

Tribunal Constitucional y el control de las omisiones legislativas en Perú

Constitutional Court and the control of legislative omissions in Peru

José Rolando Cardenas Gonzales^{1*} , Gilmer Alarcón Requejo² , Juan Alberto Castañeda Méndez³ , Jhonatan Milton Yupton Vásquez⁴ 

¹Universidad Señor de Sipán. Chiclayo, Perú

²Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo. Lambayeque, Perú

³Universidad Cesar Vallejo, Trujillo, Perú

⁴Escuela de Educación Superior Técnico Profesional de la Policía Nacional del Perú. Chiclayo, Perú

RESUMEN

El Tribunal Constitucional es el órgano responsable de garantizar la supremacía de la Constitución y el respeto de los derechos fundamentales, incluyendo la supervisión de omisiones legislativas que puedan vulnerar mandatos constitucionales. Este estudio tiene como objetivo analizar los fundamentos, límites y efectos del control de las omisiones legislativas por parte del Tribunal Constitucional, explorando sus implicancias jurídicas y políticas. Para ello, se realizó una revisión cualitativa exhaustiva de literatura teórica y doctrinal, lo que permitió identificar dos tipos de omisión legislativa: la absoluta, cuando no existe regulación alguna, y la relativa, cuando la norma existente es insuficiente o incompatible con la Constitución. Los hallazgos revelan que, aunque el Tribunal tiene el poder de declarar la inconstitucionalidad por omisión, no puede sustituir al legislador ni dictar normas generales; su rol se limita a señalar el deber incumplido y fijar un plazo para su corrección. Las conclusiones destacan que el control de omisiones legislativas es crucial para restablecer la validez constitucional y proteger los derechos de los ciudadanos, pero presenta desafíos tanto en su aplicación como en su aceptación política.

Palabras clave: Tribunal; constitución; derechos; parlamento; legislación; derecho constitucional

ABSTRACT

The Constitutional Court is the body responsible for guaranteeing the supremacy of the Constitution and respect for fundamental rights, including the supervision of legislative omissions that may violate constitutional mandates. The purpose of this study is to analyze the foundations, limits and effects of the control of legislative omissions by the Constitutional Court, exploring its legal and political implications. To this end, an exhaustive qualitative review of theoretical and doctrinal literature was carried out, which made it possible to identify two types of legislative omission: the absolute, when there is no regulation whatsoever, and the relative, when the existing norm is insufficient or incompatible with the Constitution. The findings reveal that, although the Court has the power to declare unconstitutionality by omission, it cannot replace the legislator or issue general rules; its role is limited to pointing out the unfulfilled duty and setting a deadline for its correction. The conclusions highlight that the control of legislative omissions is crucial to restore constitutional validity and protect citizens' rights, but it presents challenges both in its application and in its political acceptance.

Keywords: Court; constitution; rights; parliament; legislation; constitutional law

Cómo citar/How to cite:

Cardenas Gonzales, J. R., Alarcón Requejo, G., Castañeda Méndez, J. A., y Yupton Vásquez, J. M. (2024). Tribunal Constitucional y el control de las omisiones legislativas en Perú. *Revista científica en ciencias sociales*, 6, e601209. [10.53732/rccsociales/e601209](https://doi.org/10.53732/rccsociales/e601209)

Editor Responsable:

Chap Kau Kwan Chung 
Universidad del Pacífico. Dirección de Investigación. Asunción, Paraguay
Email: wendy.kwan@upacifico.edu.py

Revisores:

Myrna Ruiz 
Universidad del Pacífico. Dirección de Investigación. Asunción, Paraguay
Email: myrna.ruizdiaz@upacifico.edu.py

Hernán Suty

Universidad Americana. Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas. Asunción, Paraguay
Email: her_su@hotmail.com

Fecha de recepción: 07/10/2024

Fecha de revisión: 10/10/2024

Fecha de aceptación: 30/10/2024

Autor correspondiente:

José Rolando Cardenas Gonzales
E-mail: cardenasjose@uss.edu.pe

INTRODUCCIÓN

El Tribunal Constitucional (TC) es el órgano encargado de defender la Constitución y controlar la constitucionalidad de las leyes y demás normas jurídicas. Sin embargo, su función no se limita a invalidar las normas que sean contrarias a la Carta Magna, sino que también puede intervenir ante la falta o insuficiencia de regulación por parte del legislador, lo cual es conocido como el fracaso de la legislación.

La omisión legislativa se produce cuando el legislador no cumple con su deber de desarrollar o garantizar los derechos, principios o mandatos establecidos en la Constitución, partida un vacío jurídico que afecta la eficacia de la norma suprema. El TC puede conocer y declarar la existencia de una omisión legislativa a través de los diversos procesos constitucionales que tener estado atribuido, semejante como el apelar, el apelar es sostenido o la cuestión de inconstitucionalidad.

La declaración de incumplimiento legislativo por parte del TC implica el reconocimiento de un incumplimiento constitucional por parte del legislador y la exigencia de que adopte las medidas necesarias para subsanar la deficiencia en un plazo razonable. El TC no puede sustituir al legislador para dictar normas con valor general, pero sí puede fijar criterios orientativos o de actuación para resolver los casos concretos que pueda tener o evitar consecuencias negativas para los derechos fundamentales.

De esta manera, el TC ejerce funciones legislativas positivas, en el sentido de que contribuye a la creación de la Ley y a la optimización del contenido de la Constitución, sin invadir las competencias del Parlamento ni vulnerar el principio de separación de poderes. potestades. El TC actúa como órgano activo y coadyuvante en la garantía del Estado Constitucional de Derecho.

El objetivo de este artículo es analizar los fundamentos, límites y efectos de esta función legislativa del TC, así como las principales críticas que se han formulado desde el punto de vista jurídico y político, con fines de educar a la ciudadanía al respecto. Para ello, se formalizó un estudio de revisar tipo, apoyado en la narrativa como método de estudio.

