

La omisión legislativa y la jurisdicción constitucional ¿El principio de separación de poderes como límite al control constitucional?¹

José Rolando Cárdenas Gonzales²

joscarde@ucm.es

<https://orcid.org/0000-0002-8141-9086>

Juan Alberto, Castañeda Méndez³

jcastanedam@pucc.edu.pe

<https://orcid.org/0000-0003-4472-8709>

RESUMEN

Las omisiones legislativas y su control constitucional han supuesto un reto para la jurisdicción constitucional, que ha llevado a abandonar la clásica función negativa de los Tribunales Constitucionales para convertirlos en órganos activos en la creación del Derecho, lo que para algunos ha significado la vulneración al principio de separación de poderes, al asumir facultades establecidas constitucionalmente para el Parlamento, pero que bien encontrarían fundamento y justificación en el propio texto de la Constitución, que lo reconoce como órgano llamado a optimizar su contenido para coadyuvar a garantizar el Estado Constitucional de Derecho.

Palabras claves: *omisión legislativa; control constitucional; tribunal constitucional; creación del derecho; separación de poderes, parlamento.*

Correspondencia: joscarde@ucm.es

Artículo recibido 15 enero 2023 Aceptado para publicación: 15 febrero 2023

Conflictos de Interés: Ninguna que declarar

Todo el contenido de **Ciencia Latina Revista Científica Multidisciplinar**, publicados en este sitio están disponibles bajo

Licencia [Creative Commons](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/) 

Cómo citar: Cárdenas Gonzales, J. R., & Castañeda Méndez, J. A. (2023). La omisión legislativa y la jurisdicción constitucional ¿El principio de separación de poderes como límite al control constitucional?. *Ciencia Latina Revista Científica Multidisciplinar*, 7(1), 8009-8028. https://doi.org/10.37811/cl_rcm.v7i1.5026

¹ Una versión previa de este trabajo fue presentada bajo el título "El Tribunal Constitucional y su control en las omisiones legislativas frente al principio de separación de poderes" como trabajo final del módulo *División de Poderes, Representación Política, Control Parlamentario y Control de Constitucionalidad en el Máster Universitario en Derecho Parlamentario, Elecciones y Estudios Legislativos en la Universidad Complutense de Madrid*

² Abogado por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo. Maestro en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla - La Mancha; y, Máster en Derecho Parlamentario, Elecciones y Estudios Legislativos en la Universidad Complutense de Madrid. Maestrante en Derechos Fundamentales en perspectiva nacional, supranacional y global en la Universidad de Granada, España. Especialista en Derechos Humanos; y, en Justicia Constitucional, interpretación y aplicación de la Constitución por la Universidad de Castilla - La Mancha. Correo electrónico: joscarde@ucm.es/ ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8141-9086>

³ Abogado, docente universitario en pre y postgrado e investigador Renacyt MR II. Doctorando en Derecho y Ciencia Política en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Especialista en Constitucionalismo Latinoamericano y Derechos Fundamentales por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP- Perú). Master en Derechos Fundamentales en la Universidad Carlos III de Madrid -España. Especialista en Derecho Parlamentario y técnicas legislativas y en Justicia Constitucional por la Universidad Castilla de La Mancha de España (UCLM). Asociado de la Academia Peruana de Derecho Constitucional. Miembro senior de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional. Presidente Fundador del Instituto de Investigación Iberoamericano Apex Iuris. Secretario General de la Red Latinoamericana de Derechos Humanos y Humanitario Perú. jcastanedam@pucc.edu.pe / ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4472-8709>

The legislative omission and the constitutional jurisdiction

The principle of separation of powers as a limit to constitutional control?

ABSTRACT

The legislative omissions of their constitutional control have been a challenge for the constitutional jurisdiction, which has led to abandon the classic negative function of the Constitutional Courts to turn them into active bodies in the creation of Law, which for some has meant the violation of the principle of separation of powers, by assuming constitutionally established faculties for Parliament, but which would well find foundation and justification in the text of the Constitution itself, which recognizes it as a body called to optimize its content to help guarantee the Constitutional State of Law.

Keywords: *legislative omission; constitutional control; constitutional court; creation of law; separation of powers; parliament.*

1. INTRODUCCIÓN

En la era del Constitucionalismo muchas han sido las corrientes que han aparecido para explicar su origen, sin embargo, pese a no poder coincidir en ello, sí lo han hecho en su contenido, un orden constitucional implica básicamente el respeto de valores democráticos y la garantía de los derechos fundamentales, y ello no parece encontrar respaldo sin un cuerpo normativo que lo sistematice y un órgano que vele por su cumplimiento.

Es así que nacería el primer Tribunal Constitucional en el mundo, encargado – básicamente- del control de la constitucionalidad de la ley, erigiéndose como un legislador negativo, que ejercería como órgano ajeno de los Poderes del Estado, para garantizar su independencia y objetividad en la labor de expulsión de las normas que contravengan el contenido de la Constitución.

Sin embargo, dada la complejidad de las normas constitucionales, este supremo tribunal se ha quedado corto en sus funciones originalmente establecidas y ha echado mano de su labor interpretativa para ejercitar con mayor libertad su poder de control, convirtiéndose en muchas ocasiones en legislador positivo, y con mayor frecuencia en el casos de omisión legislativa, significando una intromisión de funciones en algún Poder del Estado llamado a tal, considerándose un acto violatorio al principio de separación de poderes.

Por ello, con el presente trabajo, se pretende dilucidar algunas cuestiones en torno al control constitucional de las omisiones del legislador y la posible vulneración del principio de separación de poderes a partir de la función de control del Tribunal Constitucional, para lo cual, revisaremos algunas consideraciones importantes respecto a la jurisdicción constitucional partiendo del origen de los sistemas de control constitucional y consecuentemente a la creación del Tribunal Constitucional; así, entraremos al análisis de la vulneración del principio de separación de poderes, no sin antes revisar la conceptualización y clasificación de las omisiones legislativas, permitiéndonos arribar a algunas conclusiones que someto a la crítica y debate.

I. LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

Como bien se conoce, la jurisdicción constitucional, aparentemente, nació con la *judicial review* en los Estados Unidos, con la sentencia del juez Marshall en el caso Marbury versus Madison, y el reconocimiento del valor normativo de la Constitución, sin

embargo, debemos tener presente que ella no se hubiera originado sin el proceso de constitucionalización del Derecho, entendido como aquel fenómeno o cambio en el sistema, en el que se fueron introduciendo valores y principios- de carácter ético y moral- en las diferentes ramas de Derecho; y, además, como el inicio de una teoría o concepción del Derecho, lo que ahora conocemos como Derechos Constitucional.

Pero, el constitucionalismo puede entenderse también como aquel “*proceso político-jurídico que tiene por meta establecer un cada Estado un documento normativo- la constitución- con determinadas características formales y de contenido (...) que procura una racionalización del poder*”⁴, no obstante, esta idea podríamos matizarla en cierta medida, y es que, somos testigos que puede existir constitucionalismo sin constitución, como el caso de Gran Bretaña o Israel, y del mismo modo, constitución sin constitucionalismo, como lo que ocurre en ciertos países de África y lejano Oriente⁵, lo cual pareciera que más allá de ser una forma jurídica, resulta ser un ideal político.

Por su parte, se entiende al Derecho Constitucional como aquella rama del Derecho Público que estudia de manera razonada y metódica las normas fundamentales que definen a un Estado, como son su estructura formativa, su forma de gobierno, los derechos fundamentales y la regulación de los poderes públicos, incluyéndose además tanto las relaciones entre poderes públicos como las relaciones entre los ciudadanos y estos poderes⁶, lo que permite afirmar a muchos autores que, el concepto clásico está matizado de politicidad que implica una simbiosis entre lo jurídico y lo político⁷.

Lo que, para Javier Pérez Royo, significaría que el Derecho Constitucional, arranca de la Política y acaba en la Política, en el sentido de que parte del proceso constituyente que es considerado un proceso político, y aunque acaba en la formación de la Constitución, norma de carácter jurídico, del contenido de ésta, vuelve a la Política, para ordenar un proceso de creación del derecho, protagonizado por entes sociales o por órganos del Estado, de naturaleza política, lo que permite inferir que, por encima de considerar a esta rama del derecho como punto de intersección entre la Política y el Derecho⁸.

Sin embargo, sin un cuerpo normativo que estructure ambos sentidos – político y jurídico- no podría hablarse de una jurisdicción constitucional con tal, en ese sentido,

⁴ SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Teoría de la Constitución*, Astrea, Buenos Aires, 2004, p.1

⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo, MARCENO, Valeria, PALLANTE y Francesco. *Manual de Derecho Constitucional*, 1era Edición, Zela Grupo Editorial, Lima, 2020, p.384

⁶ CHANAME ORBE, Raúl. *Manual de Derecho Constitucional. Derecho, elementos e instituciones constitucionales*, Editorial ADRUS, Lima, 2009, p. 93-94

⁷ Autores como Tagle Achával, sostienen que el Derecho político (cuya parte esencial se llama derecho constitucional) se encuentra en un espacio común al derecho y a la política. TAGLE ACHÁVAL, *Derecho Constitucional*, Tomo I, p.29 y ss.

⁸ PEREZ ROYO, Javier y CARRASCO DURÁN, Manuel. *Curso de Derecho Constitucional*, 16ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2018, p. 43.

puede concebirse a la Constitución como la norma encargada de la regulación de una determinada organización del Estado, basada en el principio de separación de poderes, y de la relación entre Estado y ciudadanos basada en el reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales⁹, otorgándole su valor en doble sentido: i) valor político, por la amplitud de los derechos, la limitación de los poderes, el rigor de los procedimientos; y, ii) valor jurídico, cuando perfecciona las garantías para obligar a los poderes constituidos, lo mismo que a los ciudadanos, por medio de una instancia especial que decide sobre la constitucionalidad de las leyes y determina la nulidad de la ley¹⁰.

En ese orden de ideas, al hablar de la constitucionalidad de las leyes como garantía de la Constitución, no lleva a aterrizar a los modelos o sistemas de justicia constitucional, que muy bien diferencia Lucio Pegoraro¹¹, afirmando que, se entiende por “modelo” aquellas *“características abstractas que caracterizan un cierto modo de practicar la justicia constitucional, en relación con una o varias características consideradas importantes en su conjunto”*, mientras que “sistema” se asocia al uso matemático para indicar *“un conjunto de datos organizados, completos y coherentes, y en las ciencias sociales, para referirse a sectores homogéneos”*, por tanto la idea de “sistema” es mas amplia ya que engloba la totalidad del objeto que pretende describir.

De este modo, desde mi punto de vista, para referirnos al control de constitucionalidad existente en un ordenamiento, resulta más idóneo hablar de “modelos”, puesto que, como bien sabemos, actualmente no solo se habla de control difuso y concentrado de constitucionalidad de manera aislada, sino que varios de los Estado Latinoamericanos, como el caso peruano, se ha producido una suerte de hibridación entre ambos modelos, que cohabitan en el control de la constitucionalidad de ley, con sus vías y procedimientos normativamente previstos.

