETO CRUZ, Gerardo. *Estudios de Derecho Constitucional*; Nuevo Norte. Trujillo, 2002.
- , "La inconstitucionalidad por omisión". En *Doctrina Constitucional*. INDEJUC. Trujillo, 1992.
- , *Breve introducción al Derecho Procesal Constitucional*. Derecho y Sociedad. Trujillo, 1992.
- , *Los principios constitucionales y las leyes de desarrollo constitucional en el Perú*. INDEJUC. Libertad. Trujillo, 1991.
- , *Derecho de Familia en la Constitución y el nuevo Código Civil*. Marsol Perú Editores. Trujillo, 1989.
- ESTEBAN DRAKE, Antonio. *El Derecho Público Subjetivo como instrumentación técnica de las libertades públicas y el problema de la legitimación procesal*. Civitas. Madrid, 1981.
- FAIREN GUILLÉN, Víctor. *Problemas actuales del Derecho Procesal. La defensa, la unificación, la complejidad*. UNAM. México, 1992.

- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio. *La Justicia Constitucional europea ante el siglo XXI*. Tecnos Madrid, 2002.
- , *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho Comparado. El caso español*. Civitas. Madrid, 1998.
- , "La tipología de las sentencias del órgano de justicia constitucional". En *Revista Jurídica*. Órgano oficial del Colegio de Abogados de La Libertad; No. 134, enero 1996 – julio 1998. Trujillo.
- , "La inconstitucionalidad por omisión en Brasil". En *Revista Vasca de Administración Pública*. No. 42, mayo-agosto de 1995.
- , "A inconstitucionalidade por omisión no Brasil". En *Direito*. Vol. IV. No. 1. Santiago de Compostela, 1995.
- FERNÁNDEZ-MALDONADO C. Guillermo, MELO-VEGA C., Jorge. "La propuesta de reforma Constitucional". En *La Constitución diez años después*. Lima, 1989.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. "Los nuevos desafíos para la protección jurisdiccional de los derechos". En *La Justicia Constitucional a finales del siglo XX*. Revista del Instituto de Ciencias Políticas y Derecho Constitucional. Año VII. No. 6. Huancayo, 1998.
- , *La dogmática de los derechos humanos*. Ediciones Jurídicas. Lima, 1994.
- , *El Sistema Constitucional Español*. Dykinson. Madrid, 1992.
- , "El modelo francés de control político de la constitucionalidad de las leyes. Su evolución". En AA.VV. *Sobre la Jurisdicción Constitucional*. PUC. Lima, 1990.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. *Los tribunales Constitucionales en Iberoamérica*. Colección Fundap. México, 2002.
- FERREIRA MÊNDEZ, Gilmar. *Controle de Constitucionalidad*. Saraiva. Sao Paulo. Brasil, 1990.
- FERREIRA MENDES, Gilmar. *Jurisdição Constitucional*. Saraiva. Sao Paulo, 1998.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. *Los tribunales constitucionales en Iberoamérica*. Colección FUNDAp Derecho, Administración y Política. Colección FUNDAp Derecho, Administración y Política. FUNDAp y Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C. Prólogo de Héctor Fix Zamudio. Querétaro, 2002.
- , y Rodolfo VEGA HERNÁNDEZ (Coordinadores). *La justicia constitucional local*. Colección Constitucionalismo y Derecho Público, estudios. FUNDAp y Gobierno del Estado de Coahuila. Prólogo de Enrique Martínez Martínez. Querétaro, 2003.
- FIORAVANTI, MAURICIO. *Constitución de la antigüedad a nuestros días* (Traduc.) de Manuel Martínez Neira. Trotta. Madrid, 2001.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Introducción al derecho procesal constitucional*. Colección FUNDAp Derecho, Administración y Política. FUNDAp y Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C. Querétaro, 2002.
- , "Los derechos humanos y su protección jurídica y procesal en Latinoamérica". En VALADÉS Diego y GUTIÉRREZ Rodrigo (Coordinadores). *Derechos Humanos (Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional)*. Tomo 3. UNAM. México, 2001.
- , "Reflexiones sobre la naturaleza del Amparo". En su libro *Ensayos sobre el Derecho de Amparo*. Porrúa. México, 1999.
- , *Introducción al estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*. 2a. ed. UNAM. México, 1998.
- , *Introducción a la justicia administrativa en el ordenamiento mexicano*. El Colegio Nacional. México, 1983.
- , *La protección jurídica y procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*. UNAM-Civitas. Madrid, 1982.
- , y VALENCIA CARMONA, Salvador. *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*. 2a. ed. Porrúa. México, 2001.

