

## **TÍTULO SÉPTIMO**

**INCONSTITUCIONALIDAD  
POR OMISIÓN (V):  
SENTENCIAS “ATÍPICAS O  
INTERMEDIAS” EN GENERAL  
E “INTERPRETATIVAS” EN  
PARTICULAR. DECISIONES  
“UNILATERALES Y  
BILATERALES”, DENTRO DEL  
ÁMBITO DE LAS “ATÍPICAS O  
INTERMEDIAS”. MODULACIÓN  
DE LOS EFECTOS DE LOS  
FALLOS CONSTITUCIONALES**

## I. Nota explicativa sobre el contenido de este bloque temático

El presente tramo de la investigación, convocado por aspectos y elementos estrechamente conectados entre sí dentro del amplio contexto temático de la inconstitucionalidad por omisión, conforma un módulo compuesto por cuatro capítulos.

Razones metodológicas y de claridad expositiva nos urgen a intentar esclarecer aquí siquiera sucintamente el contenido de cada uno de los mismos:

- En el primero y luego de dejar asentado que el género decisonal corresponde a las sentencias “atípicas o intermedias”, nos internaremos en particular en una de sus principales “especies”: las sentencias “interpretativas” y, dentro de éstas, las “manipulativas”, contentivas de útiles remedios “unilaterales”, como las sentencias “aditivas clásicas o puras”.
- En el segundo abordaremos una de las categorías taxonómicas que se han utilizado para sistematizar las decisiones “atípicas o intermedias”: aquella que las bifurca en pronunciamientos “unilaterales y bilaterales o multilaterales”, según si —respectivamente— la solución es dispensada de modo directo por el órgano máximo de la justicia constitucional que corresponda, o si en el proceso de cumplimiento de la respuesta jurisdiccional que éste forje hubiera vinculado a otros poderes del Estado (por ejemplo, al parlamento o congreso) y/u otras autoridades públicas (v. gr., los jueces ordinarios, allí donde la diferenciación con los jueces constitucionales está establecida formalmente, como en Italia o España). El capítulo en cuestión focalizará casi con exclusividad subtipos de resoluciones “bilaterales”, dado que a esa altura del desarrollo del trabajo las “unilaterales” más importantes ya habrán sido presentadas con algún grado de profundidad en el capítulo I.
- En el tercer eslabón nos centraremos en una técnica que ha surtido buenos frutos a la justicia constitucional: la modulación de los efectos de los pronunciamientos constitucionales (v. gr., el diferimiento en el tiempo de las consecuencias de la declaración de inconstitucionalidad o de nulidad).

- En la cuarta fracción brindaremos unas sucintas apreciaciones finales asociadas a algunos de los aspectos afrontados en los tres capítulos anteriores, cerrando así el presente título séptimo.

Finalmente, dejamos sentado que no agotaremos aquí el examen de la polifacética temática de las sentencias “atípicas o intermedias”, pues apreciaciones, argumentaciones y referencias empíricas complementarias en torno a distintas facetas de la cuestión, serán también desplegadas en otros tramos de la investigación.

**CAPÍTULO**

**I**

**CONSIDERACIONES GENERALES.  
ESPECIAL ACERCAMIENTO A LAS  
SENTENCIAS “INTERPRETATIVAS”**

## I. Apreciaciones introductorias

Las sentencias *clásicas o típicas* que emite un tribunal constitucional ante una acción o cuestión de inconstitucionalidad pueden básicamente asumir dos formas: *i*) de *desestimación* pura y simple, en la que se rechaza el planteo de inconstitucionalidad y, consecuentemente, se mantiene la ley acusada dentro del sistema normativo en cuestión; y *ii*) de *admisión* pura y simple, por la que se declara la inconstitucionalidad-nulidad de la ley enjuiciada y se produce su expulsión del ordenamiento jurídico.

Por su parte, y como anticipáramos, el empleo de sentencias “atípicas o intermedias” revela la necesidad de buscar nuevas respuestas ante la insuficiencia del modelo del legislador negativo y la disfuncionalidad del binomio inconstitucionalidad-nulidad evitando la expulsión inmediata de la norma en cuestión, lo que supondría un *horror vacui* y tal vez el advenimiento de una situación de mayor textura anticonstitucional que la que se pretendía conjurar mediante la declaración de ilegitimidad constitucional de la disposición juzgada.

La búsqueda de nuevas técnicas sentenciales denota un intento por superar lo que MODUGNO denomina la *ingenua alternativa entre constitucionalidad e inconstitucionalidad*<sup>276</sup>.

En torno a las variantes decisionales “atípicas o intermedias” existen casi tantas clasificaciones como autores se embarcan en intentos taxonómicos a su respecto, lo que demuestra la dificultad de lograr acuerdos absolutos en punto a su sistematización.

Desde luego, y como dijimos anteriormente, la doctrina de la *interpretación conforme a la Constitución*, además de las variadas exigencias de la propia operación funcional de los tribunales y las cortes constitucionales o cortes supremas de justicia, mucho ha tenido que ver en la génesis y el ulterior desenvolvimiento —primordialmente— de las sentencias interpretativas, que como veremos a continuación constituyen una especie muy significativa del género de decisiones “atípicas o intermedias”.

---

276 MODUGNO, Franco, “Corte Costituzionale e Potere Legislativo”, en BARILE, Paolo, CHELI, Enzo y GRASSI, Stefano (coords.), *Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, II Mulino, Bologna, 1982, p. 48.

## II. Las sentencias “interpretativas” como especie muy relevante del género de decisiones “atípicas o intermedias”

### 1. Sumario mensaje inicial

Nos hacemos cargo del simplismo de cuanto diremos en estas líneas iniciales, que aunque sea muy básico, quizá ofrezca alguna utilidad para evitar confusiones, al menos, en cuanto a nuestra visión del tema al que nos referiremos.

Las aportaciones de distintos autores (fundamentalmente europeos) respecto de las sentencias “atípicas o intermedias” no proyectan un nivel absoluto de acuerdo en torno a si éstas se agotan o no con las “sentencias interpretativas”.

Por nuestra parte, y como advirtiéramos, estas últimas son una *especie*, tal vez la más importante, del *género* de las “atípicas o intermedias”, que además abarcan, por ejemplo, a las *sentencias exhortativas*, las *recomendaciones al legislador* y los *pronunciamientos prospectivos*.

Sobre la plataforma que acabamos de describir muy escuetamente, intentaremos mostrar algunas aproximaciones clasificatorias a los decisorios “atípicos o intermedios”, comenzando por las sentencias interpretativas (también las “manipulativas” y particularmente las “aditivas clásicas o puras”) de las que nos ocuparemos particularmente en este capítulo, como modalidades decisionales “unilaterales”.