Como se ha señalado líneas arriba, luego de la sentencia en el caso Marbury vs. Madison, y reconocida la superioridad de Constitución sobre los poderes del Estado, el Derecho fue cambiando de paradigma, y es que había nacido el control difuso de constitucionalidad; y si bien su Constitución Federal de 1787 no contiene disposición alguna al respecto, sin embargo, la idea de su competencia reservada al Poder judicial sí estaba presente, ejemplo de ello, sería las palabras que Madison señalaría en el debate

⁹ DIAZ REVORIO, Francisco Javier. *Estado, Constitución, Democracia. Tres conceptos que hay que actualizar*, Palestra Editores, Lima, 2017, p.67

¹⁰ BLANCO VALDÉS, Roberto L, *El valor de la Constitución*, Alianza Editorial, Madrid, 2010, p.32

¹¹ PEGORARO, Lucio y RINELLA, Angelo; *Derecho Constitucional Comparado. Sistemas de justicia constitucional*, Tomo 4, Astrea, Buenos Aires, 2020, pp. 9-10

que se produjo luego de la aprobación de la Constitución para la introducción de la *Bill of Right*, refiriendo que “*sería útil porque pone un control de legalidad en las manos del poder judicial*”¹².

Del otro lado del continente, aunque un poco tardíos, pero también se venía gestando un tipo de control que supere las debilidades advertidas en el sistema americano, es así que, de la mano de Hans Kelsen, quien siguiendo los pasos de G. Jellinek¹³, teorizó un modelo de control concentrado, en el que un órgano distinto y ajeno a los poderes legislativo y ejecutivo se encargaría de verificar la constitucionalidad de la ley, doctrina que recogería la Constitución de Austria de 01 de octubre de 1920, y con la que nacería el Tribunal Constitucional.

II. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Luego de la experiencia de la *judicial review* en los Estados Unidos, la mayor cuestión era determinar la idoneidad del órgano que realizara el control de constitucionalidad de las leyes, problemática compartida por Hans Kelsen, quien postulaba que dicho control debería estar en manos de un órgano diferente al Parlamento, porque no se podía confiar la anulación de un acto irregular – inconstitucional- al propio órgano que lo había creado, expresamente señalaba “(...) *Sería ingenuidad política contar con que el Parlamento anularía una ley votada por él*”¹⁴, y no le faltaba razón, puesto que, éste intoxicado por su soberbia de poder, por la legitimidad democrática que ostenta, era difícil de creer que se autocorrigiera.

Kelsen proponía que el control de la Constitución debía estar a cargo de “(...) *un órgano diferente a él, independiente de él, y por consiguiente, también de cualquier otra autoridad estatal*”¹⁵, lo que significaría para el Derecho, el nacimiento del Tribunal Constitucional (TC), concebido como órgano llamado- básicamente- a declarar la inconstitucionalidad de las leyes, atribuyéndole su principal competencia de actuación como legislador negativo. Sin embargo, con el transcurrir de los años esta función ha ido evolucionando, y en cada Constitución de cada uno de los países que fue regulando

¹² PEREZ ROYO, Javier y CARRASCO DURÁN, Manuel, *Op. cit.*, p. 115

¹³ G. Jellinek, establece de manera original el problema de la oportunidad de instituir un órgano encargado del control de la constitucionalidad de las leyes, concretando la solución de un control concentrado, que será desarrollada después por Kelsen una treintena de años después. En E. PALACI DI SUNI, “Presentazione” en G. JELLINEK, *Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich*, Höder, Wien, 1885, trad. It. Una Corte Costituzionale per l’Austria, Giappichelli, Torino, 2013.

¹⁴ KELSEN, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, Trad. Rolando Tamayo y Salmorán, Rev. Domingo García Belaunde, en Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, núm. 15, Madrid, 2011, p.274.

¹⁵ *Ibidem*, p.275.

las competencias de este órgano, las han ido ajustando a sus realidades y necesidades, presentándose ahora, como el supremo interprete de la Constitución.

Ahora bien, por “interpretar” se puede entender muchas cosas, y es que es un verbo que puede emplearse en contextos muy diversos, así, por ejemplo, un actor puede interpretar un personaje, un músico una canción de Mozart, o interpretar un gesto con un saludo, el color del semáforo con una prohibición o autorización, etc., pero en el mundo del derecho la situación es ciertamente más restringida, básicamente se interpretan hechos y normas, de la que deriva la interpretación de textos y de conductas o comportamientos, y es sobre la base de estas que se le atribuye un “significado” de lo que se ve o lee.

Pero este último punto ciertos inconveniente para el TC, y en ello parece haber coadyuvado el legislador cuando no ha cumplido con su función constitucional de producción de normas, con lo cual se ha visto afectada la capacidad del tribunal para resolver un conflicto presentado ante su judicatura, y es que, al habersele reconocido la potestad interpretativa de las Constitución, cuyas disposiciones son de carácter general y con alto grado de abstracción, el juez constitucional puede verse tentado de ir más allá de lo que la misma carta magna filtrándose dentro de las potestades del legislativo.

Con lo cual, el trabajo del TC, no es un simple ejercicio de encontrarle sentido a algo a través de la interpretación, sino de aquel proceso intelectual que partiendo de fórmulas lingüísticas que forman un enunciado, se llegue a un contenido, es decir, pasar de los significantes a los significados¹⁶, pero esto se complica cuando se trata de la interpretación de la Constitución, donde valores y principios, deben armonizarse entre sí, pero que dado el pluralismo y su carácter abierto¹⁷, necesariamente requiere una tipología particular de interpretación, que condense de mejor manera esa complejidad normativa.

De esta forma, el TC afianza su método propio de interpretación, y sin prescindir de las reglas tradicionales como la gramática, sistemática, teleológica, o la histórica, y desarrolla su interpretación conforme, en el marco de los principios de: i) unidad de la Constitución, ii) concordancia práctica, iii) corrección funcional, iv) función integradora; y, v) fuerza normativa de la Constitución; quedando claro que, si bien la interpretación

¹⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo, *La Corte constitucional y la interpretación de la Constitución*, en A. López Pina, Antonio (ed.), *División de poderes e interpretación*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 161.