- FLORES JUBERIAS, Carlos y TORRES PEREZ, Mercedes. "Los Tribunales Constitucionales y su papel en la protección de los derechos fundamentales en las nuevas democracias de la Europa Central y Oriental". En *Cuestiones Constitucionales*. Revista Mexicana de Derecho Constitucional. No. 5. Julio-Diciembre, 2001.
- GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional*. Colección Constitucionalismo y Derecho Público, estudios. Prólogo: José F. Palomino Manchego. FUNDAp. Querétaro, 2004.
- , "Garantías constitucionales en la Constitución peruana de 1993". En AA.VV. *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios*. Vol. I. *Lecturas sobre temas constitucionales*. No. 10. CAJ. Lima, 1994.
- , "Procesos Constitucionales en la Constitución brasileña de 1988". En *Lecturas sobre temas constitucionales*. CAJ. Lima, 1990.
- , "Sobre la Jurisdicción Constitucional". En AA.VV. *Sobre la Jurisdicción Constitucional*. PUC. Lima, 1990.
- , *Teoría y Práctica de la Constitución Peruana*. Vol. 1. Lima, 1989.
- , *Una Democracia en transición; Las elecciones peruanas de 1985*. Okura. Lima, 1986.
- GARCÍA ALONSO, Enrique. "Los límites de la justicia constitucional: la constitucionalización de los derechos prestacionales del "Welfare State en Norteamérica" En *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 4. N° 11. Mayo-agosto, 1984.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Justicia administrativa en el cambio de siglo*. Colección FUNDAp Derecho, Administración y Política. FUNDAp y Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C. Prólogo de Alfonso Nava Negrete. Querétaro, 2003.
- , *Justicia y Seguridad Jurídica en un mundo de leyes desbocadas*. Cuadernos Cívitas. Madrid, 2000.
- , *Democracia, jueces y control de la Administración*. Civitas. Madrid 1996.
- , "¿Es conveniente o inútil la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad como principio constitucional?". En *Revista de Administración Pública*. No. 124. Ene-Abril. Madrid, 1991.
- , *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Civitas. Madrid, 1991.
- , *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*. Civitas. Madrid, 1979.
- , y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. T. I. Civitas. Madrid, 1989.
- GARCÍA MARTÍNEZ, Asunción. *El Recurso de Inconstitucionalidad*. Trivium. Madrid, 1992.
- GARCÍA PELAYO, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado*. Ariel. Madrid, 1995.
- , *Las transformaciones del Estado Contemporáneo*. Alianza. Madrid, 1993.
- GARCÍA PÉREZ, Martha *El objeto del proceso contencioso*. Aranzadi. Madrid, 1999.
- GARCÍA TOMA, Víctor. *Constitución y Defensa Judicial*. Concytec. Lima, 1990.
- GONZALEZ RIVA, Juan José. *Análisis de los Sistemas de Jurisdicción Constitucional*. CEPC. Madrid, 2001.
- GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel "La protección de los derechos humanos en la nueva Constitución de Colombia". En *Revista de Derecho Político*. No. 35. Madrid, 1992.
- GÓMEZ PUENTE, Marcos. *La inactividad de la Administración*. Aranzadi. Navarra, 1997.
- , *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control*. McGraw-Hill. Madrid, 1997.
- GÓMES CANOTILHO, José Joaquim. "Procedimiento e processo no Direito Constitucional". En su libro *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Livraria Almedina. Coimbra, 1999.
- , "Revisar o romper con la Constitución dirigente". En *Revista Española de Derecho Constitucional*. No. 43. 1995.
- , "Tomemos a Sério o Silêncio dos Poderes Públicos. O direito á Emanacao de Normas Jurídicas

- cas e a Proteccao contra as Omissoes Normativas". En DE FIGUEREIDO TEIXEIRA, Sálvio (coord.) *As Garantias do Cidadao na Justica*. Saraiva. Sao Paulo, 1993.
- , *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra Editora Limitada. Coimbra, 1982.
- , *Constituição dirigente e vinculacao do legislador*. Coimbra. Elivraria Almedina. Coimbra, 1982.
- , *O problema da responsabilidad do Estado por actos ilícitos*. Livraria Almedina. Coimbra, 1974.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *El administrado*. Colección FUNDAp Derecho, Administración y Política. FUNDAp, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., y Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Querétaro. Prólogo de Alfonso Nava Negrete. Querétaro, 2003.
- , "El control jurisdiccional de la inactividad de la Administración en el proyecto de ley de la jurisdicción contenciosa-administrativa de 1997". En *Revista Española de Derecho Administrativo*. No. 97. 1998.
- , *Manual de Derecho Procesal Administrativo*. Civitas. Madrid, 1992.
- GROS ESPIELL, Héctor. *Estudios sobre Derechos Humanos*. Vol. II. Civitas. Madrid, 1988.
- GUASTINI, Ricardo. "En torno a las normas sobre la producción jurídica". En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. No. 89. Mayo-agosto, UNAM. México, 1997.
- GUDIÑO PELAYO, José de Jesús. *La improcedencia y el sobreseimiento en la controversia constitucional*. Colección FUNDAp Derecho, Administración y Política. FUNDAp y Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C. Querétaro, 2002.
- GUI MORI, Tomás. *Jurisprudencia constitucional (1981-1993)*. Civitas. Madrid, 1997.
- GUILLÉN PÉREZ, María Eugenia. *El silencio administrativo. El control judicial de la inactividad administrativa*. Colex. Madrid, 1996.
- HÄBERLE, Peter. *Libertad, igualdad, fraternidad. 1979 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*. Prólogo de Antonio López Pina. Trotta. Madrid, 1998.
- HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, María del Pilar. "Reflexiones sobre la Teoría de la Constitución y del Derecho Constitucional". En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Nueva Epoca. Año XXV. No. 73. UNAM. 1992.
- HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. "Los derechos prestacionales". En AA.VV. *Derechos Humanos y Constitución en Iberoamérica (Libro-Homenaje a Germán Bidart Campos)*. IIDC (Sección Peruana). Jurídica Grijley. Lima, 2002.
- , "La Justicia constitucional en Costa Rica". En *Anuario Iberoamericano de justicia constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1997.
- , "La tipología de las sentencias constitucionales con efectos fiscales". En *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 14. No. 41. Mayo-agosto.
- HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. CEC. 1992.
- HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal*. Sesator. Lima, 1987.
- JELLINEK, George. *Teoría general del Estado*. Prólogo y traducción de Fernando de los Ríos. F.C.E. México, 2000.
- JIMÉNEZ CAMPO, Javier. *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*. Trotta. Madrid, 1999.
- KELSEN, HANS. *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*. Estudio preliminar de Guillermo Gasió. Trad. y notas de Roberto J. Brie. Supervisión técnica de Eugenio Bulygin. Tecnos. Madrid, 1995.
- , *Teoría General del Derecho y del Estado*. (Trad. de Eduardo García Máynez). UNAM. México, 1995.
- , *Problemas capitales de la Teoría Jurídica del Estado (Desarrollados con base en la doctrina*