En el siguiente capítulo recalaremos en otros especímenes sentenciales del citado género, que la rica y multifacética praxis de los órganos máximos de justicia constitucional revela. Y lo haremos utilizando un enfoque categorial que los vertebrará en pronunciamientos “unilaterales y bi o multilaterales”. Como puede suponerse, el énfasis se pondrá en esta última vertiente, ya que las “unilaterales” serán focalizadas especialmente en la presente porción del ensayo (capítulo I).

Por tanto, el señalamiento que en este segmento proporcionaremos a las sentencias “interpretativas” naturalmente involucrará a las resoluciones que en Italia se han denominado “manipulativas”, entre las que se cuentan las “aditivas clásicas o puras” que —como ya fuera adelantado— son idóneas y útiles para superar las *omisiones inconstitucionales relativas o parciales del legislador*.

## 2. Panorama general y finalidad de las sentencias “interpretativas”

Según GROPPi, el propósito de tales sentencias se inscribe en el marco de la “minimización” del impacto de las decisiones de inconstitucionalidad sobre el sistema, a fin de evitar vacíos y de buscar un equilibrio entre la necesidad de eliminar normas inconstitucionales y la de no crear lagunas o discontinuidades que pondrían en duda el carácter de ordenamiento jurídico<sup>277</sup>.

Otro motivo que lleva a recurrir a esta tipología sentencial es evitar —en tanto sea posible— la declaración de inconstitucionalidad de una disposición, que pueda sumar focos de conflicto a la relación tensional que en diversas ocasiones se genera entre el órgano máximo de la justicia constitucional y el parlamento o congreso. Ello porque la anulación total o parcial de la ley siempre se visualiza, según la interesante perspectiva de ROUSSEAU (cuyas apreciaciones se ciñen al escenario jurídico europeo, aunque valen para otros contextos), como “una *desautorización de la mayoría parlamentaria y se explota políticamente por la oposición*. De este modo, *interpretando la ley de conformidad con la Constitución, los Tribunales Constitucionales evitan oponerse al Parlamento*”<sup>278</sup>.

Al estar las “sentencias interpretativas” fuertemente vinculadas —como anunciaríamos— a la *interpretación conforme*, parten del presupuesto de la distinción entre *disposición y norma*, o entre el enunciado normativo y la/s norma/s que, por medio de la interpretación constitucional, se desprende/n del mismo.

Como es de sobra conocido, la operación que lleva adelante el órgano de cúspide de la justicia constitucional de que se trate consiste en preferir, entre los posibles significados de una disposición, el que observe los mandatos constitucionales y no el que los infrinja o ignore. O bien, procura decantarse por el que brinde la mayor dosis posible de eficacia a los principios y valores de la Constitución.

Una conceptualización que coloquialmente podríamos llamar “*minimalista*” de esta técnica decisoria de interpretación conforme, tal vez nos autorizaría a imaginar que desde el punto de vista funcional las sentencias interpretativas buscan *agotar*

---

277 GROPPi, Tania, “¿Hacia una justicia constitucional ‘dúctil’? Tendencias recientes de las relaciones entre Corte Constitucional y jueces comunes en la experiencia italiana”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, T° I, 4ª ed., Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Porrúa, trad. de Miguel Carbonell, México, D.F., 2003, p. 355.

278 ROUSSEAU, Dominique, *La justicia constitucional en Europa*, Cuadernos y Debates, N° 141, CEPC, trad. de Isabel Ortiz Pica, Madrid, 2002, p. 73.

las posibilidades en orden a que la ley pueda superar el juicio de constitucionalidad; o, visto desde otro ángulo, que aquellas persiguen *reconstruir por vía de la interpretación constitucional la ley cuya constitucionalidad se examina*.

Parecería también que tal tipología decisoria rezuma la idea de *deferencia razonada hacia el legislador democrático*.

Al solo efecto ilustrativo, remitimos a FERNÁNDEZ SEGADO, quien refiriéndose al escenario jurídico español, recuerda que el Tribunal Constitucional (T.C.) de este país, en la Sentencia 235/2007, de 7 de noviembre (específicamente en su F.J. 7º), ha compendiado su doctrina sobre las *sentencias interpretativas*. Desde la óptica del catedrático aludido, tres principios generales pueden extraerse de tal acervo jurisprudencial<sup>279</sup>:

- i) La efectividad del principio de conservación de las normas no alcanza a ignorar o desfigurar el sentido de los enunciados legales meridianos, pues al T.C. le está vedado tratar de reconstruir una norma contra su sentido evidente para concluir que esa reconstrucción es la norma constitucional.
- ii) La interpretación conforme no puede ser una interpretación *contra legem*, pues ello implicaría desfigurar y manipular los enunciados legales.
- iii) No compete al T.C. la reconstrucción de una norma explicitada debidamente en el texto legal y, por ende, la creación de una norma nueva, con la consiguiente asunción por aquel de una función de legislador positivo que institucionalmente no le corresponde.

En tanto que todo debe decirse, el mismo autor se ha encargado de poner de manifiesto cómo en una sentencia posterior (101/2008, de 24 de julio) el T.C. español ignoró justamente los tres principios precedentes, desfigurando el sentido del enunciado normativo, operando verdaderamente *contra legem* y conduciendo la interpretación que llevaba a cabo a una norma realmente nueva, que no sólo convertía al T.C. en legislador positivo, sino que, en su actuación como tal, le llevaba a oponer su voluntad a la del legislador parlamentario<sup>280</sup>. En el particular, se trataba de una sentencia que cerraba el complicado proceso jurídico desencadenado por la reforma de la Ley Orgánica del T.C. realizada por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo.

---

279 FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO, "El Tribunal Constitucional español como legislador positivo", *Revista Pensamiento Constitucional*, Vol. XV, N° 15, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2011, pp. 169-170.

280 Ver la dura crítica espetada por FERNÁNDEZ SEGADO a la sentencia aludida en el texto (que —en palabras suyas— "había introducido una importante innovación en el procedimiento de integración del Tribunal"), op. cit., nota anterior, pp. 170-174.



Viene al caso evocar la posición de GARRORENA MORALES, para quien la estrategia de las “sentencias interpretativas”, que consiste en *conservar la disposición legal adecuando su sentido*, se vendría abajo si ese sentido o esa interpretación no tuvieran después capacidad de vincular (a los jueces ordinarios y demás operadores jurídicos)<sup>281</sup>. Dicho en otros términos, se derrumbarían si no logran *eficacia*, trasuntada en el seguimiento de tales productos hermenéuticos por parte de los aplicadores del derecho.

Al respecto y para cerrar este segmento, invocamos de nueva cuenta al autor citado en la primera parte del párrafo anterior, para quien la verdadera “eficacia” de la sentencia constitucional no se agota en el plano escuetamente *jurídico* de la determinación de sus “efectos”, sino en el mucho más *político* de su “efectividad” frente a los demás poderes, esto es, en el plano de su entidad como acto de poder<sup>282</sup>.