¹⁷ DIAZ REVORIO, Francisco Javier. *La “Constitución abierta” y su interpretación*, Palestra editores, Lima, 2004, p.230.

constitucional es una interpretación de límites, ésta también tiene sus límites¹⁸, pues de lo que se trata es de evitar la arbitrariedad en la labor de concretización del contenido de la Constitución¹⁹

De esa forma o método peculiar de interpretación utilizada por el TC, como último interprete de la Constitución, se originan las llamadas sentencias interpretativas y manipulativas, de las que se cuestionan, principalmente, la forma de justificar la decisión, más aún cuando se trata de salvar la constitucionalidad de una norma con vicios de insuficiencia aplicativa, es decir, cuando una disposición no prevé alguna situación o circunstancia presente al caso a conocimiento judicial, lo que comúnmente se conoce como omisión legislativa.

III. LA OMISIÓN LEGISLATIVA

El Poder Legislativo, el parlamento o el constituyente, es la representación fiel de la voluntad del pueblo, es el poder de donde- esencialmente- emanan las leyes, en él se debate y delibera las necesidades de la población para plasmarla en una ley, no hay mejor lugar para apreciar el ejercicio de los valores democráticos, como tal, es la manifestación más clara del ejercicio del poder a través de la deliberación y el consenso; pero dicha institucionalidad, viene derivada de la confianza y el poder recibida de la población a través del voto en las urnas.

Es así que, partiendo de su alto grado de legitimidad democrática, el legislativo debe procurar velar por la promoción y protección de los derechos fundamentales de sus ciudadanos, lo que deberá reflejarse en buena medida en su producción legislativa, sin embargo, en esta labor se presentan una serie de dificultades, porque evidentemente, el legislador no puede prever todos los supuestos de hecho en una ley, produciéndose así, un vacío normativo.

Al hablar de vacíos normativos, podríamos referirnos a dos de sus formas, la primera, las lagunas, concebidas como vacíos advertidos por el intérprete de la ley al aplicarla en los términos que cabe deducir racionalmente de la voluntad de un legislador sistemático²⁰; y, la segunda, las omisiones legislativas, vistas como el evento en que el órgano legislativo no expide una disposición normativa sobre un tema determinado en

¹⁸ PEREZ ROYO, Javier y CARRASCO DURÁN, Manuel, *Op. cit.*, pp.103-109

¹⁹ HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*, 2da edición, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, pp.40-41

²⁰ REQUEJO PAGÉS, Juan Luis, *Los problemas de la omisión legislativa en la jurisprudencia constitucional*, ponencia del Tribunal Constitucional español en el XIV Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeos, Vilna, mayo de 2008, p.4

un plazo prudencial, pese a la existencia de un mandato constitucional de legislar sobre la materia²¹.

En ese mismo sentido, Constantino Mortati, remarca que una diferencia importante, es el hecho de que, la laguna puede generarse de manera involuntaria, en tanto, que la omisión, siempre será un incumplimiento a una obligación, lo que se identificaría con una forma peculiar de manifestación de la voluntad del legislador según el antiguo aforismo “*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*”²², y que supondría una lesión de derechos o libertades constitucionalmente reconocidas, en la medida de la inactividad del legislador perdura en el tiempo.

Ahora bien, siguiendo a la clásica tipología postulada por Wessel, las omisiones pueden ser absolutas o relativas²³; a la primera de ellas, se las entiende como el incumplimiento total del legislador para regular una materia a pesar de que exista una norma constitucional que le obligue a hacerlo²⁴, y si bien rara vez se presentan, su aparición provoca la imposibilidad de cualquier intervención represiva²⁵, y solo cabría reacción si la Constitución permitiera la autoaplicación de alguna norma propia²⁶, no sucediendo así en los supuestos de omisión relativa en donde se abren espacios para la actuación del intérprete de la norma incompleta o defectuosa²⁷.

De este modo, resulta evidente que, en la actividad de jurisdiccional del TC, no solo se encontrará con lagunas normativas, sino también con alguna omisión legislativa – absoluta o relativa-, que le supondrá una complicación aún mayor en la resolución de la causa, trasladándolo a dos posibles escenarios, apelar a la lógica de la plenitud del sistema normativo y recurrir a la integración de normas, o en su defecto, echar mano a la interpretación para “crear” una norma aplicable al caso, haciendo uso de su facultad interpretativa como guardián de la Constitución.

Es en este segundo escenario, que el TC evidencia mayor dificultad para responder a sus críticas; y es que, reconocida su capacidad como intérprete supremo de la Constitución, ya no es un tribunal de la mera legalidad; y es en el cumplimiento de ese deber, de tutela judicial efectiva de derechos e intereses legítimos, que casi siempre lo lleva a

²¹ VILLOTA BENAVIDES, María Susana, *El control de constitucionalidad a las omisiones legislativas en el contexto del Estado social de derecho*, publicado en la Revista Facultad De Derecho y Ciencias Políticas. Volumen N°42, N°117, Medellín, Colombia, 2012, p. 469.

²² MORTATI, Constantino, “Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore”, citado por AHUMADA RUIZ, Ángeles en “El Control de constitucionalidad de las omisiones legislativas”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N°8, 1991, p.170.

²³ WESSEL, “*Die Rechtsprechung der BVerfG zur Verfassungsbeschwerde*”, en *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1952, citado y comentado por AHUMADA RUIZ, Ángeles en “El Control de constitucionalidad de las omisiones legislativas”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N°8, 1991, p.171.

²⁴ VILLOTA BENAVIDES, María Susana. Op. cit., p.469.

²⁵ AHUMADA RUIZ, Ángeles. Op. cit., p.172

²⁶ REQUEJO PAGÉS, Juan Luis. Op. cit., p.4

²⁷ AHUMADA RUIZ, Ángeles. Op. cit., p.172-173

sobrepasar sus límites e invadir las funciones de algunos poderes, principalmente la del Legislativo.