- de la proposición jurídica). Porrúa. México, 1987.
- , "La Garantía Jurisdiccional de la Constitución (La Justicia Constitucional)". En *Anuario del Instituto de Investigación Jurídica*. No. 1. UNAM, 1974.
- , *Teoría Pura del Derecho*. Eudeba. Buenos Aires, 1967.
- KORZENIAK, José. "Clasificación de normas constitucionales". En: *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Vol. III (Apéndice); Buenos Aires.
- LANDA ARROYO, César. "Justicia Constitucional y political questions". En *Pensamiento Constitucional*. año VII; N° 7. Fondo Editorial de la PUC. Lima, 2000.
- , "Régimen Jurídico del Gobierno Regional". En *Lecturas sobre Temas Constitucionales*. No. 4. CAJ. Lima, 1990.
- LASSALLE, Ferdinand. *¿Qué es una Constitución?* Estudio preliminar de Eliseo Aja. Ariel. Barcelona, 1984.
- LEGAS LACAMBRA, Luis, Notas para una teoría de la obligación política. En *Revista de Estudios Políticos*. No. 85. Madrid, 1956.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. de Alfredo Gallego. Ariel. Barcelona, 1964.
- LINARES QUINTANA, Segundo V. *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*. Vol II. Plus Ultra. Buenos Aires, 1981.
- LINARES, Juan Francisco. *Poder discrecional administrativo (arbitrio administrativo)*. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1958.
- LUCAS VERDU, Pablo. *Curso de Derecho Político*. Vol. II. Tecnos. Madrid, 1977.
- , "Estado de Derecho y Justicia Constitucional. Aspectos históricos, ideológicos y normativo-institucionales de su interrelación". En *Revista de Estudios Políticos*. (Nueva Epoca). No. 33, mayo-junio. 1983.
- LUIZ STRECK, Lenio. "Medios de acceso del ciudadano a la jurisdicción constitucional: las paradojas de la ineffectividad del sistema jurídico brasileño". En AA.VV. *La protección constitucional del ciudadano*. Buenos Aires, 1999.
- MARIENHOFF, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo*. T. II. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1981.
- MARTÍNEZ, Patricia Raquel "El silencio administrativo y debido proceso". En *Revista de Derecho Administrativo*. No. 15-17. Buenos Aires, 1994.
- MENEZES DIREITO, Carlos Alberto. "Tendencia do Direito Constitucional brasileiro-A ampliaçao da jurisdicaçao constitucional e da protecao dos direitos do homen e da cidadao. A lei No. 9. 882, de 3 de dezembro de 1999". En *Revista Forense*. Vol. 357. Set-oct, 2001.
- MESÍA, Carlos "La primera Acción de cumplimiento y la inconstitucionalidad por omisión". En *Diálogo con la Jurisprudencia*. Año II. No. 2. Lima, 1995.
- MIERES MIERES, Luis Javier. *El incidente de constitucionalidad en los procesos constitucionales*. Civitas. Madrid, 1998.
- MIRKINE-GUETZEVITCH, Boris. *Modernas tendencias del Derecho Constitucional* (Trad. del francés por Sabino Alvarez-Gendin). Reus. Madrid, 1934.
- MIRANDA, JORGE. "Informática e inconstitucionalidade por omissao". *O Direito*, III. 1989.
- , "Manual de Direito Constitucional". Tomo II. Oficinas Gráficas Da Coimbra Editora Limitada. Portugal, 1988.
- , "Inconstitucionalidade por omissao". En *Estudos sobre a Constituição*. Vol. I. Librería Petrony. Lisboa, 1977.
- , "Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade". En *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Lisboa, 1968.
- MORTATI, Costantino. "Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti

- omissivi del legislatore". En *Problemi di Diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana. Raccolta di scritti*. Vol. III. Giuffrè. Milán, 1972.
- MORINEAU, Marta. *Una introducción al Common Law*. UNAM. México, 1998.
- MONTENEGRO BACA, José. "Normas inconstitucionales contenidas en el D.L. 22126". En *Revista de Derecho y Ciencias Política Universidad Nacional de Trujillo*. No. 1. 1982.
- MORÓN URBINA, JUAN CARLOS. *Derecho Procesal Administrativo*. Rodhas. Lima, 1999.
- , "La omisión legislativa como un caso de inconstitucionalidad" En *Revista Jurídica del Perú*; Año XXXIX. No. III-IV; Julio-diciembre. Lima, 1988.
- MONTORO CHINER, María Jesús. "La inactividad administrativa en el proceso de ejecución de las leyes. Control jurisdiccional versus fracaso legislativo". En *Revista de Administración Pública*. No. 110. Madrid, 1986.
- NEVES MUJICA, Javier. «La Seguridad Social en la Constitución» En *La Constitución Peruana de 1979 y sus problemas de Aplicación legal*. Editorial Cuzco. Lima, 1987.
- NIETO, Alejandro. "La inactividad de la Administración y el recurso contencioso administrativo". En *Revista de Administración Pública*. No. 37. Enero-abril. Madrid, 1962.
- NUNES DE ALMEIDA, Luis "El Tribunal Constitucional y el contenido, vinculatoriedad y efectos de sus decisiones". En *Revista de Estudios Políticos*. No. 60-61. abril-septiembre. 1988.
- OCHOA CARDICH, César. "El silencio administrativo y su evolución legislativa". En *Advocatus*. Año II. No. 2. Lima, 2000.
- , "El régimen jurídico del silencio administrativo". En *El Jurista*. No. 7-8. Lima, 1992.
- ORTECHO VILLENA, Víctor Julio. *Jurisdicción y procesos constitucionales*. Rhodas. Trujillo, 1997.
- , *Derechos y Garantías Constitucionales*. Marsol. Trujillo, 1985.
- Othon Sidou, J.M. "Las nuevas figuras del Derecho Procesal Constitucional brasileño: Mandado de Injunção y Habeas Data". traducción de Héctor FIX ZAMUDIO. En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Nueva Serie. Año XXIV. No. 70. México, 1991.
- , *As garantias ativas dos direitos coletivos. Habeas Corpus, Ação Popular, Mandado de Segurança*, Forense. Rio de Janeiro, 1977.
- , *Do Mandado de Segurança*. Livraria Freitas. Sao Paulo, 1959.
- PAREJA PAZ SOLDAN, José. *Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979*. Justo Valenzuela. Lima, 1984.
- PARK, John James. *Los dogmas de la Constitución*. Edic. y prólogo de Joaquín Varela Suanzes. Istmo. Madrid, 1999.
- PELLEGRINI GRINOVER, Ada. "Os instrumentos brasileiros de defesa das liberdades". En AA.VV. *Garantías jurisdiccionales para la defensa de los derechos humanos en Iberoamérica*. UNAM. México, 1992.
- , "Gli strumenti di difesa della libertà nella nuova costituzione brasiliana". En *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. 1988.
- PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos. En *Defensa de la Constitución*. Colección Jurídica. U. de Piura. Piura, 1997.
- PÉREZ ROYO, Javier. "Inconstitucionalidad por omisión" En *Temas Básicos de Derecho Constitucional*. (Manuel Aragón Reyes, Coordinador). T. I. Civitas. Madrid, 2001.
- PEÑA FREIRE, Antonio. "La garantía en el Estado Constitucional de Derecho". Trotta. Madrid, 1997.
- PECES-BARBA, Gregorio. *Derechos sociales y positivismo jurídico (Escritos de filosofía jurídica y política)*. Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas". Universidad Carlos III de Madrid. Dykinson. Madrid, 1994.
- PISARELLO, Gerardo. "Los derechos sociales en el constitucionalismo democrático". En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. No. 92. México, 1998.