### 3. De la distinción entre “disposición” y “norma”

En la línea indicada y siguiendo aquí las aportaciones de GUASTINI, *disposición* es el texto indeterminado sobre el cual recae la interpretación del operador jurídico; mientras que *norma* es el enunciado resultante de esta actividad, que concreta la prescripción abstracta de la primera a términos específicos e inmediatamente aplicables al caso concreto. Por último, el *texto o enunciado* es el conjunto de palabras que integran una determinada *disposición*, y el *contenido normativo*, es a su vez la significación que se le asigna, o sea, la *norma*<sup>283</sup>.

En sentido convergente, DÍAZ REVORIO explica que *disposición* es cualquier enunciado que forma parte de un documento normativo, cualquier enunciado del discurso de las fuentes; mientras que *norma* es cualquier enunciado que constituya el sentido o significado adscrito a una o varias disposiciones o fragmentos de disposiciones. Para este autor no podría haber *norma* sin previa actividad interpretativa<sup>284</sup>.

Una de las profundas aproximaciones conceptuales que se han ensayado de las sentencias interpretativas —en este caso la surgente de la pluma de RUBIO LLORENTE— las entiende como aquellas que emiten un pronunciamiento, no sobre el enunciado de la ley sino de una norma que de él puede deducirse mediante los medios habituales (“¡a veces no tan habituales!”) de interpretación<sup>285</sup>.

---

281 GARRORENA MORALES, Ángel, op. cit., “La sentencia constitucional”, p. 25.

282 *Ibid.*, p. 22.

283 GUASTINI, Riccardo, “La interpretación: objetos, conceptos y teorías”, en *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 5ª ed., Porrúa - UNAM, trad. de Miguel Carbonell, México, D.F., 2003, p. 11.

284 DÍAZ REVORIO, Francisco J., op. cit., *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, pp. 35-36.

285 RUBIO LLORENTE, Francisco, “La jurisdicción constitucional como forma de creación del derecho”, en *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, 2ª ed., CEC, Madrid, 1997, p. 484.

En ese sentido, las sentencias interpretativas corporizan un supuesto de ruptura de la *correspondencia biunívoca entre enunciado y norma*.

Un interesante ensayo explicativo de este último aserto proviene de MENDONCA, quien luego de aclarar que la *norma no constituye el objeto de la interpretación, sino el producto de la actividad interpretativa*, puntualiza que “una *formulación normativa* es la expresión lingüística de una norma y una *norma* es el significado expresado por esa formulación. Entre formulación normativa y norma no existe, desde luego, una *correspondencia biunívoca*, pues dos o más formulaciones distintas pueden expresar la misma norma y una misma formulación puede expresar dos o más normas distintas”<sup>286</sup>.

Por medio de una gráfica imagen discursiva, LÓPEZ GUERRA explica que “las sentencias ‘formalmente’ interpretativas representarían únicamente la punta o parte descubierta de un iceberg conceptual mucho más profundo y voluminoso, referido al papel que efectivamente el Tribunal Constitucional cumple en la práctica, desbordando [...] el marco teórico kelseniano”<sup>287</sup>.

Sin perjuicio de lo indicado precedentemente en torno a la distinción disposición y norma/s a los efectos del estudio de las sentencias interpretativas, no puede negarse que *es complicado despojarse totalmente del empleo del vocablo “norma” para señalar indistintamente a la “disposición” o a la “norma”, o a ambas, o bien el término “disposición” para nominar no sólo el “texto” sino también el “resultado de la interpretación”, esto es, el “texto interpretado”*. De todos modos, ello no empaña la diferenciación conceptual expresada, sobre todo, desde el punto de vista teórico<sup>288</sup>, marco en el cual la *disposición* sería el *objeto* de la interpretación y la *norma* el *resultado* o *producto* de esta actividad hermenéutica.

#### 4. Críticas a las “sentencias interpretativas”. El problema de su legitimidad

La incomodidad que en ciertos sectores del poder puede provocar lo que impropiamente algunos califican como “desbordes o excesos” de la jurisdicción constitucional no es precisamente una ilusión concebida en la fértil imaginación de algún *fugitivo de la realidad*.

---

286 MENDONCA, Daniel, op. cit., *Análisis constitucional. Una introducción. Cómo hacer cosas con la Constitución*, pp. 36-37.

287 LÓPEZ GUERRA, Luis, “Prólogo” a la obra de DÍAZ REVORIO, Francisco J., op. cit., *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, p. 13.

288 DÍAZ REVORIO, Francisco J., op. cit., *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, p. 36.

De hecho, no han faltado intentonas dirigidas a que algunos tribunales, cortes o salas constitucionales se replieguen y ajusten estrictamente a su rol de “legislador negativo”, procurando encorsetarlos al prohibirles el dictado de sentencias que no sean las rigurosamente típicas y tradicionales: *i*) admisión y consiguiente declaración de inconstitucionalidad-nulidad; y *ii*) desestimación pura y simple del planteo de inconstitucionalidad.

Por ejemplo, en el Perú se presentó una proposición legislativa (Proyecto de Ley N° 14.321-2005-CR, “para garantizar el principio de separación de poderes y la seguridad jurídica en los procesos de inconstitucionalidad”) que, dicho coloquialmente, buscaba prohibir al Tribunal Constitucional el dictado de sentencias interpretativas.

No ha sido el único ensayo; vienen a nuestra memoria algunas propuestas convergentes gestadas en otros sitios de Latinoamérica e incluso en algún país europeo.

Por último, tampoco han faltado tentativas de reforma constitucional, algunas inexplicables y sorprendentes como la de Colombia para eliminar la Corte Constitucional y retornar al sistema de control de constitucionalidad previo a 1991 (año en el que se aprobó su actual Carta magna).

Normalmente las objeciones que, en un plano general, se disparan contra las *sentencias interpretativas* pueden reconducirse a las siguientes: *i*) no tienen base legal ni constitucional, o sea, son una creación del órgano máximo de la justicia constitucional; *ii*) media un ilegítimo desplazamiento institucional de parte de éste, que rebasa las atribuciones que le vienen deferidas normativamente; y *iii*) se invaden competencias propias del legislador.

Tales cuestionamientos resultan infundados y conceptualmente insostenibles. Maniatar al órgano máximo de justicia constitucional de un Estado, además de ser por vía de principio inconstitucional, iría a contramarcha de la evolución que ha tenido la institución (desde aquella percepción que la encuadraba exclusivamente como “legislador negativo”) abriéndose hacia requerimientos que imponen la *defensa* y la *realización* de la Constitución y los desafíos que ésta y los instrumentos internacionales fijan en el área de los derechos humanos y el derecho humanitario.

Ello sin olvidar la dinámica contemporánea de la interpretación constitucional que brinda nuevos e interesantes insumos y elementos para que el tribunal en cuestión desarrolle su labor de una manera más adecuada y consistente con la idea de afianzar una “Constitución viviente” (*living Constitution*)<sup>289</sup>.