IV. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FRENTE A LAS OMISIONES LEGISLATIVAS

Conforme a lo ya antes mencionado, el TC como órgano que ejerce el monopolio del control de constitucionalidad, utiliza su potestad de supremo interprete de la Constitución para resolver los procesos que conoce ante su jurisdicción, echando mano de su interpretación conforme que, normalmente debería consistir en hacer explícitas las normas constitucionales con criterios de justicia y razón antes que en edificar un Derecho nuevo²⁸, que resulta ser su talón de Aquiles al momento que se enfrenta a las omisiones legislativas.

Pero, el problema de la omisión legislativa, de por sí representa un problema propio, pero directamente ligado a su control constitucional. La determinación de una omisión, ciertamente resulta ser algo compleja, porque suele dudarse si produce al nivel de una disposición o de una norma, diferentes conceptualmente hablando en palabras de Riccardo Guastini, quien señala que disposición es todo enunciado normativo contenido en una fuente de Derecho, mientras que la norma, no es el enunciado en sí, sino su contenido de significado, precisando que la disposición es por tanto objeto de interpretación, la norma es su resultado²⁹.

Distinción que para Javier Díaz Revorio le parece no tan útil, porque a su modo de ver disposición y norma, en la práctica ambos “viven” de manera conjunta en cada precepto legal, por lo que el control de constitucionalidad no puede prescindir ni de uno ni de otro, porque todo pronunciamiento de constitucionalidad o inconstitucionalidad incide directa o indirectamente sobre el contenido normativo, tal como ocurre en las sentencias interpretativas³⁰, señalando además que, “solo puede hablarse de omisión, desde el punto de vista del texto o disposición legislativa, pero no desde el punto de las normas”³¹

Sin embargo, ese no parece ser el único problema que ha significado para la jurisdicción constitucional frente a una omisión legislativa, puesto que, si traemos a la palestra su conocida clasificación [absolutas y relativas], la situación también resulta problemática,

²⁸ BÖCKENFÖRDE, Ernest Wolfgang, *State, society and liberty. Studies in political theory and Constitutional Law*, Berg, Nueva York-Oxford, 1991, citado por GARCIA ROCA, Javier en *La Experiencia de veinticinco años de jurisdicción constitucional en España*, Ed. Porrúa, México, 2009, p.18

²⁹ GUASTINI, Riccardo. *Interpretar y argumentar*, Trad. Silvia Álvarez Medina, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, pp.77-78

³⁰ DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. *La interpretación Constitucional de la Ley. Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Palestra Editores, Lima, 2003, p.85

³¹ *Ibidem*, p.265

por ejemplo, si se trata de una omisión absoluta, al no existir norma, no podría someterse a control, porque éste no puede hacerse sobre algo que no existe; lo que a mi criterio, no resulta del todo aceptable, porque si de dicha inexistencia se llega a afectar derechos o libertades fundamentales, ésta debería ser sometida a control respectivo y colmar dicho vacío.

Para el caso de la omisión relativa, la situación es un poco más compleja. Teniendo en cuenta que sí existe texto, pero éste es incompleto, sería éste el que estaría sometido al examen de constitucionalidad, bajo los alcances del recurso de inconstitucionalidad, para poder así, determinar si se expulsa o del sistema dicha norma; lo que para la práctica constitucional, ha significado el uso de sentencias manipulativas aditivas, a fin de salvar de la constitucionalidad de la ley, en las que se opta por adicionar o integrar nuevos contenidos normativos al ordenamiento, convirtiendo al juez constitucional en un legislador positivo.

Un ejemplo claro de un tribunal con mucha actividad de naturaleza positiva, es la Corte Constitucional italiana, que a través de sus “sentencias – delegación”, “sentencias aditivas de principio” o “sentencias aditivas con parte dispositiva genérica”, que pueden ser de rechazo o acogimiento, mediante estas técnica, la Corte extrae de la Constitución un principio general que debe ser actuado a través de la intervención del legislador, es decir, que no son auto aplicativas, no obstante, al establecerse el principio, el juez tiene la posibilidad de aplicarlo limitadamente en el caso particular, hasta la nueva intervención del legislador³².

De este lado del mundo, dos altas cortes activistas son el Tribunal Constitucional de Perú y aún más la Corte Constitucional de Colombia, en ambos se utiliza las formas típicas y atípicas de sentencias como son las aditivas, integradores o sustitutivas, pero existe una figura peculiar que ha introducido el sistema colombiano, y es el “estado de cosas inconstitucional”, un tipo de sentencia diferenciado, donde el tribunal como mecanismo para declarar que hay violación masiva de derechos fundamentales, dada la omisión prolongada de las autoridades ante el incumplimiento de su obligación de hacer respetar esos derechos³³, establece un plazo determinado para la adecuación y modificación de la situación contraria a la Constitución.

³² DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. *La interpretación...*, cit., pp. 437-439

³³ BUILES BETANCUR, Juliana. *La omisión legislativa y el control de constitucionalidad*, Universidad CES, Medellín, 2020, p.11

Son estos y pueden ser más los ejemplos de algunos de los diferentes Tribunales Constitucionales en el mundo que asumen una actitud positiva frente al control de las omisiones legislativas, pero esto no es necesariamente el objeto de análisis en el presente trabajo, porque resulta innegable que este es y sigue siendo el mecanismo empleado por dichos tribunales para colmar los vacíos del legislador, sin embargo, la cuestión es, a mi modo de ver, si dicha actividad resulta contraria al principio democrático de división de poderes o si en efecto es legítima.

V. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE PODERES

Cuando Hans Kelsen caracterizaba a su Tribunal Constitucional como legislador negativo, parece haberle interesado respetar la clásica triada horizontal de los poderes, y poder superar las objeciones respeto a la pérdida de la soberanía del Parlamento y la separación de poderes, quizá por eso se preocupó tanto en señalar que este órgano no ejerce verdaderamente una función jurisdiccional, porque el hecho de anular una ley, tiene la misma naturaleza que una ley de derogación y, por tanto, es un acto negativo de legislación, y no necesariamente un acto creativo como lo que se le cuestiona a los actuales tribunales.