DESARROLLO

La función legislativa del Tribunal Constitucional frente a la Omisión del Constituyente

Este es un tema de gran relevancia jurídica y política en el contexto colombiano. La Corte Constitucional ha desarrollado una teoría de sustitución constitucional, según la cual existe un límite material a las reformas de la Constitución que impide alterar o sustituir sus principios esenciales. Esta teoría se basa en el reconocimiento del poder constituyente primario como fuente de legitimidad y soberanía popular, y en el principio de supremacía constitucional como garantía de la estabilidad y coherencia del ordenamiento jurídico. Sin embargo, la Corte Constitucional también ha admitido la posibilidad de que el constituyente haya incurrido en omisiones al diseñar la estructura y funcionamiento del Estado, lo que crea vacíos normativos que deben ser llenados por el legislador o por el propio órgano de control constitucional.

La función legislativa del TC consiste en la elaboración de normas jurídicas que regulen aspectos clave de la organización y funcionamiento del Estado, así como los derechos y deberes fundamentales de los ciudadanos. Esta función se ejerce mediante la interpretación de la Constitución y la resolución de conflictos entre poderes públicos o entre éstos y particulares. El TC tiene la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes y demás disposiciones con fuerza de ley que sean incompatibles con la Carta Magna, así como dictar sentencias vinculantes para todos los poderes públicos y los ciudadanos.

El objetivo de la función legislativa del TC es asegurar la supremacía de la Constitución como norma fundamental del ordenamiento jurídico, así como la protección de los derechos y libertades constitucionales. El TC actúa como un órgano contra mayoritario que limita el poder de los representantes políticos y vela por el respeto a los principios y valores constitucionales. Asimismo, el TC contribuye a la integración y cohesión del Gobierno del Estado para resolver

las controversias que puedan surgir entre los distintos niveles de gobierno o entre las distintas comunidades autónomas.

La función legislativa del TC se basa en la doctrina jurídica y la jurisprudencia de la Constitución. Entre los autores que han estudiado y defendido esta función se encuentran: que considera al TC como un cuerpo creador del Derecho (García-Pelayo, 2014); que dice que el TC es un legislador negativo que impide que la aplicación de las normas sea inconstitucional (Pérez-Royo, 1998); y, quien sostiene que el TC es un legislador positivo que completa y desarrolla el contenido de la Constitución (Rubio-Llorente, 1982).

García Pelayo (2014), que considera al TC como órgano creador de la Ley, sostiene que la función de este tribunal no se limita a interpretar la Constitución, sino que también contribuye a su desarrollo y actualización. De acuerdo con su teoría, el TC no solo se aplica a la regla suprema, sino que también crea y modifica, adaptándola a las circunstancias históricas y sociales (Balaguer, 2022). Así, el TC actúa como un poder constituyente derivado, que tiene la capacidad de innovar en el ordenamiento jurídico y de resolver los conflictos entre los distintos poderes del Estado.

En un artículo publicado en el diario El País, el catedrático de Derecho Constitucional, Javier Pérez Royo (1998), sostiene que el Tribunal Constitucional (TC) actúa como un legislador negativo que impide la aplicación de las normas de forma inconstitucional. Según este autor, el TC no se limita a declarar la nulidad de las leyes que violan la Constitución, sino que también dicta la ejecución de sentencias que determinan el sentido y el alcance de las normas. De esta manera, el TC se convierte en un cuerpo que restringe las normas de autonomía de los poderes públicos y que impone su propia visión de la Constitución.

Un ejemplo de esta postura es la de Rubio Llorente (1982), quien sostiene que el TC es un legislador positivo que cumple y desarrolla el contenido de la Constitución. Según este autor, el TC no se limita a interpretar la ley suprema, sino que la enriquece con sus sentencias, creando nuevos principios y derechos. Así, el TC actúa como un poder constituyente derivado, que adapta la Constitución a las exigencias de la realidad social y política. Esta visión otorga al TC una gran legitimidad democrática y una amplia discrecionalidad para resolver conflictos constitucionales (Figueroa-Burrieza, 1993)

El TC es el órgano encargado de velar por el cumplimiento de la Constitución y de resolver los conflictos entre los poderes del Estado y las comunidades autónomas. Su función legislativa se basa en el principio de supremacía constitucional, lo que significa que todas las normas jurídicas deben respetar los valores, principios y derechos fundamentales consagrados en la Carta Magna (Terrazas, 2008).

La función legislativa del TC se ejerce a través de diversos mecanismos de control de constitucionalidad, que pueden ser preventivos o sucesivos, abstractos o concretos, y que tienen por objeto asegurar la adecuación de las leyes y reglamentos con fuerza de ley al orden constitucional. Entre estos mecanismos se encuentran los recursos de inconstitucionalidad, las cuestiones de inconstitucionalidad, las cuestiones, las impugnaciones de disposiciones de la comunidad autónoma y el conflicto de competencia (Cabienes y Mena, 2012).

La función legislativa del TC no se limita a un mero control negativo o invalidador de las normas que son contrarias a la Constitución, sino que también implica una labor positiva o incluyente, que consiste en interpretar la Constitución de acuerdo con su espíritu y finalidad, así como desarrollar sus preceptos, por la doctrina constitucional que emana de sus sentencias y decisiones.

Según la función legislativa del TC, se basa en el principio de supremacía constitucional, cual es el base del Estado constitucional y la garantía de la democracia y el Estado de derecho (Ollero, 2018). Para estos instrumentos son esenciales para preservar la coherencia y la unidad del ordenamiento jurídico (García-Roca, 2019).

De esta manera, el TC contribuye a la consolidación del Estado constitucional y al fortalecimiento del Estado social y democrático de derecho. Como se ha señalado, el TC es el

máximo y auténtico intérprete de la Constitución y su doctrina tiene valor normativo y vinculante para todos los poderes públicos y ciudadanos (Pérez-Royo, 1998).