- PINA, Rolando E. *Cláusulas constitucionales y programáticas*. Astrea Buenos Aires, 1973.
- POWER MANCHECO-MUÑOZ, Jorge. *Constitución y Democracia*. Lima, 1989.
- PINTO FERREIRA, Luiz. *Curso de Direito Constitucional*. Saraiva. Sao Paulo, 1999.
- , "La concepción de los derechos individuales y las ilusiones constitucionales". En *Ius et Praxis*. No. 17. Lima, 1991.
- QUIROGA LAVIE, Humberto. *Derecho Constitucional Latinoamericano*. UNAM. México, 1991.
- , "Sobre la interpretación constitucional". En *Revista del Colegio de Abogados de la Plata*. No. 31. Julio-diciembre, 1973.
- QUISEP CORREA, Alfredo. "El Proyecto-Nacional, la Defensa Nacional y la Constitución". En *Defensa Nacional*. CAEM. Año 2 No. 2. 1982.
- RABASA, Oscar "Diferencias entre el Juicio de Amparo y los recursos constitucionales norteamericanos". En *Revista Mexicana de Derecho Público*. Vol. 1. No. 4. México, 1947.
- RABASA, Oscar. *El Derecho Angloamericano. Estudio expositivo y comparado del Common Law*. Porrúa. México, 1982.
- RAMOS TAVARES, Andre y Rothenburg, Walter (Coordinadores). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Ley n. 9.882/99*. Atlas. Sao Paulo, 2001.
- REY CANTOR, Ernesto "La acción de cumplimiento en la Constitución colombiana". En AA.VV. *Modernas tendencias del Derecho en América Latina*. Grigley. Lima, 1997.
- , "La acción de cumplimiento en la Constitución colombiana de 1991". En *Derecho y Sociedad*. No. 11. Lima, 1996.
- , y RODRÍGUEZ, María Carolina. RODRÍGUEZ RUIZ, Carolina. "La protección procesal de los derechos humanos de tercera generación en Colombia". En AA.VV. *Estudios de Teoría del Estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*. T. III. Universidad Complutense-UNAM. Madrid, 2000.
- , *Acción de Cumplimiento y Derechos Humanos*. Temis. Santa Fe de Bogotá, 1997.
- , y RODRÍGUEZ, María C. "La Acción de Cumplimiento en el Perú". En *Revista Jurídica del Perú*. Año XLVIII. No. 16. Trujillo, 1998.
- RODRÍGUEZ BRIGNARDELLO, Hugo. *Los derechos laborales en la dimensión de los derechos humanos*. CEAL. Lima, 1989.
- ROJAS CHÁVEZ, Magda Inés. "Control de constitucionalidad por omisión". En *Revista de Derecho Constitucional*. San José de Costa Rica. No. 2. Mayo-agosto, 1991.
- RUBIO CORREA, Marcial. "Ministerio de Defensa Antecedentes y Retos". APEP. Lima, 1987.
- , *Constitución: Fuentes e Interpretación*. Mesa Redonda. Lima, 1988.
- , y BERNALES BALLESTEROS, Enrique Perú. *Constitución y Sociedad Política*. Mesa Redonda. Lima, 1985.
- RUIZ ELDREDGE, Alberto. *La Constitución comentada*. Lima, 1980.
- SÁNCHEZ MORON, Miguel. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Tecnos. Madrid, 1994.
- SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitución*. Prólogo de Pedro de Vega. Tecnos. Madrid, 1983.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Derecho Procesal Constitucional*. T. 3. Astrea. Buenos Aires, 1995.
- , "Inconstitucionalidad por omisión de los poderes Legislativo y Ejecutivo: Su control judicial". En *Ius et Veritas*. No. 5. Lima, 1992.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso "Sobre el origen y evolución de la reclamación administrativa". En *Revista de Administración Pública*. No. 77. Madrid, 1975.
- SANTOFIMIO, Jaime. *Acto Administrativo (Procedimiento, eficacia y validez)*. UNAM. México, 1988.
- SCHAPIRO, Robert A. "El mandamiento judicial legislativo: una garantía frente a la inactividad inconstitucional del legislador". En *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra de Fadrique*