---

289 Como se sabe, no es precisamente nuevo el debate en EE.UU. entre lo que serían las antitéticas técnicas interpretativas propuestas, de un lado, por el “originalismo” y, del otro, por los acólitos de la “*living Constitution*”.

Aunque obvio, corresponde recordar que el tribunal o la corte constitucionales o la corte suprema de un país, en tanto órganos de cúspide de la justicia constitucional respectiva, son los “supremos intérpretes de la Constitución”. No son los únicos (también la interpretan el juez ordinario, el legislador y los demás operadores del sistema jurídico), pero sí son sus máximos y últimos intérpretes y, en tanto tales, tienen una responsabilidad jurídica e institucional muy intensa porque son quienes poseen la palabra final.

Ingresamos así al difícil terreno de la legitimidad de esta tipología sentencial, en no pocas ocasiones cuestionada.

Al respecto, estamos convencidos de que en la medida que sean empleadas prudentemente, las sentencias interpretativas constituyen una importante herramienta para el órgano de cabecera de la justicia constitucional de que se trate.

En el estadio de evolución que ha alcanzado la justicia constitucional “resultaría limitador un entendimiento de la misma como jurisdicción de mera anulabilidad, simplemente de *contrarius actus*, y por tanto sólo portadora de soluciones no creativas de derecho”<sup>290</sup>.

De hecho, al examinar el nutrido repertorio de opciones sentenciales que en la práctica jurisdiccional constitucional comparada se viene desarrollando (tanto en Europa como en algunos sitios de América Latina), queda en evidencia la necesidad de buscar nuevas respuestas ante la insuficiencia del modelo del “legislador negativo” y la disfuncionalidad del binomio inconstitucionalidad-nulidad, para hacer frente a los nutridos y variados desafíos que la dinámica del Estado Constitucional (y Convencional) constantemente genera.

---

Para los primeros, las disposiciones de la Constitución cobran sentido por medio del entendimiento o la intención de los *Founding Fathers* (padres fundadores); esto es, que el intérprete debe “descubrir” el significado o los significados original/es (*original meaning/s*) que quienes concibieron y depararon ese precepto constitucional quisieron atribuirle.

Los segundos postulan la necesidad de interpretar la Constitución como un documento vivo, que se desenvuelve, evoluciona y adapta en función de las necesidades sociales.

Es muy copiosa la literatura sobre este secular debate. Pueden citarse, v. gr., a MCBAIN, Howard Lee, *The Living Constitution*, 1948; a un radical exponente del originalismo como SCALIA, Antonin, por ejemplo en *A matter of interpretation. Federal courts and the law*, Princeton University Press, Princeton, 1997 o en “Originalism: The Lesser Evil”, *University of Cincinnati Law Review*, N° 57, 1989, pp. 849 y ss.; ACKERMAN, Bruce, “The Living Constitution”, *Harvard Law Review*, Vol. 120, 2007, pp. 1737-1812; STRAUSS, David, *The Living Constitution*, Oxford University Press, New York, 2010, y BALKIN, Jack, quien aporta una visión relevante en un libro con un título muy sugerente: *Living Originalism*, Harvard University Press, 2011.

290 CASCAJO CASTRO, José Luis, op. cit., “En torno a una idea metanormativa de la justicia constitucional”, p. 301.

En esa dirección, no son escasas ni cualitativamente insignificantes las ocasiones en que la instancia de cierre de la justicia constitucional se ve expuesta a la necesidad de sortear la expulsión inmediata de la norma sometida al juicio de constitucionalidad, pues ello ocasionaría un *vacío normativo* que resultaría aún más pernicioso que la propia situación inconstitucional que se intenta remediar.

Como puede suponerse, ello en modo alguno nos impide advertir que en el despliegue de su tarea en el sentido apuntado, el órgano cupular de jurisdicción constitucional debe conducirse con un *activismo prudente y equilibrado*. Es decir, animándose a buscar alternativas sentenciales para el cumplimiento a cabalidad y con independencia de criterio de la elevada misión que la Carta magna le depara, mas cuidándose de no abrir las compuertas a una inapropiada invasión jurisdiccional en sectores competenciales propios de otros poderes del Estado, debiendo fundamentalmente respetar la autoridad democrática del legislador y su libertad (*que no debe ser arbitrariedad*) en la configuración legislativa.

Sea como fuera, y pese a los reproches que se lanzan contra las sentencias interpretativas, críticas sobre las que ROUSSEAU ha opinado que su “única aportación ha sido resaltar el carácter inevitable de la participación de las jurisdicciones constitucionales en la elaboración de la ley”, este autor concluye expresivamente que “el interés práctico de las decisiones interpretativas es tal que *los Tribunales continúan utilizándolas —con buen juicio—, que los Parlamentos las aceptan —con desagrado—, y que los demás poderes públicos y autoridades judiciales las respetan —con resignación—*”<sup>291</sup>.

### III. Un acercamiento a las llamadas sentencias “manipulativas”

#### 1. Preludio

Ilustrativamente y dentro de la categoría de las “interpretativas”, pueden ubicarse por ejemplo a las *sentencias “manipulativas”* que constituyen una manifestación distintiva de la jurisdicción constitucional italiana, aunque *con un gran nivel de exportación hacia otros escenarios jurídicos*.

---

291 ROUSSEAU, Dominique, op. cit., *La justicia constitucional en Europa*, p. 73.

En Italia reciben distintas designaciones, por ejemplo, “*sentenze manipolative o manipolatrici*”, y según otras concepciones y denominaciones, también “*creative*”, “*normative*” o “*autoapplicative*”.

Las sentencias “manipulativas” (el nombre más extensamente conocido) pueden ser, a su vez, “*reductoras*”, “*sustitutivas*” o “*aditivas*”.

Con gran economía de palabras, pero intensa claridad expresiva, CRISAFULLI ha puntualizado sobre las sentencias manipulativas que traen como consecuencia hacer decir algo diferente a la disposición a la cual se refieren y, por lo general, algo más de lo que era su significado original [*hanno per effetto di “far dire” alla disposizione cui si riferiscono qualcosa di diverso, e di solito qualcosa di più rispetto a quello che ne era l’originario significato*]<sup>292</sup>.

En las líneas siguientes repasaremos de manera muy somera las variantes señaladas, dando algunos ejemplos clásicos de cada una de ellas<sup>293</sup>.

## 2. Variantes de sentencias “manipulativas”

### A) Sentencias “reductoras”

Según GASCÓN, ellas suponen precisamente una interpretación restrictiva del ámbito de aplicación del precepto legal impugnado para conformarlo a la Constitución, como producto de lo cual y luego de la tarea interpretativa, *la regla deja de ser aplicable en uno o varios de los supuestos comprendidos en abstracto por el enunciado legal*<sup>294</sup>.

Añadimos que se trata de decisiones de ilegitimidad constitucional de tipo “ablativo”, es decir aquellas donde la Corte declara la inconstitucionalidad de una disposición *en la parte en que prevé una cosa que no debía prever*. Por lo tanto, con la resolución se elimina un fragmento de la disposición analizada.