La Omisión del Constituyente

La omisión del constituyente puede afectar los derechos, principios y garantías fundamentales establecidos por la Constitución, por lo que puede ser objeto de control jurisdiccional por parte de los órganos competentes. La omisión del constituyente supone una vulneración del principio de supremacía constitucional y del deber de colaboración entre los poderes públicos.

Según el informe, la omisión del constituyente implica una vulneración del principio de supremacía constitucional, ya que impide que la Constitución sea expresión de la voluntad popular, y que se actualice de acuerdo a las demandas y necesidades de la sociedad (Báez-Silva, 2002). Asimismo, se señala que la omisión del constituyente puede generar inconstitucionalidad por omisión legislativa, cuando el legislador incumple con su deber de dictar o modificar leyes que requerían el bienestar general, o de hacer efectivas las normas constitucionales.

Por otro lado, Terrazas Salgado (2008) dice que la omisión del constituyente también puede ser una forma de resistencia o desobediencia civil frente a una Constitución impuesta o ilegítima, que no refleja los valores e intereses de la mayoría de la población. En este sentido, el autor sostiene que la omisión de la constituyente puede ser un mecanismo para reclamar una nueva Constitución, más democrática y participativa, que reconozca los derechos humanos y la diversidad cultural.

La omisión del constituyente se refiere a la falta de ejercicio del poder constituyente por parte del pueblo, que es el único sujeto del poder legítimo. Esta omisión puede tener diversas causas, como la existencia de regímenes autoritarios que usurpan el poder constituyente, la falta de participación ciudadana en los procesos constituyentes, o la rigidez de los mecanismos de reforma constitucional que dificultan la adecuación de la Constitución a las nuevas realidades sociales. Por ejemplo, se sabe que países como Cuba, Venezuela o China son casos de omisión del constituyente, donde el poder constituyente se concentra en una sola persona o partido político; o en países como Chile, donde recientemente lanzó un proceso constituyente tras años de demandas sociales insatisfechas por la actual Constitución (Brewer-Carías, 2015).

De acuerdo con esto, un ejemplo de ello sería la omisión del legislador mexicano, quien creó una ley que le permitiría impugnar las decisiones del Ministerio Público sobre el no ejercicio o renuncia de la acción penal (Báez-Silva, 2002). Además, la omisión del constituyente también puede ser una forma de resistencia o desobediencia civil frente a una Constitución impuesta o ilegítima, que no refleja los valores e intereses de la mayoría de la población. En este sentido, se sostiene que la omisión del constituyente puede ser un mecanismo para reclamar una nueva Constitución, más democrática y participativa, que reconozca los derechos humanos y las diversidades culturales. Un ejemplo de ello sería el caso de Bolivia, donde los pueblos indígenas se movilizaron para exigir una Asamblea Constituyente que reconociera su identidad y derechos (Pitalúa, 2016).

Finalmente, Miguel Carbonell (2002) argumenta que la omisión del constituyente puede ser también consecuencia de la falta de consenso o acuerdo político entre las fuerzas sociales y políticas que configuran una sociedad pluralista y compleja. El autor explica que, en estos casos, la omisión del constituyente puede ser una forma de evitar conflictos, o rupturas institucionales, optando por mantener una Constitución existente pero reformable, el diálogo y la negociación entre los distintos actores. Un ejemplo de ello sería el caso de España, donde la Constitución de 1978 ha sido objeto de varias reformas parciales para adaptarse a los cambios políticos y sociales sin alterar su núcleo esencial.

La omisión del constituyente es una situación que se da cuando el Poder Legislativo incumple con su deber de promulgar una ley que ha desarrollado un contenido constitucional o que era incompleta, o discriminatoria. Esta omisión puede afectar la vigencia y efectividad de los derechos fundamentales y principios constitucionales, así como la separación de poderes y el

equilibrio institucional. Por lo tanto, es necesario que existan mecanismos de control y supervisión para asegurar el cumplimiento de la voluntad del constituyente originario o reformador (Bazán, 2014; Laborde-Marván, 2017).

Entre las consecuencias de la omisión de la asamblea constituyente se pueden mencionar las siguientes:

- La creación de políticas vacías que dificultan la aplicación directa e inmediata de la Constitución y generan inseguridad jurídica e indefensión a los ciudadanos. Por ejemplo, la falta de una ley que regule el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, o la ausencia de una ley que establezca los límites y condiciones del uso legítimo de la fuerza por parte de las autoridades.
- La vulneración del principio de igualdad y no discriminación, al dejar fuera la regulación legal de determinados sectores o grupos de población que se encuentran en situación de desventaja o exclusión social. Por ejemplo, la falta de reconocimiento y protección de los derechos de las personas con discapacidad, migrantes, LGBTI o en situación de pobreza.
- La invasión de competencias por parte de otros poderes públicos, especialmente el ejecutivo o el judicial, asumen funciones legislativas que no les corresponden, y alteran el equilibrio de la constitución. Por ejemplo, la emisión de reglamentos o los decretos que contravengan o excedan las disposiciones de la Constitución o la creación de jurisprudencia que complemente o modifique las normas establecidas por el legislador.
- La pérdida de legitimidad y representatividad del poder legislativo, el incumplimiento de su función esencial de dar expresión a la soberanía del pueblo y reflejar los valores y propósitos de la Constitución. Por ejemplo, la falta de respuesta a las demandas sociales expresadas en movimientos ciudadanos, consultas populares o iniciativas legislativas.