- Furió Ceriol*. No. 20-21. 1997.
- SOLOZABAL ECHEVARRÍA, Juan José. "Inconstitucionalidad sobrevenida". En *Temas Básicos del Derecho Constitucional*. T.I. (Manuel Aragón, Coordinador) Cívitas. Madrid, 2001.
- SOLON SEHN. "O mandado de injeção e controle das omissões legislativas". En *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Vol. 9. No. 9. No. 36. 2001.
- SOLANO SIERRA, Jairo Enrique. *Acción de Cumplimiento (Teoría y práctica)*. Ediciones del Profesional. Santa Fe de Bogotá, 1997.
- TOMAS Y VALIENTE, Francisco. "Notas sobre las recomendaciones del Tribunal Constitucional al legislador". En: *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*. CEC. Madrid, 1993.
- VALADEZ, Diego. "La no aplicación de las normas y el Estado de Derecho". En: *Problemas constitucionales del Estado de Derecho*. UNAM. México, 2002.
- , *El control del poder*. México. UNAM, 1998.
- VANOSI, Jorge Reinaldo. *Estudios de Teoría Constitucional*; UNAM. México, 2002.
- VEGA HERNÁNDEZ, Rodolfo. *Derechos humanos y Constitución. Alternativas para su protección en México*. Colección Constitucionalismo y Derecho Público, estudios. Prólogo de Germán Bidart Campos. FUNDAp. Querétaro, 2003.
- WADE, E.C.S. y BRADLEY, A.A.W. *Constitutional and Administrative Law*. Longman group. London, 1993.
- WHEARE, K. C. "El ocaso del legislativo". En *El Gobierno: Estudios Comparados*. Alianza (Trad. Española de Rodrigo Raza. Revisión técnica de Graciela Colombo). Madrid, 1981.
- WHEARE, K.C. *Las constituciones modernas*. Labor S.A. Barcelona, 1975.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *¿Derecho procesal constitucional? y otros ensayos sobre justicia constitucional*. Colección FUNDAp Derecho, Administración y Política. FUNDAp, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C. Prólogo de Domingo García Belaunde. Querétaro, 2004.
- , *El derecho dúctil*. Trotta. Madrid, 1995.
- , "Processo costituzionale". En *Enciclopedia del diritto*. Giuffrè editore. Vol. XXXVI. Milano, 1987

DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL AL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

AUTOR: Domingo García Belaunde
Doctor en Derecho y Profesor Ordinario de la Universidad de Lima (1984-2000)
y de la Pontificia Universidad Católica del Perú (desde 1968).

Autor de libros en derecho constitucional

PRÓLOGO: José F. Palomino Manchego

COLECCIÓN: Constitucionalismo y Derecho Público. Estudios

AÑO: 2004

PÁGINAS: 142

ISBN: 968-5435-36-7

DOMINGO GARCÍA BELAUNDE, miembro fundador del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional y actual Presidente de su Sección Peruana, deja en claro su tesis: la existencia sin ambages de la nueva parcela del derecho público denominada *Derecho Procesal Constitucional*, como rama del derecho procesal general o, si se prefiere, de la teoría general del proceso, adquiriendo cierto grado de autonomía como el derecho procesal civil o penal la han alcanzado respecto del derecho sustantivo civil o penal.

Si bien DOMINGO GARCÍA BELAUNDE sigue las ideas que hace casi medio siglo iniciara HÉCTOR FIX-ZAMUDIO, lo cierto es que sus aportaciones mueven a la reflexión, a tal extremo que algunas se contraponen al pensamiento preclaro desarrollado durante décadas por el investigador emérito del INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS de la UNAM, que a su vez encuentran fundamento en la construcción doctrinal de ilustres procesalistas como MAURO CAPPELLETTI y EDUARDO J. COUTURE.

El autor deja ver el diálogo de sordos entre procesalistas y constitucionalistas, la preferencia en denominar a la materia "justicia constitucional" en el continente europeo, o el relativo al contenido de la disciplina, que a nuestro modo de ver representa uno de los grandes retos que debe superarse para su construcción teórica: ¿debe incluir exclusivamente el estudio de los procesos constitucionales en estricto sentido, o debe comprender también a aquellos procedimientos previstos a nivel constitucional y que tienen la misma o similar finalidad?.

El lector tiene en sus manos una obra clásica de la literatura contemporánea del derecho procesal constitucional, por la profundidad de los conceptos, la originalidad de las ideas y por el replanteo de los problemas. Como bien lo señala JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO en el prólogo de esta edición mexicana, DOMINGO GARCÍA BELAUNDE ha labrado e interpretado con limpidez a la nueva rama jurídica, fruto de muchos años de lecturas.

Ha pasado más de un cuarto de siglo desde el ENCUENTRO DE SOCHAGOTA, Colombia (noviembre de 1977), donde se reunieron por vez primera constitucionalistas latinoamericanos para estudiar la problemática de lo que aún se denominaba "justicia constitucional", como bien nos relata nuestro autor. Hoy podemos afirmar, junto con la figura emblemática del maestro y amigo, oteando el horizonte, que los avances logrados para dotar de autonomía científica al *derecho procesal constitucional* parecen indetenibles, y que cada día ganará más espacio en los currículos universitarios latinoamericanos, con la misma prestancia que tienen los demás cursos clásicos.