---

292 CRISAFULLI, Vezio, “Giustizia costituzionale e potere legislativo”, op. cit., AA.VV., *Aspetti e Tendenze del Diritto Costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, Vol. 4, p. 141.

293 Interesante información sobre éste y otros aspectos de la praxis de la Corte Constitucional, puede compulsarse en el documento “L’omissione legislativa nella giurisprudenza costituzionale. Relazione italiana”, en XIV Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeos, Vilna (Vilnius), Lituania (*Lietuvos Respublika*), mayo de 2008 (Fuente de Internet consultada en su momento: [www.lrkt.lt/conference/Pranesimai](http://www.lrkt.lt/conference/Pranesimai)). También puede verse en: [www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni\\_internazionali/XIV\\_Conferenza\\_Vilnius\\_2008.pdf](http://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni_internazionali/XIV_Conferenza_Vilnius_2008.pdf)).

Los casos jurisprudenciales que citamos en el texto han sido tomados de la mencionada fuente.

294 Cfr. GASCÓN, Marina, op. cit., voz “Interpretación conforme (con la Constitución)”, en *Diccionario de derecho constitucional*, p. 318.

Algunos ejemplos de la Corte Constitucional italiana al respecto son las sentencias N° 63 de 1966, por la cual se declararon inconstitucionales ciertas disposiciones del Código Civil relativas al régimen de la prescripción del derecho a una retribución por el trabajo asalariado; y N° 11 de 1979, mediante la que se declaró inconstitucional el inc. 3° del art. 18 del “*Regio Decreto*” N° 773, de 18 de junio de 1931 (texto consolidado de las leyes de seguridad pública).

### **B) Sentencias “sustitutivas”**

Éstas *suplantán* una interpretación plausible pero inconstitucional del precepto legal impugnado, por otra que claramente no se deduce del mismo, pero que resulta acorde con la Constitución<sup>295</sup>.

Dicho de manera más directa, se declara inconstitucional la decisión *en la parte en que prevé una cosa en vez de otra*, marco en el que la sentencia reemplaza un fragmento de la disposición por otro.

Un ejemplo muy conocido es el de la Sentencia N° 15 de 1969 que causó gran convulsión doctrinal en Italia y en donde la Corte Constitucional declaró inconstitucional la disposición del Código Penal que preveía la facultad del Ministro de Justicia de conceder la autorización para proceder en los casos de desacato a la Corte Constitucional, en lugar de a ésta. Semejante previsión erosionaba la posición institucional de dicho tribunal. En atención a ello, fue declarada inconstitucional, no totalmente, sino en la medida en que atribuía el poder de dar la autorización para proceder por el delito de desacato contra la Corte Constitucional, al Ministro de Justicia en lugar de a la propia Corte [*la previsione è stata dichiarata incostituzionale, non già nel suo complesso, bensì “nei limiti in cui attribui il potere di dare l’autorizzazione a procedere per il delitto di vilipendio della Corte costituzionale al Ministro [...] anziché alla Corte stessa”*].

Otra muestra que ejemplifica esta modalidad decisoria, entre muchas, es la Sentencia N° 409 de 1989, por la cual la Corte declaró la inconstitucionalidad del inc. 2° del art. 8 de la Ley N° 772, de 15 de diciembre 1972 (Normas para el reconocimiento de la objeción de conciencia). Determinó la ilegitimidad constitucional de la disposición *en la parte en que establecía cierta pena mínima de dos (2) años en lugar de seis (6) meses, y máxima de cuatro (4) años en lugar de dos (2) años*.

La observación de la praxis italiana nos permite afirmar que este subtipo decisional consta de dos fases: una que podría llamarse *ablativa*, que derriba el contenido de la

---

295 Ídem.

disposición objeto del juicio de constitucionalidad; y otra *reconstructiva*, por medio de la cual se reconfigura el contenido de aquella dándole un sentido diverso del que poseía, tratando desde luego de compatibilizarla con la Constitución.

**C) Sentencias “aditivas clásicas o puras”. Diferencias con las llamadas decisiones “aditivas de principio”**

a) Se les dio la denominación de *sentenze “additive”* o *“aggiuntive”* a aquellas sentencias asociadas a la *inconstitucionalidad por omisión relativa*, que consisten en una interpretación extensiva del radio de acción del precepto legal objetado, para conformarlo a la Constitución, de resultas de lo cual y tras la interpretación, *la regla es aplicable a más supuestos de los comprendidos en abstracto por el enunciado legal*<sup>296</sup>.

Si bien para algunos autores el primer ejemplo de pronunciamientos aditivos se ubica en la Sentencia N° 168 de 1963, otros ya veían en la Sentencia N° 24 de 1957 alguna traza embrionaria de tal tipología decisoria. En aquella, declaró inconstitucional una cláusula de la Ley N° 195, de 24 de marzo de 1958, que instauraba el Consejo Superior de la Magistratura. La inconstitucionalidad se basaba en que, para las deliberaciones relativas a los magistrados, exigía la solicitud del Ministro de Justicia, excluyendo indebidamente la iniciativa del propio Consejo.

Entre los más importantes fallos de esta etapa inicial sobresale la Sentencia N° 190 de 1970, por la que se declaró inconstitucional una disposición de la Ley de Enjuiciamiento Criminal *en tanto no preveía* la necesaria presencia del abogado defensor del acusado en el interrogatorio a que éste era sometido, mientras sí consagraba la presencia del ministerio público en dicho interrogatorio.

Puede también resaltarse la Sentencia N° 68 de 1978, que giraba en torno al art. 39 de la Ley N° 352, de 25 de mayo de 1970, acerca del *referéndum*. La Corte declaró la inconstitucionalidad del artículo citado *en la parte en que no preveía* que, si la derogación de los actos o las disposiciones específicos a los cuales aludía el referéndum venía acompañada de otra regulación de la misma materia, sin modificar los principios rectores del marco regulatorio global preexistente ni los contenidos normativos esenciales de los preceptos específicos, el referéndum debía realizarse sobre las nuevas disposiciones legislativas<sup>297</sup>.

296 Ídem.

297 Además de las “aditivas de principio”, existen otras modalidades particulares de sentencias aditivas desarrolladas por la Corte Constitucional, por ejemplo, las llamadas “*sentenze additive di prestazione*” y las “*sentenze additive di procedura*”.

Aquí nos limitaremos sólo a nombrarlas, con cargo a volver sobre el tema en el título decimoquinto, al analizar específicamente la jurisprudencia de la C.C. italiana en materia de inconstitucionalidad por omisión.



A las “*aditivas clásicas o puras*” se las ha identificado como un ejemplo típico de *sentencias estimatorias parciales*<sup>298</sup> que declaran inconstitucional una disposición “*en la parte en que no prevé o no dispone*”, y que mantiene su vigencia siempre que se entienda agregado el contenido que la Corte Constitucional considere que el legislador omitió.