De esta forma, a mi modo de ver, la pregunta que le parece anteceder a la actuación del juez constitucional respecto de su función positiva adoptada frente a las omisiones del legislador, es cuán legitimado se encuentra para expulsar una ley democráticamente aprobada por un Parlamento conformado por elección popular, que ostenta legitimidad democrática suficientemente fuerte, frente al poder de cierto número de jueces que no son elegidos por sufragio universal, sino derivado del mismo Parlamento sobre el que pretende ejercer control respecto de su producción legislativa.

Este aparente respecto de legitimidad, en cierta medida, se refleja en el ordenamiento español, que no encuentra establecido normativamente el tratamiento de la omisión legislativa, pero que en muchas ocasiones ha utilizado la figura de la inconstitucionalidad de la ley, sin su nulidad, casi obligando al legislador, consciente de la situación jurídica producida por su omisión, su intervención para la emisión de una nueva ley, lo que en contrario permite apreciar, la facultad de incidir directa o indirectamente en la función parlamentaria.

En ese orden de ideas, lo que salta a la luz es la trascendencia de los fallos emitidos por el TC, y su influencia en los poderes del Estado, que nos lleva a pensar se estaría

irrumpiendo en facultades que no le son propias, afectando el principio democrático de separación de poderes, y sobre esto parecen presentarse muchos argumentos en favor y en contra, que conviene revisar desde la óptica normativa a fin de dilucidar su legalidad en el ejercicio de sus funciones.

En primer termino, parece interesante observar que la génesis de la institución esta directamente ligada a su reconocimiento en el cuerpo de la Constitución, y su funcionamiento a una Ley [Ley Orgánica], que pueden ser objeto de reforma o derogación por el poder legislativo, quien, a su vez, se encuentra sujeto al deber de aplicación de la Constitución, lo que supone que el monopolio solo estaría limitado para el TC respecto de la expulsión de una ley y no necesariamente el de la aplicación de las normas constitucionales.

Del mismo modo, cuando hablamos de interpretación de la Constitución, si bien se irroga como el supremo interprete, tampoco es el único que realizar la interpretación conforme, de hecho, todos los poderes del Estado, están sujetos al imperativo constitucional de aplicar las normas en concordancia con los preceptos constitucionales y de su prohibición en contrario; en tal sentido, dónde se encontraría el fundamento para otorgar ese poder de control a un órgano indistinto de la carga democrática de la elección de sus miembros.

Al respecto, Otto Bachof, parece encontrar una fuerte razón para explicar la interrogante planteada, señala que *“la relación de la persona con la ley ha cambiado totalmente, esto se ha caracterizado actualmente a través de un sentimiento muy generalizado de profundo malestar, de una profunda desconfianza”*³⁴, enfatiza que *“(…) la ley, otrora tesoro de la libertad y del Derecho se ha convertido de forma creciente al mismo tiempo en una amenaza para estos bienes”*³⁵, pero recordemos que estas palabras fueron dadas luego de lo que significó la catástrofe de la Segunda Guerra mundial en Alemania, lo que explicaría mejor la profunda desconfianza a la ley que hace referencia el autor.

Ahora bien, si retomamos la idea de que Kelsen, vista la experiencia de Estados Unidos y su control de constitucionalidad de ley, quiso crear un órgano ajeno a los poderes del Estado, para garantizar un cierto grado de legitimidad, entendía debía estar reconocida en la misma Constitución, y no como ocurría en el sistema americano, y marcada su

³⁴ BACHOF Otto. *El poder del Juez y la Constitución. Seguido de otros escritos*, Palestra Editores, Lima, 2021, p.85.

³⁵ *Ibidem*, pp. 85-86

jerarquía como norma superior del ordenamiento, su vinculación y cumplimiento estaría garantizado de forma vertical y horizontal en la estructura del Estado.

De este modo, la jurisdicción constitucional concentrada tiende a la racionalización del instituto de la judicial review construido a partir de la sentencia del juez Marshall en el caso Marbury versus Madison, pretendiendo una decisión eficaz de naturaleza erga omnes en manos de un único órgano, el Tribunal Constitucional, que tendrá el cometido básico de la garantía de la supremacía de la Constitución, de tal forma que se consagre de modo efectivo como orden fundamental del Estado, porque es ésta quien regula y organiza los mecanismos esenciales del poder político y reconoce y protege los derechos de los individuos.

En ese proceso de racionalización, entendiendo las peculiaridades de la jurisdicción constitucional y sobre todo las del juicio de constitucionalidad, respecto del grado de indeterminación de la mayoría de disposiciones legales del sistema, y la especial dignidad de la que viene revestida la ley por haber sido aprobada por un Parlamento democráticamente elegido³⁶, el Tribunal Constitucional, percibe que no solo necesitara de los métodos clásicos de interpretación, sino – como lo hemos dicho antes- utilizando la propia Constitución como norma interpretativa, reafirmando su supremacía dentro del ordenamiento.

Pero esta interpretación constitucional, a su vez, presenta sus propios límites, que deberá respetar el juez constitucional, y de esto parece hablarnos Konrad Hesse cuando, utilizando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán, nos indica que en la interpretación conforme deberá estar presente, entre otros principios, el de corrección funcional, entendido como el límite para el órgano interprete de la Constitución no modificar la distribución de funciones a través del modo y del resultado de dicha interpretación³⁷, con lo cual al TC en su relación con el legislativo, le estaría vedada algún tipo de restricción de la libertad conformada del legislador, más allá de los límites establecidos en la propia Constitución.

De este modo, la interpretación del TC parece encontrar un fuerte obstáculo para ejercitar con libertad sus labores de control al legislativo, lo que a modo de entender del profesor Ferreres Comella vendría a traducirse que, *“el juez debe interpretar el texto constitucional de tal modo que sus decisiones acerca de la ley no socaven el sistema de*

³⁶ FERRERES COMELLA, Víctor. *Justicia Constitucional y Democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, p.19

³⁷ HESSE, Konrad. *Escritos...*, cit., pp.47

relaciones institucionales que en una democracia representativa deben regir entre Parlamento y juez constitucional"³⁸, por lo que, al momento que su juicio de constitucionalidad le obliga a tener presente – lo antes cuestionado-, su menor legitimidad democrática, frente a una ley promulgada por un Parlamento democráticamente elegido.