¿DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL? y otros ensayos de justicia constitucional

AUTOR: Gustavo Zagrebelsky
Profesor titular de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Turín,
Presidente de la Corte Constitucional italiana.
PRÓLOGO: Domingo García Belaunde
COLABORA: Instituto de Administración Pública del Estado de Querétaro, A.C.
COLECCION: FUNDAp de Derecho, Administración y Política
AÑO: 2004
PÁGINAS: 188
ISBN: 968-5435-29-4

El libro *¿Derecho procesal constitucional?, y otros ensayos de justicia constitucional* incluye algunos ensayos de GUSTAVO ZAGREBELSKY, con el título del primero, se da cuenta del problema todavía vigente, de si es dable o no un "derecho procesal constitucional". Se acompañan otros ensayos sobre razonabilidad —tan en boga—; igualdad y justicia y costos de las sentencias constitucionales.

Sin lugar a dudas, estos trabajos serán de mucha utilidad para los juristas latinoamericanos, pues todos ellos resumen conocimiento, buen gusto por las formas y profundidad en el análisis. En otras palabras, de su lectura sólo se sacará provecho, pues se trata de un autor de gran experiencia y con gran creatividad en el derecho en general, y en el derecho constitucional en especial.

A diferencia de otros autores, más prolíficos, la obra de ZAGREBELSKY está formada por pocos títulos, pero todos ellos son de gran concisión y de una fuerza contundente en el análisis.

Por eso creo que ha sido todo un acierto que se ofrezcan al público mexicano y latinoamericano este pequeño gran libro, que seguramente servirá para estrechar aún más nuestros vínculos con la gran comunidad constitucional italiana, de la que ZAGREBELSKY es representante eximio.

Publicaciones recientes FUNDAp

COLECCIÓN CONSTITUCIONALISMO Y DERECHO PÚBLICO. Estudios

Derecho administrativo estructural. Un estudio jurídico de la administración pública federal y la local

Andrés Garrido del Toral

Justicia constitucional local

Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Rodolfo Vega Hernández (Coords.)

Derechos humanos y Constitución. Alternativas para su protección en México

Rodolfo Vega Hernández

El sistema federal mexicano. Antecedentes, evolución y perspectivas

Xavier Díez de Urduvía Fernández

Propuestas federalistas para la Convención Nacional Hacendaria 2004

Jacinto Faya Viesca y Ángel Camino Martínez

De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional

Domingo García Belaunde

El Control de las omisiones inconstitucionales e ilegales en el Derecho Comparado

(Reflexiones a propósito del caso peruano)

Edgar Carpio Marcos y Gerardo Eto Cruz

La justicia constitucional y procesal local

Rodolfo Vega Hernández, Marco Antonio León Hernández,

José Octavio Vado Grajales, Cesar García Ramírez

COLECCIÓN FUNDAp DE DERECHO PRIVADO

La contratación privada atípica en el derecho mexicano

Agustín Alcocer Alcocer

PUBLICACIONES INDEPENDIENTES

Manual de deontología jurídica

Humberto Mauro Marsich

El Derecho Canónico, un enfoque del derecho comparado

José Carlos Rojano Esquivel

REVISTAS

Revista Mexicana de la Calidad. Núm. 1, julio-diciembre 2001. *Calidad en la educación*

Vicente Oria Razo y Laura Elena Yzaguirre Peralta (Coords.)

Revista Mexicana de la Calidad. Núm. 2, enero-junio 2002. *Sistemas de Calidad en la Administración Pública*

Guillermo Haro Belchitz e Ismael Gómez Gordillo (Coords.)

Revista de Estudios de Derecho Público. Núm. 1, julio-diciembre del 2001. *Justicia Administrativa en México y en Iberoamérica*

Alfonso Nava Negrete, Rodolfo Vega Hernández y Ramón Robles Ordoñez (Coords.)

COLECCIÓN FUNDAp CULTURA

Muchacha de rancho

Ma. Esther Durán Ortega

Don Ruti. El borracho de San Juan del Río que viajó al infierno

Oscar García Martínez

COLECCIÓN FUNDAp EDUCACIÓN

ISO 9000 en la Educación. Guía para la administración escolar de calidad

Laura Elena Yzaguirre Peralta

Poiesis educativa
Jacqueline Zapata Martínez

Los desafíos de la educación en México. ¿Calidad en la Escuela?
Edilberto Cervantes Galván

Tiempo y palabra: Contratextos. Hablan los institutos Tecnológicos
Raquel Toral

COLECCIÓN FUNDAP EMPRESA
Inteligencia y gobernabilidad empresarial
Emilio Salim Cabrera

Administración funcional. Un enfoque crítico
Pedro Olivares Dávalos

COLECCIÓN FUNDAP POLÍTICA y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
Municipio, aspectos políticos, jurídicos y administrativos
Rodolfo Vega Hernández (Coord.)

H. Policía siglo XXI. La táctica y el futuro policial
Ramón David Almada Gallardo

Crónica Internacional
José Ortiz Adame

Democratización y regulación del Derecho de Acceso a la Información en México
Fidela Navarro Rodríguez

El Poder Ejecutivo en la Reforma del Estado
Javier Rascado Pérez

Gobierno Electrónico: El desafío de Internet. Implicaciones jurídicas
José Julio Fernández Rodríguez

Colectión FUNDAP de Derecho, Administración y Política
Introducción al derecho procesal constitucional
Héctor Fix Zamudio

Justicia administrativa en México
Alfonso Nava Negrete y Narciso Sánchez Gómez

La mediación en México
Sergio Herrera Trejo

La improcedencia y el sobreseimiento en la controversia constitucional
José de Jesús Gudiño Pelayo

La independencia del poder judicial
Rodolfo Vega Hernández

La enseñanza activa y la formación del Abogado
Sergio Azúa Reyes

Los tribunales constitucionales en Iberoamérica
Eduardo Ferrer Mac-Gregor

La interpretación de los órganos electorales. Interpretación del derecho y criterios de interpretación en materia electoral
Santiago Nieto Castillo

Problemas actuales del derecho procesal. Garantismo vs activismo judicial
Osvaldo Alfredo Gozaini