Por último, es preciso retener que el pronunciamiento aditivo no tiene por objeto eliminar del ordenamiento jurídico la norma impugnada, sino *modificar* su significado mediante la declaración de ilegitimidad constitucional de aquello que no fue contemplado en la ley y que debería haberlo sido.

En otras palabras, se suma un nuevo componente al enunciado legal, extendiéndose su contenido normativo. Así, a partir de la adición, la disposición enjuiciada pasará a comprender un supuesto de hecho que no fue incluido primigeniamente en la formulación normativa.

b) Es importante no confundir las sentencias “*aditivas clásicas o puras*” (que son las que venimos retratando sucintamente aquí) con las sentencias “*aditivas de principio*”.

Tal como adelantábamos, aquellas permiten conjurar *las omisiones inconstitucionales relativas o parciales* por medio de la intervención directa y *unilateral* de la Corte Constitucional.

En cambio, las decisiones *aditivas de principio*<sup>299</sup> no generan una solución *unilateral* del órgano máximo de justicia constitucional, sino que son resoluciones carentes de operatividad jurídica inmediata y que concretan una suerte de reenvío al legislador.

Como enseña ROMBOLI, si bien en ellas la Corte Constitucional sigue la misma técnica de las sentencias aditivas clásicas o puras, no introduce (como en éstas) una regla inmediatamente actuante y aplicable, sino que se fija un principio general que debe ejecutarse a través de una intervención del legislador, aunque el juez ordinario puede —dentro de ciertos límites—, en la decisión de los casos concretos, hacer referencia al principio sentado por la Corte Constitucional<sup>300</sup>.

---

298 PIZZORUSSO, Alessandro, *Lecciones de Derecho Constitucional*, Tº II, CEC, trad. de Javier Jiménez Campo, Madrid, 1984, p. 52.

299 Para ampliar sobre la cuestión, puede verse, por ejemplo, ZAGREBELSKY, Gustavo, “Problemi in ordine ai costi delle sentenze costituzionali”, in AA.VV., *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, ultimo comma, della Costituzione. Atti del seminario svoltosi in Roma Palazzo della Consulta nei giorni 8 e 9 novembre 1991*, Milano, 1993, pp. 145 y ss.

300 ROMBOLI, Roberto, “La tipología de las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en vía incidental”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 16, Nº 48, septiembre-diciembre de 1996, CEC, trad. de Ignacio Torres Muro, Madrid, p. 75.

En otras palabras, a diferencia de lo que acontece en las aditivas que nos permitimos llamar “clásicas o puras”, en las “de principio” el Máximo Tribunal italiano procura introducir un precepto muy general que, con razón o sin ella, ve como la única indicación cierta y constitucionalmente necesaria que se puede extraer del sistema [*“un principio generalissimo, visto a torto o a ragione come l’unica indicazione certa e costituzionalmente necessitata che è possibile trarre dal sistema”*]<sup>301</sup>.

Una de las diferencias que hemos subrayado entre las aditivas clásicas o puras y las aditivas de principio radica en que, mientras en aquellas la Corte Constitucional dispensa unilateralmente la solución, en las señaladas en último término se pone en movimiento una relación de colaboración multilateral entre el órgano de justicia constitucional que la pronunció, el Parlamento y los jueces ordinarios, cada uno en el marco de sus respectivos espacios competenciales.

Es preciso aclarar que algunos autores (v. gr., MAZZAROLI) niegan que las sentencias aditivas de principio tengan genuino carácter aditivo<sup>302</sup>, pues consideran que en puridad son decisiones de inconstitucionalidad que proceden a indicar principios, lo que, al fin y al cabo, las transformaría en sentencias estimatorias *disfrazadas de algo distinto*<sup>303</sup>.

Según la visión de BLANCO DE MORAIS, les faltaría el componente reconstructivo de las decisiones aditivas, ya que dejarían subsistente un vacío o laguna sin llevar a cabo su reparación directa, careciendo del carácter *self-executing* de la función reparadora que es inherente a aquellas. En el fondo, serían decisiones estimatorias con un perfil más cercano a las decisiones exhortativas o apelativas (*sentenze monito*), pero que no poseen, siquiera, el componente de “amenaza” de estas últimas, ya que no determinan plazos para colmar la laguna ni fijan sanciones para reprimir el incumplimiento del legislador<sup>304</sup>.

---

301 En el punto, ver el interesante libro de PINARDI, Roberto, *L'horror vacui nel giudizio sulle leggi. Prassi e tecniche decisionali utilizzate dalla Corte costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia del legislatore*, Vol. 78, Collana del Dipartimento di Scienze Giuridiche e della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Modena e Reggio Emilia, Giuffrè, Milano, 2007, p. 108, nota 153 a pie de página.

Dejamos constancia que hemos accedido al texto completo de tal libro en su formato electrónico definitivo (PDF), que el propio autor tuviera la gentileza de enviarnos. Todas las referencias que aquí se efectuarán a tal obra, así como los números de páginas que se individualizarán, corresponderán a tal versión en soporte informático.

302 MAZZAROLI, Ludovico, *Il giudice delle leggi tra predeterminazione costituzionale e creatività*, CEDAM, Padova, 2000, pp. 95 y ss.

303 *Ibid.*, p. 121.

304 BLANCO DE MORAIS, Carlos, “As sentenças com efeitos aditivos”, op. cit., *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, Tº II, p. 1448.

### 3. Balance provisional de las sentencias “manipulativas”

Presentados sintéticamente algunos subtipos de *sentencias manipulativas*, puede en general concluirse que, con ellos, el órgano máximo de justicia constitucional procede a modificar e integrar las disposiciones sometidas a su examen, de modo que éstas emergen del proceso constitucional con un alcance normativo y un contenido distinto del original.

Como advierte ROMBOLI, las *resoluciones manipulativas* han planteado el problema de la legitimación de la Corte Constitucional (en el caso de Italia) para intervenir y, por tanto, tomar opciones que corresponderían exclusivamente al legislador<sup>305</sup>.

Dicho de otro modo, se pone en tela de juicio si ese tribunal puede arrogarse el ejercicio de atribuciones consideradas “legislativas” o “paralegislativas”. En el fondo, esta problemática exhibe análogos perfiles al de la legitimidad de las “sentencias interpretativas” como género decisonal al que las manipulativas adscriben en calidad de especie, cuestión que abordáramos líneas arriba y a la que, *mutatis mutandis*, remitimos.

Sea como fuera, existe un dato empírico ineludible que, en definitiva, aporta una concluyente dosis de legitimación a las sentencias manipulativas. Es que, como en su momento expusiera elocuentemente CRISAFULLI, estas decisiones nacieron de una exigencia práctica y no de elucubraciones teóricas abstractas, pues la teorización vino después [*le sentenze manipolative sono nate da un'esigenza pratica, e non da astratte elucubrazioni teoriche, la teorizzazione è venuta dopo*]<sup>306</sup>.