Frente a estas consecuencias, es necesario buscar soluciones para restablecer la conformidad con la Constitución y proteger los derechos e intereses de los ciudadanos. Algunas posibles soluciones son las siguientes:

- El establecimiento de plazos razonables y límites obligatorios para que el legislador cumpla con su deber de legislar, bajo amenaza de políticas sancionadoras o personas jurídicas en caso de incumplimiento. Por ejemplo, la fijación de un plazo máximo para la expedición de una ley orgánica para desarrollar una reforma constitucional o la imposición de una multa o censura al legislador por su inacción.
- Las acciones de calificación son específicas para reclamar la inconstitucionalidad por omisión legislativa, tanto en términos absolutos como en relación con los órganos competentes de control constitucional, como el Tribunal Constitucional o la Corte Suprema de Justicia. Por ejemplo, la presentación de una queja por parte de un ciudadano afectado por la falta de una ley que regule su derecho o la interposición de un recurso por parte del ejecutivo o del tribunal para exigir el cumplimiento legislativo de sus funciones.
- La posibilidad de que los ciudadanos ejerzan directamente su derecho a la iniciativa legislativa popular, cuando el legislador no satisfaga sus demandas o necesidades. Por ejemplo, la recolección de firmas para proponer una ley que regule un tema de interés público o social o para realizar un referéndum para aprobar o rechazar una ley propuesta por el pueblo.
- La promoción de una cultura constitucional que promueva el respeto y la observancia de la Constitución por parte de todos los poderes públicos y ciudadanos, así como el diálogo y la colaboración entre ellos para la consecución de los fines y objetivos de la misma. Por ejemplo, la implementación de campañas educativas sobre los derechos y deberes constitucionales, o la creación de espacios de debate participativo y consensuado sobre las reformas legales necesarias.

1. El deber de protección de los derechos fundamentales

El TC es el órgano supremo de interpretación y defensa de la Constitución, que garantiza el respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos y el equilibrio entre los poderes del Estado. Sin embargo, ¿qué sucede cuando la Constitución no regula o no desarrolla suficientemente algunos aspectos de los derechos fundamentales? ¿Cuál es el papel del Tribunal Constitucional frente a la omisión de un constituyente?

Parte de la idea de que los derechos fundamentales son los principios constitucionales que limitan el poder del Estado y que tienen un contenido que puede ser desconocido, o por el legislativo o por el poder constituyente (López-Guerra, 2001). Así, el Tribunal Constitucional tiene la función de velar por el contenido esencial y completar o integrar las lagunas o insuficiencias de la Constitución en materia de derechos fundamentales, mediante la interpretación conforme a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, los tratados internacionales de derechos humanos y los principios generales del Derecho (Tettinger, 2018).

Sin embargo, esta función integradora del TC no es ilimitada ni arbitraria, sino que debe respetar los criterios de razonabilidad, proporcionalidad y seguridad jurídica, así como el principio democrático que implica el respeto al legislador como representante de la voluntad popular. El TC no puede sustituir al legislador ni crear normas jurídicas aplicables al ámbito de la política legislativa, pero que debe limitarse a fijar los parámetros de mínimo constitucional para la protección de los derechos fundamentales frente a la omisión de la constituyente (López-Guerra, 2001).

Cabe señalar que el TC juega un papel fundamental en la protección de los derechos fundamentales frente a la omisión de la asamblea constituyente, pero debe hacerlo con cautela y respetando el principio democrático. Las funciones integradoras deben tener por objeto garantizar el contenido esencial de los derechos fundamentales y facilitar el desarrollo del marco legislativo en consonancia con los valores y principios constitucionales.

El deber de protección de los derechos fundamentales es, por tanto, una cuestión ética, jurídica y política que atañe a todos los Estados y a todos los órganos del poder público. Su cumplimiento es esencial para asegurar la legitimidad democrática del orden constitucional y promover el progreso social y el bienestar colectivo. Como afirma Tórtora Aravena (2010): "Si los derechos fundamentales cumplen un papel de legitimación legal de todo el orden constitucional y, al mismo tiempo, tienen una presunción de validez, entonces se tiene también la propiedad de exigir al Estado [y a sus órganos] un deber especial de protección hacia ellos". Para ilustrar el deber de protección de los derechos fundamentales, se pueden mencionar algunos ejemplos concretos (Organización de las Naciones Unidas [ONU], 1948):

- El deber de proteger el derecho a la vida implica no sólo evitar las ejecuciones arbitrarias y las desapariciones forzadas, sino también tomar medidas para prevenir el asesinato, el suicidio, la violencia doméstica o el aborto inseguro; así como garantizar el acceso a la salud, la alimentación, el agua potable y otros servicios básicos. Según el artículo 25.1. sobre la Declaración Universal: "toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado [...] salud y bienestar".
- El deber de proteger el derecho a la libertad implica no sólo prevenir la detención ilegal o arbitraria, sino también tomar medidas para prevenir la esclavitud, la trata de personas, el secuestro o la tortura; así como garantizar el debido proceso, el habeas corpus y otros recursos legales. Según el artículo 3° de la Declaración Universal: "toda persona tiene derecho a la vida, a la libertad, desde la seguridad".
- El deber de proteger el derecho a la igualdad implica no sólo evitar la discriminación por motivos de sexo, raza, origen, religión u otros factores; pero también tomar medidas para prevenir el racismo, la xenofobia, la homofobia o la violencia contra las mujeres; así como garantizar la igualdad ante la ley, el acceso a la educación, al trabajo y otros entornos sociales. Según el artículo 1° de la Declaración Universal: "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos".

El deber de proteger el derecho a la participación implica no sólo evitar restricciones indebidas al derecho al voto, a la libertad de expresión, sino también tomar medidas para prevenir la corrupción, el fraude electoral o la censura; así como garantizar el pluralismo político, el acceso a la información pública y otros mecanismos democráticos. Según el artículo 21° de la Declaración Universal: "toda persona tiene derecho a participar en el gobierno [...] directamente o a través de [...] representantes libremente elegidos".

2. La función legislativa en la protección de los derechos fundamentales

La función legislativa de protección de los derechos fundamentales consiste en la elaboración de normas jurídicas que garanticen el respeto y la promoción de los valores y principios constitucionales. La ley debe estar orientada a la realización efectiva de los derechos humanos, tanto en el plano nacional como en el internacional, y debe ser compatible con los tratados y acuerdos firmados por el Estado.