Problemas constitucionales del multiculturalismo
Miguel Carbonell

Justicia administrativa en el cambio de siglo
Eduardo García de Enterría

La reforma constitucional en los estados federales
Tania Groppi

Teoría general del ordenamiento jurídico y la solución de la antinomia
Alfonso Celotto

La Constitución económica
Germán Bidart Campos

El administrado
Jesús González Pérez

¿Derecho procesal constitucional?, y otros ensayos de justicia constitucional
Gustavo Zagrebelsky

La jerarquía constitucional de los tratados. Relativos a derechos humanos y sus consecuencias
Carlos M. Ayala Corao

Seguridad pública municipal
Jorge Fernández Ruiz

Derecho Cultural Mexicano. Problemas Jurídicos
Francisco Javier Dorantes Díaz

Teoría de la interpretación jurídica
Franco Modugno

OBRAS EN PROCESO FUNDAP

COLECCIÓN CONSTITUCIONALISMO Y DERECHO PÚBLICO. Estudios

Controles Constitucionales (en prensa)

José de Jesús Gudiño Pelayo y Manuel González Oropeza (Coords.)

La justicia constitucional en Europa

Tania Groppi, Alfonso Celotto y Marco Olivetti (Coords.)

El Presidente. Poderes y privilegios

Jacinto Faya Viesca

Derecho procesal constitucional

Raymundo Gil Rendón (Coord.)

La responsabilidad patrimonial del Estado en México y en Iberoamérica

Avelino Blasco Esteve y Alfonso Nava Negrete (Coords.)

COLECCIÓN FUNDAP DERECHO, ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICA

Derecho procesal constitucional peruano (en proceso)

Anibal Quiroga León

El juicio de amparo directo como medio de control de la constitucionalidad de las reglas generales administrativas

Rafael Coello Cetina

Problemas actuales de la justicia constitucional electoral

Luis Efrén Ríos Vega

COLECCIÓN FUNDAP POLÍTICA y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Los Nuevos Rasgos de la Administración Local en Europa

Tania Groppi, Laura Ammannati y Marco Olivetti

Sistemas electorales y democratización de los gobiernos municipales

José Arturo Rodríguez Obregón

Teoría de las políticas públicas.

Bases para el gobierno y la administración pública

José Enrique Rivera Rodríguez

Glosario de términos policiales

Ramón David Almada Gallardo

COLECCIÓN FUNDAP EDUCACIÓN

Ciencias Básicas e Ingenierías. Encuentros y Desencuentros

Raquel Toral

REVISTAS

Revista Mexicana de Calidad. Número 3

Sistemas de Calidad en las Organizaciones Empresariales

Fausto Esteves Ramírez y Emilio Salim Cabrera (Coords.)

COLECCIÓN FUNDAP EMPRESA

Los contratos colectivos en Querétaro. ¿Rígidos o flexibles?

Marco Antonio Carrillo Pacheco, José Juan Martínez Juárez, Jorge Antonio Lara Ovando

VISITA nuestra

LIBRERÍA ESPECIALIZADA

en

POLÍTICA, ADMINISTRACIÓN, DERECHO y EDUCACIÓN

Avenida 5 de Mayo núm. 134, Centro Histórico, C.P. 76000
Santiago de Querétaro, Qro. (México)

Página Web: www.fundap.com.mx

Solicita tus libros por correo electrónico:
fundapventas@prodigy.net.mx; fundapadministracion@prodigy.net.mx; fundap@prodigy.net.mx
ventas@fundap.com.mx; administracion@fundap.com.mx

Por teléfono:
(01 442) 2 14 15 02, 2 12 39 31 y fax: 2 12 47 07

Esta obra se terminó de imprimir en junio de 2004
con un tiraje de 1000 ejemplares.
Para su composición se utilizó letra de la familia Georgia.
El cuidado de la edición estuvo a cargo de
Rodolfo Vega Hernández, Jesús Vallejo Mauricio y Miguel Aguilar Carrillo.



EDGAR CARPIO MARCOS

Profesor de derecho constitucional y procesal constitucional en las Universidades de Lima, San Martín de Porres y en la Academia de la Magistratura del Perú. Ha sido profesor de derecho constitucional y derechos humanos en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y en la Maestría de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional Federico Villarreal. Es profesor visitante de las Universidades César Vallejo de Trujillo y Pedro Antonio Urrello de Cajamarca.

Es Secretario Ejecutivo de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y actualmente se desempeña como asesor especializado en derecho constitucional del TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

Ha publicado los libros *Selección de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (2002) y *La Interpretación de los derechos fundamentales* (2004), y como coautor del libro *Derecho Procesal Constitucional* (2003). También ha publicado diversas monografías y ensayos de derecho constitucional en revistas especializadas y libros colectivos editados en Argentina, España, México, Venezuela y en el Perú.



GERARDO ETO CRUZ

Es doctorando en derecho por la Universidad Santiago de Compostela, España. Es profesor de derecho constitucional, procesal constitucional y derecho militar en las Universidades: Nacional de Trujillo, Antenor Orrego de Trujillo, César Vallejo y en la Academia de la Magistratura del Perú.

Ha sido decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Pedro Antonio Urrello de Cajamarca. Es miembro fundador de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (sección peruana).

Es autor de numerosos libros sobre derecho constitucional, entre los que destacan: *Régimen legal del amparo y el habeas corpus* (2000); *La jurisdicción militar* (2000); *Derecho Civil Constitucional* (2001) y *Estudios de Derecho Constitucional* (2002). También es autor de diversas monografías y ensayos publicados en España, México y Perú.



FUNDACIÓN UNIVERSITARIA DE DERECHO,
ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICA, S. C.