Ahora bien, debemos tener presente además que, adicionalmente al cuestionamiento anterior, respecto de su legitimidad para actuar contra decisiones de un órgano con mayor carga democrática, se encuentran la rigidez de la Constitución y la naturaleza controvertida que implica la interpretación constitucional, circunstancias indudablemente problemáticas que pueden coadyuvar al entendimiento de la labor de control del Tribunal Constitucional a un poder del Estado tan importante como el Legislativo, en el marco de las potestades conferidas por la misma carta fundamental de la que ambos se encuentran vinculados a su estricto cumplimiento.

Estos cuestionamientos han sido objeto de análisis por el maestro Víctor Ferreres Camella, de quien nos apoyaremos para explicar de mejor manera la situación antes advertida; el citado autor indica que estas circunstancias presentan cierta gradualidad, porque dependerá de otras circunstancias complementarias. Si analizamos, por ejemplo, la objeción de la legitimidad del TC frente a la del Parlamento, observaremos que, ésta estará afectada por la forma adoptada en los diferentes ordenamientos para la forma de elección de sus magistrados.

Por ejemplo, países donde los miembros del TC no son elegidos por el Parlamento, la objeción de falta de legitimidad será fuerte, sin embargo, en la situación inversa, se apela a una legitimidad derivada, y es que su elección además de ser por parlamentarios elegidos democráticamente, para obtener el cargo, debe superarse un proceso democrático de votación dentro del mismo Parlamento; sin embargo, luego de la reforma en Bolivia, su Tribunal Constitucional Plurinacional es elegido mediante voto popular, lo que los dotaría de una sólida legitimidad democrática por encima de los otros dos modelos, sin embargo, esto no garantiza que la actuación del tribunal sea en ese mismo sentido, como lo ha dejado notar el caso boliviano, por sus tan cuestionadas sentencias, sobre todo la que resolvió la reelección presidencial en el periodo del Evo Morales.

³⁸ FERRERES COMELLA, Víctor. *Justicia Constitucional...*, cit., p.41

Para la segunda objeción [rigidez de la Constitución], puede verse que, en cuanto mayor rigidez de la Constitución, mayor complicación se presentará para el juez constitucional operar sobre la norma, y en la misma medida, la situación contraria, la flexibilidad le dará mayor libertad interpretativa, y en cuanto ésta sea mayor, el cuestionamiento parece evaporarse, porque con ella, se abre la puerta al tribunal para accionar su poder de reforma a través de su interpretación.

Finalmente, y no menos importante se encuentra el problema de lo controvertido de la interpretación constitucional, y es que, dada la indeterminación característica de las normas de la Constitución por su naturaleza abierta, resulta más problemática entregar al juez entregar al juez constitucional la potestad de su expulsión; sin embargo, su gradualidad se presentará cuando se trata del contenido de las normas sujetas a control, porque no será lo mismo objetarle al TC la declaración de una ley que aprueba la pena de muerte a otras que prohíba el sicariato, por tanto, en igual medida, resulta importante, no solo observar el procedimiento sino el contenido que será objeto de examen.

En ese orden de ideas, resulta claro que, si bien el principio de corrección funcional sobre la base de las tres objeciones no excluyen la potestad del TC para realizar el control respectivo de la actividad del Legislativo, por el contrario, deber servir como principio integrador del contenido de la Constitución en la función de producción legislativa del Parlamento para garantizar sus límites y control, máxime si se trata de normas que incumben derechos y libertades del ciudadano, a los que se debe su promoción y protección en un orden democrático constitucional.

De esta manera principio democrático no puede oponer a los derechos, ni viceversa, no parece aceptable que exista libertades si no se garantiza la realización efectiva de valores democráticos en una sociedad, por tanto, los derechos se erigen en gran medida en una jerarquía superior, y esto parece tener una explicación. Un tribunal, elegido por un órgano democrático, en un proceso democrático, que emite una sentencia en democracia [en las tres fases existe mayoría], lo hace con suficiente legitimidad que la misma Constitución le otorga, para controlar los excesos que supone una mayoría parlamentaria.

En tal sentido, si bien la ley puede ostentar presunción de constitucionalidad, esto no necesariamente resulta ser tan cierta en la realidad, de hecho, si recurrimos a escritos

de Otto Bachof³⁹, podemos apreciar el sin número de posibilidades en las que una norma constitucional puede ser inconstitucional, es por ello que, pese a considerarse que *“la ley sea expresión de la voluntad popular deriva la consecuencia de que opere en su favor una presunción de legitimidad constitucional, en virtud de la cual solo procederá declarar su inconstitucionalidad cuando se haya producido una clara e inequívoca colisión con la norma constitucional”*⁴⁰

De este modo, ante la necesidad de controlar los vicios de inconstitucionalidad de la ley, y de alejar su control de su origen, es la misma Constitución la que prevé su protección a través de un órgano autónomo e independiente para que pueda darle contenido a sus normas y optimizar el ejercicio de los derechos fundamentales, que es, por de más, la finalidad que le subyace al control de constitucionalidad de la ley que legal y legítimamente ejercita el Tribunal Constitucional en un orden democrático.

Dicho esto, queda claro que no existen razones suficientemente fuertes como para deslegitimar la actividad control del Tribunal Constitucional frente a la función legislativa del Parlamento, siempre que éste contravenga normas constitucionales, se encontrará sujeto a juicio por su órgano defensor, por el contrario, en resguardo del equilibrio y protección de los principios democráticos, sancionará la acción u omisión del legislativo que represente una transgresión a la Constitución.