La protección de los derechos fundamentales implica no sólo la creación de normas, sino también el control de su aplicación y cumplimiento. En este sentido, el Poder Legislativo tiene la facultad de fiscalizar al Poder Ejecutivo y al Poder Judicial, así como a los demás órganos del Estado, para verificar que sus actuaciones se ajusten al marco constitucional y legal. Además, el legislador puede promover leyes constitucionales o estatutarias que amplíen o enriquezcan el catálogo de derechos fundamentales, o introducir mecanismos de garantía o defensa más eficaces. Estas reformas deben contar con el consenso de las fuerzas políticas y sociales, y deben respetar los principios de supremacía constitucional, jerarquía, normas y seguridad jurídica. Así lo afirma el Constitucional peruano (García-Belaúnde, 2004), quien destaca el papel del Congreso como órgano representativo y deliberativo. Un ejemplo de esta función es el Acto Legislativo N°30754, Ley Marco de Cambio Climático, aprobado por el Congreso de la República del Perú en el año 2018, que establece los principios, enfoques y disposiciones generales para la gestión del cambio climático en el país y crea la Comisión Nacional de Cambio Climático como un espacio sectorial y participativo para coordinar acciones para hacer frente a este fenómeno global.

La función legislativa en la protección de los derechos fundamentales es, por tanto, una tarea compleja y trascendente, que requiere de un compromiso ético y democrático por parte del partido de los parlamentarios. Deben actuar con independencia, transparencia y participación ciudadana, buscando el beneficio común y el interés general. Además, deben estar atentos a las demandas y necesidades de la sociedad, así como a los cambios y desafíos de los asuntos nacionales e internacionales. Esta es la única manera de lograr una legislación que garantice la dignidad humana y el Estado de Derecho.

La ley debe estar orientada a la realización efectiva de los derechos humanos, tanto en el plano nacional como en el internacional, y debe ser compatible con los tratados y acuerdos firmados por el Estado. Así lo afirma el jurista español Pérez -Luño (2005), quien sostiene que la función legislativa es una manifestación del poder constituyente y que debe ejercerse con responsabilidad y conciencia social. Un ejemplo de esta función legislativa es la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, aprobada por el Congreso de los Diputados, que adapta la normativa española del Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea y reconoce nuevos derechos digitales como el derecho al olvido, el derecho a la portabilidad o el derecho a la desconexión digital.

La función legislativa del Tribunal Constitucional frente a la omisión del constituyente

La función legislativa del Tribunal Constitucional frente a la omisión del constituyente plantea una serie de límites e impugnaciones que se derivan de la naturaleza y el alcance de su jurisdicción. Por un lado, el Tribunal Constitucional debe garantizar la supremacía y la eficacia de la Constitución, así como la protección de los derechos fundamentales, ante la ausencia o insuficiencia de desarrollo legislativo de los mandatos constitucionales. Por otro lado, el

Tribunal Constitucional debe respetar el principio de democracia y la autonomía del legislador ordinario, evitando sustituirlo o condicionarlo en el ejercicio de su función normativa.

En este sentido, la doctrina y la jurisprudencia han desarrollado diferentes criterios y técnicas para abordar el problema de la omisión legislativa desde una perspectiva constitucional. Entre ellos, podemos mencionar los siguientes: la distinción entre la omisión legislativa absoluta y relativa, la identificación de los deberes constitucionales concretos y vinculantes de la elaboración de leyes, la verificación de la existencia de un vacío normativo que afecte a la Constitución y a los derechos fundamentales, la aplicación directa o análoga de las normas constitucionales, la interpretación conforme a la Constitución de las disposiciones legales incompletas o deficientes, la declaración de inconstitucionalidad con efecto ex nunc o diferida, y la formulación de exhortaciones y advertencias al Poder Legislativo para que cumpla con su obligación constitucional (García-Pelayo, 1984; González-Oropeza y López-Saucedo, 2009; Requejo Pagés et al., 2008).

Estos criterios y técnicas no son excluyentes ni exhaustivos, sino que deben ser aplicados con cautela y proporcionalidad por el TC, teniendo en cuenta las circunstancias del caso y el grado de implicación de la Constitución o de los derechos fundamentales. Además, el TC debe velar por que sus decisiones sean respetadas y ejecutadas por el legislador ordinario, sin incurrir en injerencias indebidas en su función legislativa. De esta manera, puede cumplir con su rol de garante de la Constitución y de los derechos fundamentales frente a la omisión de la asamblea constituyente, sin perjuicio del principio de democracia, ni de la separación de poderes (Báez-Silva, 2002).

La función legislativa del Constitucional frente a la omisión del constituyente plantea límites y desafíos que deben ser analizados desde el respeto al principio de separación de poderes, los criterios de intervención y coordinación con otros órganos del Estado (Requejo, 2008). En este sentido, podemos decir que:

- El TC no es un órgano legislativo positivo o negativo, sino un órgano de control de la constitucionalidad de las leyes y demás normas jurídicas, que puede detectar y declarar la existencia de normas u omisiones legislativas vacías cuando vulneran la Constitución o impiden su eficacia.
- El TC es competente para revisar y determinar la constitucionalidad de una omisión legislativa, tanto a instancia de los recurrentes como de oficio, siempre que reúna los requisitos de legitimidad, procedimiento y justiciabilidad.
- El TC debe emplear una metodología rigurosa para identificar la existencia de omisiones legislativas, basada en la interpretación sistemática y evolutiva de la Constitución y del ordenamiento jurídico, así como en el análisis de las consecuencias prácticas de la falta de regulación.
- El TC debe respetar la libertad del legislador y democrático, evitando complementar su función con decisiones que puedan implicar la creación de normas o injerencias indebidas en el ámbito político o administrativo.
- El TC debe tomar las medidas adecuadas para asegurar el cumplimiento de sus decisiones que declaran la inconstitucionalidad por omisión legislativa, tales como fijar plazos, establecer los criterios que rigen o se coordinan con otros órganos del Estado.