RECIENTES PUBLICACIONES FUNDAp

COLECCIÓN CONSTITUCIONALISMO Y DERECHO PÚBLICO, Estudios

Justicia constitucional local

Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Rodolfo Vega Hernández (Coordinadores)

Derechos humanos y Constitución. Alternativas para su protección en México

Rodolfo Vega Hernández

El sistema federal mexicano. Antecedentes, evolución y perspectivas

Xavier Díez de Urdanivia Fernández

Propuestas federalistas para la Convención Nacional Hacendaria 2004

Jacinto Faya Viesca y Ángel Camino Martínez

De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional

Domingo García Belaunde

El Control de las omisiones inconstitucionales e ilegales en el Derecho Comparado

(Reflexiones a propósito del caso peruano)

Edgar Carpio Marcos y Gerardo Eto Cruz

La justicia constitucional y procesal local

Rodolfo Vega Hernández, Marco Antonio León Hernández,

José Octavio Vado Grajales, César García Ramírez

COLECCIÓN FUNDAp DE DERECHO PRIVADO

La contratación privada atípica en el derecho mexicano

Agustín Alcocer Alcocer

PUBLICACIONES INDEPENDIENTES

El Derecho Canónico, un enfoque del derecho comparado

José Carlos Rojano Esquivel

REMECA, REVISTA MEXICANA DE LA CALIDAD

Núm. 2, enero-junio 2002, "Sistemas de Calidad en la Administración Pública"

Guillermo Hara Belchez, Ismael Gómez Gardillo (Coordinadores)

COLECCIÓN FUNDAp CULTURA

Don Ruti. El borracho de San Juan del Río que viajó al infierno

Oscar García Martínez

COLECCIÓN FUNDAp EDUCACIÓN

Poesía educativa

Jacqueline Zapata Martínez

Los desafíos de la educación en México, ¿Calidad en la Escuela?

Edilberto Cervantes Galván

Tiempo y Palabra: Contratestos. Hablan los Institutos Tecnológicos

Raquel Toral

COLECCIÓN FUNDAp EMPRESA

Administración funcional. Un enfoque crítico

Pedro Olivares Dávalos

COLECCIÓN FUNDAp POLÍTICA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

H. Policía siglo XXI. La táctica y el futuro policial

Ramón David Almada Gallardo

Crónica Internacional

José Ortiz Adame

Democratización y regulación del Derecho de Acceso a la Información en México

Fidelj Navarro Rodríguez

El Poder Ejecutivo en la Reforma del Estado

Javier Rascado Pérez

Gobierno Electrónico: El desafío de Internet. Implicaciones jurídicas

José Julio Fernández Rodríguez

COLECCIÓN FUNDAp DE DERECHO, ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICA

La independencia del Poder Judicial

Rodolfo Vega Hernández

La enseñanza activa y la formación del Abogado

Sergio Azúa Reyes

Problemas actuales del derecho procesal. Garantismo vs activismo judicial

Oswaldo Alfredo Gozani

La reforma constitucional en los estados federales

Tania Groppi

Teoría general del ordenamiento jurídico y la solución de la antinomia

Alfonso Celotto

La Constitución económica

Germán Bidart Campos

La Justicia administrativa en el cambio de siglo

Eduardo García de Enterría

El Administrado

Jesús González Pérez

¿Derecho procesal constitucional?, y otros ensayos de justicia constitucional

Gustavo Zagrebelsky

La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias

Carlos M. Ayala Corao

Seguridad pública municipal

Jorge Fernández Ruiz

Derecho Cultural Mexicano. Problemas Jurídicos

Francisco Javier Dorantes Díaz

Teoría de la interpretación jurídica

Franco Modugno

Para legisladores; Senadores y Diputados; para Docentes e Investigadores que en su quehacer aparece la sombra del Derecho.

En una palabra, la construcción del presente libro –lento de trascendencia y permanente actualidad– está desarrollado en cinco tramos, incluyendo un apéndice. Los autores, EDGAR CARPIO MARCOS y GERARDO ETO CRUZ, de origen peruano, previa coordinación y convenientemente instruidos, se han dividido la tarea de redacción. Así, los capítulos 1, 2 y 3 son de autoría de ETO CRUZ. Y los capítulos 4, 5 y 6 –este último es en realidad un apéndice muy sustancioso– que le corresponde a la pluma de CARPIO MARCOS.

Es correcto decir que los conceptos y las categorías del Derecho Procesal Constitucional, en el umbral del tercer milenio, se van incrementando y reconociendo en los textos constitucionales escritos y/o normativos. Por lo que se refiere a la Inconstitucionalidad por Omisión (“instituto de elevadísimo interés” lo tilda FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, y “fenómeno complejo” lo denomina ETO CRUZ).

Dejemos que los lectores mexicanos se encarguen de comprobar personalmente de dos temas poco entendidos y nada sabidos por el operador político. El defecto del legislador, el control de la pasividad o mejor dicho la indolencia del legislador, anótese, tarde o temprano tendrá que ser superado. Mientras que, es justo reconocerlo, el operador intérprete ya empieza a comprender su magnitud e importancia, tal como lo demuestra la jurisprudencia que se comienza a larvar en el Poder Judicial y en el Tribunal Constitucional.

Esperamos que se despierte la inercia o el ocio del legislador, que cada día –es harto sabido– anda en un mar de confusiones. Además, desde otro flanco, deseamos que el debate académico se encarne bien en el Congreso y en las Legislaturas y no sea reemplazado por la virulencia. Sea como sea, estamos seguros, que la permanente tenacidad y vivo aporte de cada uno de los autores en comento, no será *vox clamantis in deserto*, como es el hecho de que el presente libro que lanzan, novísima aportación de los autores, con el singular título de *El Control de las Omisiones Inconstitucionales e Ilegales en el Derecho Comparado. (Reflexiones a propósito del caso peruano)*, sea acogido con éxito, en su primera edición, en la hermana República de México.

ISBN 968543537-5



9 789685 435376