Por tanto, retomando nuestra primera interrogante, entorno a la actuación del Tribunal Constitucional frente a la omisión legislativa, queda claro que, siendo está objeto de acción de inconstitucionalidad, y determinada la legalidad y legitimidad para dicho control, la cuestión parece sustraerse a la misma conclusión, si los principios democráticos son protegidos por la Constitución y ésta por el Tribunal Constitucional, la presunta afectación se diluye y pierde argumentos.

VI. A MANERA DE CONCLUSIÓN

La jurisdicción constitucional desde su génesis siempre se torno problemática para la realidad jurídica de un ordenamiento, es por ello que, su establecimiento se produjo de diferente manera en los sistemas que dieron su origen, que traduce la existencia del sistema difuso y concentrado de control de constitucionalidad de la ley, y la posterior formación de hibridaciones que condensan elementos de cada sistema originario, pero

³⁹ BACHOF Otto. *¿Normas constitucionales inconstitucionales?*, Palestra Editores, Lima, 2010.

⁴⁰ IGNACIO DE OTTO, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1988, p. 148.

que tienen por finalidad el mismo objetivo, el examen del contenido de la ley y su equilibrio con los preceptos de la Constitución.

De esta manera, el Tribunal Constitucional funge de órgano autónomo e independiente para cumplir la función de control de constitucionalidad de las leyes, reconociéndosele la facultad como supremo y último intérprete de la Constitución, en la que basa su legalidad y legitimidad del ejercicio de sus funciones respecto de las actividades de los Poderes y demás órganos del Estado, igualmente sujetos al imperativo de las normas constitucionales.

Por tanto, el principio de separación de poderes no se ve de ninguna forma afectado con la actuación del Tribunal Constitución, menos aún en el ejercicio de sus funciones del control a la producción del Legislativo, porque separación poderes no significa aislamiento de poderes y ausencia de control, sino por el contrario, significa respecto de facultades y constante vigilancia para el cumplimiento de la ley y la Constitución.

Con lo cual, acción u omisión del legislador pueden ser objeto del control constitucional, pues sería contradictorio aceptar que valores democráticos puedan superponerse a derechos o libertades, todo acto que contravenga el contenido de la Constitución debe estar sujeto al control y sanción del Tribunal Constitucional, como órgano llamado a optimizar el contenido de la Constitución, y garantizar el ejercicio pleno de los derechos fundamentales en un Estado Constitucional de Derecho.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AHUMADA RUIZ, Ángeles en "El Control de constitucionalidad de las omisiones legislativas, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N°8, 1991, p.170.

BACHOF Otto. *¿Normas constitucionales inconstitucionales?*, Palestra Editores, Lima, 2010.

BACHOF Otto. *El poder del Juez y la Constitución. Seguido de otros escritos*, Palestra Editores, Lima, 2021.

BLANCO VALDÉS, Roberto L, *El valor de la Constitución*, Alianza Editorial, Madrid, 2010.

BUILES BETANCUR, Juliana. *La omisión legislativa y el control de constitucionalidad*, Universidad CES, Medellín, 2020, p.11.

CHANAME ORBE, Raúl. *Manual de Derecho Constitucional. Derecho, elementos e instituciones constitucionales*, Editorial ADRUS, Lima, 2009.

- DIAZ REVORIO, Francisco Javier. *Estado, Constitución, Democracia. Tres conceptos que hay que actualizar*, Palestra Editores, Lima, 2017.
- DIAZ REVORIO, Francisco Javier. *La "Constitución abierta" y su interpretación*, Palestra editores, Lima, 2004.
- DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. *La interpretación Constitucional de la Ley. Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Palestra Editores, Lima, 2003.
- E. PALACI DI SUNI, "Presentazione" en G. JELLINEK, *Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich*, Höder, Wien, 1885, Trad. italiana, Una Corte Costituzionale per l'Austria, Giappichelli, Torino, 2013.
- FERRERES COMELLA, Víctor. *Justicia Constitucional y Democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.
- GARCIA ROCA, Javier. *La Experiencia de veinticinco años de jurisdicción constitucional en España*, Ed. Porrúa, México, 2009.
- GUASTINI, Riccardo. *Interpretar y argumentar*, Trad. Silvia Álvarez Medina, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014.
- HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*, 2da edición, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.
- IGNACIO DE OTTO, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1988.
- KELSEN, Hans, "La garantía jurisdiccional de la Constitución", Trad. Rolando Tamayo y Salmorán, Rev. Domingo García Belaunde, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 15, Madrid, 2011.
- LÓPEZ PINA, Antonio (ed.), *División de poderes e interpretación*, Tecnos, Madrid, 1987.
- PEGORARO, Lucio y RINELLA, Angelo; *Derecho Constitucional Comparado. Sistemas de justicia constitucional*, Tomo 4, Astrea, Buenos Aires, 2020.
- PEREZ ROYO, Javier y CARRASCO DURÁN, Manuel. *Curso de Derecho Constitucional*, 16ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2018.
- REQUEJO PAGÉS, Juan Luis, *Los problemas de la omisión legislativa en la jurisprudencia constitucional*, ponencia del Tribunal Constitucional español en el XIV Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeos, Vilna, mayo de 2008, p.4
- SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Teoría de la Constitución*, Astrea, Buenos Aires, 2004.

TAGLE ACHÁVAL, *Derecho Constitucional*, Tomo I, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1978.

VILLOTA BENAVIDES, María Susana, “El control de constitucionalidad a las omisiones legislativas en el contexto del Estado social de derecho”, publicado en la *Revista Facultad De Derecho y Ciencias Políticas*. Volumen N°42, N°117, Medellín, Colombia, 2012, p. 469.

ZAGREBELSKY, Gustavo, MARCENO, Valeria, PALLANTE y Francesco. *Manual de Derecho Constitucional*, 1era Edición, Zela Grupo Editorial, Lima, 2020.