De este modo, la función legislativa del TC frente a la omisión de la asamblea constituyente es compleja y delicada, lo que requiere un equilibrio entre la defensa de la supremacía constitucional y el respeto al principio de separación de poderes (Cardenas, 2023).

Ahora bien, el Estado de Derecho es un principio de carácter político y jurídico, que implica el sometimiento de todos los poderes públicos y privados a la Constitución y a las leyes, por lo que, de acuerdo con este principio, el Estado debe garantizar el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los ciudadanos, así como la separación e independencia de poderes entre los poderes legislativo, ejecutivo y judicial. El Estado de Derecho se basa en la idea de que el poder debe estar limitado por el derecho a impedir su abuso o arbitrariedad (Bobbio, 1989; García-Pelayo, 1984; Habermas, 1992).

Uno de los elementos esenciales del Estado de Derecho es el control judicial de la constitucionalidad de las normas y la legalidad de la actuación administrativa. Esto significa que los jueces y tribunales tienen la facultad de revisar la conformidad de las leyes y actos del poder público con la Constitución y con la ley vigente. Así, protege el principio de supremacía constitucional y asegura el cumplimiento de los derechos y deberes de los ciudadanos (Ferrajoli, 1999; Kelsen, 1982; Pérez-Luño, 2005).

Otro de los elementos clave del Estado de Derecho, la participación democrática de los ciudadanos en la formación de la voluntad política. Esto implica que el pueblo es titular de la soberanía nacional, y que ésta puede ejercerse directamente o a través de sus representantes, libremente elegidos en procesos electorales transparentes y pluralistas. Además, el Estado de Derecho reconoce el derecho de los ciudadanos a asociarse, hablar, manifestarse y acceder a la información pública (Dahl, 1989; Locke, 1897; Rousseau, 1762).

El Estado de Derecho puede definirse como "el principio de gobierno en virtud del cual todas las personas, instituciones y entidades, públicas y privadas, incluido el propio Estado, están sujetas a algunas leyes que son promulgadas por el público, se aplica por igual y son aplicables independientemente, además de ser compatibles con las normas y principios de los derechos humanos internacionales" (ONU, 2004). Por esta razón, es crucial que los Estados cuenten con un marco jurídico nacional, claro, coherente y congruente con el derecho internacional de los derechos humanos, así como con instituciones sólidas que garanticen el cumplimiento efectivo de sus funciones.

El Estado de Derecho es un principio fundamental que implica que todos los actos públicos y privados deben estar sujetos a la Constitución, ley suprema que establece los derechos y deberes de los ciudadanos y de las autoridades. Al respecto, establece que el Estado de Derecho es el Estado bajo la ley (Díaz, 1998); es decir, el Estado cuyo poder y actividad están regulados y controlados por la ley. El Estado de Derecho está fundamentalmente en el "Estado de Derecho": el Derecho y el Derecho entendido en este contexto como una expresión de la "voluntad general". Sin embargo, en un Estado constitucional de Derecho, no basta con que exista una Constitución formalmente válida, sino que requiere que su contenido sea acorde con los valores democráticos y los derechos humanos, y que asegure su efectividad a través de mecanismos de control de constitucionalidad.

El Tribunal Constitucional peruano en el ejercicio de su función legislativa frente a la omisión del constituyente

El TC es el órgano supremo de interpretación y defensa de la Constitución. Entre sus funciones se encuentra el control de la constitucionalidad de las leyes y otros actos normativos, así como resolver conflictos de competencia entre los poderes del Estado. En algunos casos, el TC ha ejercido una función legislativa frente a la omisión de un constituyente, es decir, cuando éste no ha cumplido con su deber de desarrollar o regular algún aspecto previsto en la Constitución. Un ejemplo de esta función legislativa en el Tribunal Constitucional (2004) lo da la STC Exp. 002-2004-AI/TC, que declaró la inconstitucionalidad por omisión de la ley que debe regular el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas. La Corte Constitucional ordenó al Congreso dictar la ley en un plazo razonable y estableció los criterios mínimos que debían contenerse. Así, se asumió una función creadora del derecho ante la ausencia de acción del legislador.

Otro ejemplo ocurrió en la STC Exp. N.º0006-2006-PI/TC (Tribunal Constitucional, 2006), que declaró la inconstitucionalidad por omisión de la ley que debía regular el derecho a la objeción de conciencia al servicio militar obligatorio. Así, se ordenó al Congreso dictar la ley en un tiempo determinado, y fijar los principios y requisitos que debían respetarse. De esta manera, el TC se vio suplido por la ausencia del legislador y para garantizar el ejercicio efectivo de un derecho constitucional

El TC es el órgano supremo de interpretación y defensa de la Constitución. Entre sus funciones se encuentra el control de la constitucionalidad de las leyes y otros actos normativos, así como

resolver conflictos de competencia entre los poderes del Estado. En algunos casos, el TC ha ejercido una función legislativa frente a la omisión de un constituyente, es decir, cuando éste no ha cumplido con su deber de desarrollar o regular algún aspecto previsto en la Constitución. Un tercer ejemplo se presenta en la STC Exp. N.º0008-2003-AI/TC (Tribunal Constitucional, 2003), que declaró la inconstitucionalidad por omisión de la ley que debía regular el derecho a la participación ciudadana en los asuntos públicos. El TC ordenó al Congreso dictar la ley en un plazo perentorio y señaló los aspectos esenciales que debían ser cubiertos. De esta manera, la Corte Constitucional tenía un papel inclusivo del derecho al fracaso del legislador.