El profundo arraigo que en Italia han adquirido las sentencias manipulativas hace que, como con tino se ha explicitado, “ni los sectores más críticos hacia esta tipología decisonal pueden dejar de reconocer que se encuentran ante un hecho consumado difícilmente reversible, y ante el cual tan sólo es posible discutir los límites correctos de su uso por parte del T.C. [en referencia a la Corte Constitucional] o la concreta eficacia jurídica atribuible a estos pronunciamientos”<sup>307</sup>.

Desde el punto de vista político-institucional, las claves del éxito de las decisiones manipulativas, en el caso italiano, obedecen a la combinación de tres factores: *i*) la existencia de una Constitución con una fuerte carga programática abocada a un

---

305 ROMBOLI, Roberto, op. cit., “La tipología de las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en vía incidental”, p. 64.

306 CRISAFULLI, Vezio, “La Corte costituzionale ha vent'anni”, en *Giurisprudenza Costituzionale*, Anno XXI, 1976, fasc. 10, p. 1703.

307 MARTÍN DE LA VEGA, Augusto, *La sentencia constitucional en Italia*, CEPC, Madrid, 2003, p. 225.

desarrollo progresivo; **ii**) la continuidad básica de un ordenamiento legal con fuertes resabios protoliberales e incluso autoritarios; y **iii**) la paralela ineficacia del Parlamento para dar respuestas oportunas a las demandas de actuación de la Constitución y a la necesaria adecuación del preexistente ordenamiento legal al orden constitucional<sup>308</sup>.

En esa *dinámica* un tanto *estática* de algunos órganos del sistema en la tarea de desarrollo de la Constitución (si se nos permite el *oxímoron*), la Corte Constitucional —al mostrarse relativamente más eficaz que aquellos y con mayor capacidad de respuesta rápida— terminó por adoptar un nuevo rol en el sistema, en cierto sentido alejado del guardián de la regularidad constitucional que KELSEN asignara a los tribunales constitucionales en general<sup>309</sup>.

---

308 *Ibid.*, pp. 229-230.

309 *Ibid.*, pp. 231-232.

**CAPÍTULO**

**II**

**LA VERTIENTE CLASIFICATORIA  
DE LAS “ATÍPICAS O INTERMEDIAS”  
COMO PRONUNCIAMIENTOS  
“UNILATERALES Y BILATERALES”**

## I. Exordio

Un sustancioso enfoque clasificatorio de las sentencias atípicas o intermedias las subdivide en *unilaterales* y *bilaterales*<sup>310</sup>.

Las primeras remedian inmediatamente la inconstitucionalidad modificando la norma considerada inconstitucional. O sea, el tribunal, la corte o sala constitucionales intervienen *directamente* al efecto, v. gr., las aludidas sentencias *manipulativas* y, dentro de éstas, las *aditivas clásicas o puras*. En la doctrina italiana se dice que éstas son, por tanto, “*autoapplicative*”.

De su lado, las nombradas en segundo término suponen una interacción entre el órgano de cúpula de la justicia constitucional y el parlamento o congreso, o bien con la magistratura ordinaria. Incluso podrían denominarse *multilaterales* si involucraran, por ejemplo, a ambos órganos además del de justicia constitucional: el parlamentario y la judicatura ordinaria.

Dado que en el capítulo anterior hemos explicado con algún nivel de detalle las *manipulativas*, casos principales de sentencias *unilaterales*, en este sector del trabajo corresponde detenernos en las sentencias bilaterales, que —como vimos— en algún supuesto pueden ser multilaterales.

## II. Subtipos de sentencias atípicas o intermedias bilaterales (o multilaterales)

Para ejemplificar, pueden enumerarse los siguientes casos de tales variantes decisorias.

### 1. Las ‘declaraciones de mera incompatibilidad’, de ‘inconstitucionalidad sin nulidad’ o de ‘inconstitucionalidad simple’

A riesgo de pecar de reiterativos, recordamos que una *sentencia “típica” estimatoria de inconstitucionalidad* en los sistemas concentrados (o con rasgos concentrados) de control de constitucionalidad, conlleva automáticamente *la nulidad* de la disposición enjuiciada.

---

310 AJA, Eliseo y GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus, “Conclusiones generales”, op. cit., *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, pp. 274 y ss.

En sentido inverso, las que analizamos aquí son resoluciones “atípicas” en las que, si bien el tribunal declara que la norma es portadora de ilegitimidad constitucional, se abstiene de determinar su nulidad, de ahí los nombres que se dan a esta tipología que se consignan en el rótulo de este subapartado.

Se trata de las decisiones que en *Alemania* se denominan *Unvereinbarkeitserklärung*. Reconocen un origen pretoriano en el seno del *BverfG*, aunque luego de semejante génesis jurisprudencial fueron objeto de normatización por medio de la modificación a la Ley del citado Tribunal Constitucional, operada el 21 de diciembre de 1970.

El procedimiento funciona de la siguiente manera: la norma enjuiciada es meramente inconstitucional (*bloss verfassungswidrig*), dejando el tribunal espacio al legislador para que sea éste quien seleccione la/s manera/s de superar la violación de la Constitución, es decir, la situación inconstitucional configurada.

Como puede suponerse, esta tipología decisional busca en principio preservar la libertad de conformación del legislador.

En *España*, por su parte, al reformarse la Ley Orgánica del T.C. en 2007, finalmente naufragó la iniciativa de producir importantes modificaciones en la determinación de los efectos de las decisiones de inconstitucionalidad, ámbito en el que —v. gr.— se proyectaba la positivación expresa de la *declaración de inconstitucionalidad sin nulidad*, que había sido ya utilizada pretorianamente.

Al respecto, la STC N° 45/1989 determinó un punto de inflexión en lo tocante a la *ruptura* de la conexión binomial inconstitucionalidad-nulidad. En ella, el T.C. examinó la posible inconstitucionalidad de la tributación conjunta para los miembros de un matrimonio exigida por la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, concluyendo que lo que resultaba constitucionalmente ilegítimo no era la sujeción conjunta al impuesto, sino la circunstancia de que la carga tributaria que pesaba sobre una persona integrada en una unidad familiar fuere mayor a la que correspondía a otro contribuyente con igual nivel de renta, aunque no integrado en una unidad de este tipo<sup>311</sup>.

En torno a la cuestión y en una aportación que conviene retener a los fines de nuestra investigación, FERNÁNDEZ SEGADO apunta: “A partir de aquí, el Juez constitucional señala que *la conexión entre inconstitucionalidad y nulidad quiebra, entre otros casos, en aquellos en los que la razón de la inconstitucionalidad del precepto*

---

311 Cfr. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “Algunas reflexiones generales en torno a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad y a la relatividad de ciertas fórmulas estereotipadas vinculadas a ellas”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 12, CEPC, Madrid, 2008, p. 182.