Estos casos muestran que la Corte Constitucional ha ejercido una función legislativa frente a la omisión de la asamblea constituyente, lo que ha llevado a un debate sobre los límites y alcances de su intervención en el proceso de creación de la ley. Algunos autores consideran que esta función legislativa es legítima y necesaria para proteger los derechos fundamentales y el Estado constitucional de derecho. Otros autores sostienen que esta función legislativa es ilegítima e innecesaria, ya que viola el principio de separación de poderes y usurpa las atribuciones del Parlamento (García-Belaúnde, 2004).

En el caso del TC español, tiene, entre otras, la función de velar por el respeto a la Constitución y a los derechos fundamentales reconocidos. Sin embargo, en algunos casos, el TC ha tenido que ejercer una función legislativa frente a la omisión de un constituyente, es decir, a la falta de desarrollo jurídico de algunas disposiciones constitucionales. En este texto analizaremos tres supuestos en los que el TC ha asumido esta función legislativa: la protección del medio ambiente, la igualdad y no discriminación y el derecho a la protección de la salud.

El primer caso se refiere a la protección del medio ambiente, que está reconocida en el artículo 45 de la Constitución como un derecho y un deber de todos los ciudadanos. Sin embargo, este documento ha sido desarrollado por una ley orgánica para regular su contenido y alcance, tal como lo exige el artículo 81 de la Constitución. Ante esta omisión legislativa, el TC ha tenido que establecer los criterios para determinar cuándo viola esta ley y qué tipo de acciones se pueden ejercer para su defensa. Así, en la sentencia 64/1982, el TC español dijo que el derecho al medio ambiente implica el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona y el deber de preservarlo para las generaciones futuras. Además, en la sentencia 102/1995, el TC reconoció la legitimación activa de cualquier ciudadano para interponer recurso contra las acciones u omisiones de las autoridades públicas que afecten al medio ambiente, siempre que se acredite la existencia de un interés legítimo.

El segundo caso se refiere a la igualdad y la no discriminación, consagradas en el artículo 14 de la Constitución como principios rectores de la actuación de los poderes públicos y como derechos fundamentales de los ciudadanos. Sin embargo, este artículo también ha sido desarrollado por una ley orgánica que define los supuestos y las medidas de acción positiva para garantizar la igualdad real y efectiva de todos los españoles. Ante esta omisión legislativa, el TC ha tenido que interpretar el contenido y alcance del artículo 14 de la Constitución, así como los límites y las condiciones de las políticas públicas destinadas a favorecer a determinados grupos o colectivos. Así, en la sentencia 128/1987 se estableció que el principio de igualdad implica el deber de tratar como iguales a iguales y desiguales a los desiguales en la medida en que sean desiguales. Además, en la sentencia 236/2007, el TC admitió la constitucionalidad de las medidas de discriminación positiva, siempre que sean proporcionadas, temporales y no impliquen una exclusión absoluta o una inversión de la carga de la prueba.

El tercer caso se refiere al derecho a la protección de la salud, reconocido en el artículo 43 de la Constitución como un derecho vinculado al principio rector del bienestar orientado a la política social. Sin embargo, este artículo también ha sido desarrollado por una ley orgánica para regular su contenido y alcance, tal como lo exige el artículo 81 de la Constitución. Ante esta omisión legislativa, el TC ha tenido que determinar cuándo viola esta ley y qué tipo de acciones se pueden ejercer para su defensa. Así, en la sentencia 16/1989, el TC dijo que el derecho a la protección de la salud implica el derecho de acceso al sistema sanitario público en

condiciones de igualdad y de calidad suficiente. Además, en la sentencia 139/1995, el TC reconoció la legitimación activa de cualquier ciudadano para interponer recurso contra las acciones u omisiones de los poderes públicos que afecten al derecho a la salud, siempre que se acredite un interés legítimo.

Al comparar estos desempeños, podemos decir que el TC ha ejercido una función legislativa frente a la omisión de un constituyente en algunos de los casos que involucran derechos fundamentales y principios rectores de la política social. Esta función legislativa se basaba en una interpretación constitucional orientada a garantizar el Estado social y democrático de derecho. Sin embargo, esta función legislativa también plantea algunas preocupaciones jurídicas y políticas, como el respeto del principio de separación de poderes o la legitimidad democrática del TC para crear normas jurídicas.

CONCLUSIÓN

La revisión de la función legislativa del Tribunal Constitucional frente a la omisión del constituyente muestra que se trata de un poder excepcional y subsidiaria que busca asegurar la supremacía de la Constitución y el cumplimiento de los tratados internacionales de derechos humanos.

La función legislativa del Tribunal Constitucional frente a la omisión del constituyente es una herramienta jurídica que permite al órgano de control constitucional colmar los vacíos normativos que afectan a la efectividad de los derechos fundamentales. Esta función se ejerce a través de la emisión de sentencias integradoras o aditivas, que incorporan al ordenamiento jurídico los contenidos normativos que el constituyente omitió desarrollar.

Sin embargo, esta función no es ilimitada ni arbitraria, sino que está sujeta a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad, así como al respeto a la reserva de ley y a la separación de poderes. De esta manera, el Tribunal Constitucional actúa como un legislador negativo o subsidiario, que sólo interviene cuando el legislador ordinario ha incumplido su deber de legislar en materia constitucional.

Declaración de los autores: Los autores aprueban la versión final del artículo.

Declaración de conflicto de interés: Los autores declaran no tener conflicto de interés

Contribución de los autores:

- Conceptualización: José Rolando Cardenas Gonzales, Gilmer Alarcón Requejo
- Curación de datos: Juan Alberto Castañeda Méndez, Jhonatan Milton Yupton Vásquez
- Análisis formal: Gilmer Alarcón Requejo
- Investigación: José Rolando Cardenas Gonzales, Gilmer Alarcón Requejo, Juan Alberto Castañeda Méndez, Jhonatan Milton Yupton Vásquez
- Metodología: José Rolando Cardenas Gonzales
- Redacción – borrador original: José Rolando Cardenas Gonzales, Juan Alberto Castañeda Méndez
- Redacción – revisión y edición: José Rolando Cardenas Gonzales, Gilmer Alarcón Requejo

Financiamiento: Este trabajo ha sido autofinanciado.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Báez-Silva, C. (2002). La omisión legislativa y su inconstitucionalidad en México. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 35(105), 741–796. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2002.105.3731>
- Balaguer Callejón, M. L. (2022). *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*. Centro de estudios Políticos y Constitucionales.

- Bazán, V. (2014). *Control de las omisiones inconstitucionales e inconventionales. Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos*. Fundación Konrad Adenauer. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/31009.pdf>
- Bobbio, N. (1989). *Estado, gobierno y sociedad: Por una teoría general de la política*. Fondo de Cultura Económica.
- Brewer-Carías, A. R. (2015). *Principios del Estado de Derecho. Aproximación histórica*. Ediciones EJV International. <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2016/06/Brewer.-Principios-del-Edo.-de-Derecho.-9789803653361-Miami-2016.pdf>
- Cabieses, P. y Mena, L. (2012). *Tribunal Constitucional, potestad reglamentaria y control de constitucionalidad de los decretos supremos: estado actual de la discusión*. [Trabajo de licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales]. Universidad de Chile. <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/112762>
- Carbonell, M. (2002). *Teoría constitucional y derechos fundamentales*. Comisión Nacional de Derechos Humanos. http://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/Jur_3.pdf
- Cardenas, J. R. (2023). La inconstitucionalidad por omisión y los mecanismos de control en el Perú desde el enfoque comparado. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 25(50), 67–99. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2024.50.18803>
- Dahl, R. A. (1989). *Democracy and its critics*. Yale University Press.
- Díaz, E. (1998). *Estado de derecho y sociedad democrática*. Taurus.
- Ferrajoli, L. (1999). *Derecho y garantías, la ley del más débil*. Trotta.
- Figueruelo-Burrieza, Á. (1993). La incidencia positiva del Tribunal Constitucional en el poder legislativo. *Revista de Estudios Políticos*, 81, 47–72. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=27229>
- García-Pelayo, M. (2014). El «status» del Tribunal Constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 100(214), 15–37. <https://recyt.fecyt.es/index.php/REDCons/article/view/39732>
- García-Pelayo, M. (1984). *Derecho constitucional comparado* (4ta ed.). Alianza.
- García-Belaúnde, D. (2004). Los tribunales constitucionales en América Latina. *Revista de Derecho Político*, (61), 309-322. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1060665>
- García-Roca, J. (2019). *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Civitas Thomson Reuters.
- González-Oropeza, M., y López Saucedo, P. (2009). *Iconografía de la justicia en México*. Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Habermas, J. (1992). *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Suhrkamp.
- Kelsen, H. (1982). *Teoría pura del derecho*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Laborde, I. (2017). *Cómo hicieron la Constitución de 1917*. Fondo de Cultura Económica.
- Locke, J. (1897). *Segundo ensayo sobre el gobierno civil*. Alba.
- López-Guerra, L. (2001). *Estudios de derecho constitucional*. Tirant lo Blanch.
- Ollero, A. (2018). Legalidad y constitucionalidad. *Archivo Giuridico*, (2), 229–256. <https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/Composicion-Organizacion/documentos-magistrados/OlleroTassara/articulos/III-134-348-LEG-CONS-AG.pdf>
- Organización de las Naciones Unidas (ONU). (1948). *La Declaración Universal de Derechos Humanos*. <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights#:~:text=Proclama>
- Organización de las Naciones Unidas (ONU). (2004). *Impunidad y estado de derecho*. OACNUDH para América Central. <https://www.oacnudh.org/areas-de-trabajo/impunidad-y-estado-de-derecho/>
- Pérez-Royo, J. (1998). *Curso de derecho constitucional* (5ta ed.). Marcial Pons.
- Pérez-Luño, A. (2005). *Derechos humanos, estado de derecho y constitución* (9na ed.). Tecnos.
- Pitalúa, V. (2016). *Centenario de la Constitución de 1971. Reflexiones en torno de los grandes problemas nacionales*.
- Requejo, J. (2008). XIV Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeos: Los problemas de la omisión legislativa en la jurisprudencia constitucional. *Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeos*, 1-43. <https://studylib.es/doc/4458161/los-problemas-de-la-omisi%C3%B3n-legislativa-en-la-jurisprudencia>
- Requejo Pagés, J. L., Duque Villanueva, J. C., Torres Muro, I., y Fossas Espadaler, E. (2008). Doctrina del Tribunal Constitucional durante el segundo cuatrimestre de 2008. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 28(84), 225–250. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2775860>
- Rousseau, J. J. (1762). *El contrato social o principios de derecho político*. elaleph.com.
- Rubio-Llorente, F. (1982). Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2(4), 35–67. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=249660>
- Tribunal Constitucional de España. (2021). *Competencias del Tribunal Constitucional*. <https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/Composicion-Organizacion/competencias/Paginas/default.aspx>
- Terrazas, R. (2008). *Ciclo de Conferencias: Las constituciones mexicanas de 1857 y 1917: Aspectos político-electorales*. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

- Tettinger, P. J. (2018). La carta de derechos fundamentales de la Unión Europea. *Persona y Derecho*, (45), 23-43. <https://doi.org/10.15581/011.31942>
- Tórtora Aravena, H. (2010). Las limitaciones a los derechos fundamentales. *Estudios Constitucionales*, 8(2), 167–200. <https://doi.org/10.4067/S0718-52002010000200007>
- Tribunal Constitucional. (2006). *Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional 0006-2006-PI/TC*. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00006-2006-CC.html>
- Tribunal Constitucional. (2003). *Sentencia del Tribunal Constitucional 0008-2003-AI/TC*. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00008-2003-AI.html>
- Tribunal Constitucional. (2004). *Sentencia del Tribunal Constitucional 002-2004-AI/TC*. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00001-2004-AI%2000002-2004-AI.pdf>