*reside, no en determinación textual alguna, sino en su omisión.* Por lo demás, el Tribunal estima que la sanción de nulidad, como medida estrictamente negativa, es manifiestamente incapaz para reordenar el régimen del Impuesto sobre la Renta en términos compatibles con la Constitución. Por todo ello, el Tribunal concluye que le cumple al legislador, a partir de la propia sentencia, llevar a cabo las modificaciones o adaptaciones pertinentes en el régimen legal del impuesto, sirviéndose para ello de su propia libertad de configuración normativa<sup>312</sup>.

Como consecuencia de tan significativa sentencia, el legislador acató la exhortación que le dirigiera el T.C., sancionando la Ley 20/1989 de adaptación del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y del Impuesto Extraordinario sobre el Patrimonio.

Otro ejemplo de cumplimiento de la exhortación por el legislador (aunque ya tomándose mayor tiempo que en el caso de la STC N° 45/1989), se dio en el marco de la STC N° 236/2007, dictada como consecuencia del recurso de inconstitucionalidad deducido en contra de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. El legislador emanó la regulación tildada de inconstitucionalidad en la citada decisión del T.C., por medio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, reformativa de la aludida Ley Orgánica 4/2000.

No han sido ellas las únicas decisiones adoptadas por el T.C. español instrumentando la *inconstitucionalidad sin nulidad*. Pueden constatarse además, v. gr., las SS.TC. (pleno) N°s. 138/2005 y 273/2005.

La primera fue dictada el 26 de mayo de ese año y declaró inconstitucional el párrafo primero del art. 136 del Código Civil, en la redacción dada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, *en cuanto comportaba que el plazo para el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial empezara a correr aunque el marido ignorara no ser el progenitor biológico de quien había sido inscrito como hijo suyo en el Registro Civil*. La segunda, pronunciada el 27 de octubre de 2005, determinó la inconstitucionalidad del párrafo primero del art. 133 del Código Civil, en la redacción de la citada Ley 11/1981, *en cuanto impedía al progenitor no matrimonial la reclamación de la filiación en los casos de inexistencia de posesión de estado*.

Por lo demás, el T.C. ha emitido asimismo pronunciamientos que limitan temporalmente la eficacia de las declaraciones de inconstitucionalidad o que difieren en el tiempo la nulidad, optando por una *vacatio sententiae*<sup>313</sup>.

312 *Ibid.*, pp. 182-183.

313 *Ibid.*, p. 183.



En el fondo, la técnica sentencial de *inconstitucionalidad sin nulidad* pareciera obtener legítima justificación a partir del cumplimiento —entre otros— de los siguientes requerimientos<sup>314</sup>:

- La necesidad de proteger el *principio de seguridad jurídica* y, así, evitar que la declaración de nulidad pueda crear *vacíos legislativos* que amenacen al ordenamiento jurídico.
- La exigencia de tomar en cuenta las *consecuencias políticas y sociales que derivarían de un pronunciamiento de nulidad de la disposición examinada*, como sucedería en los casos en que el disfrute de un derecho garantizado constitucionalmente dependiera de la efectiva presencia de un marco legislativo específico.
- La obligación de evitar que, como resultado del pronunciamiento del órgano máximo de justicia constitucional, *se produzca una situación menos conforme a la Constitución* que aquella que se tendría manteniendo provisoriamente en vigor la ley inconstitucional.

## 2. Las sentencias “apelatorias”

Denominadas *Appellentscheidungen* en Alemania, importan una autorrestricción de parte del Tribunal Constitucional, también como actitud de deferencia hacia el legislador democrático.

Formalmente, son decisiones *desestimatorias*, aunque el rechazo del acuse de inconstitucionalidad no es puro y simple.

En definitiva, el Tribunal mantiene la constitucionalidad de la norma analizada, aunque paralelamente efectúa una *apelación o llamada al legislador* para que la adecue a los requerimientos constitucionales.

Esta modalidad decisional ha sido muy frecuente en la praxis del *BverfG* y es también conocida en otros contextos, como el español, aunque allí su uso ha resultado cuantitativamente más modesto que en Alemania.

No obstante, en España las *apelaciones al legislador* en ocasiones acompañan a las sentencias en las que el T.C. declara la *inconstitucionalidad por omisión*. En otras palabras, éste detecta la inconstitucionalidad por *insuficiencia normativa* (equivalente a la categoría de la *omisión inconstitucional relativa*), aunque con frecuencia defiere en

---

314 Vid. PINARDI, Roberto, op. cit., *L'horror vacui nel giudizio sulle leggi. Prassi e tecniche decisionali utilizzate dalla Corte costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia del legislatore*, pp. 38-39.

el legislador la implementación de la respuesta que el Tribunal diseña. Ello en función “de la libertad de configuración de que goza, derivada de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática” (ver, *mutatis mutandis*, por ejemplo, la STC N° 55/1996 —F.J. 6— o la STC N° 273/2005 —F.J. 9—).

Ya un problema distinto —aunque no precisamente menor— es el del acatamiento por el legislador de las apelaciones que el T.C. le dirige ante la pretermisión de una obligación deparada constitucionalmente, tema que incluye la (compleja) búsqueda de vías idóneas para controlar o monitorear dicho cumplimiento.

### 3. Las sentencias “exhortativas”

#### A) *Denominación*

En el derecho y la jurisprudencia comparados, las denominaciones que se atribuyen a esta variante decisoria no son precisamente unívocas. Incluso ciertos intentos taxonómicos las homologan a las sentencias apelatorias, que brevemente abordáramos *supra*.

Es que, como ocurre prácticamente con todos los tipos sentenciales intermedios, estos suelen venir combinados con otras modalidades decisorias, con lo cual es tarea prácticamente imposible dilucidar y catalogar taxativamente a una sentencia atípica determinada dentro de un único y rígido molde, ya que el pronunciamiento en cuestión puede tener características que casen con elementos o aspectos de diferentes especímenes decisorios atípicos.

#### B) *Características generales*

a) Si visualizáramos a las sentencias exhortativas como un subtipo separado de las apelatorias, como creemos corresponde, y a modo de punto de partida, convendría acudir a la segunda entrada del *Diccionario de la Lengua Española* respecto del vocablo “exhortación”, donde dice: “advertencia o aviso con que se intenta persuadir”<sup>315</sup>.

En principio, ello nos da una pista (como veremos, *sólo eso*) para descifrar el alcance y la naturaleza de las resoluciones exhortativas, como portadoras de una *persuasión*, no de una orden, al legislador para que dicte la ley reglamentaria de alguna materia contenida en la Constitución, o bien adapte a ésta la normativa ya existente.

---

315 Cfr. el aludido *Diccionario de la Lengua Española*, 22ª ed., Real Academia Española (Fuente: <http://lema.rae.es/drae>).

Dicho de otra forma, servirían de impulso para la sanción de nuevas normas o la complementación o el *aggiornamento* de otras ya reinantes.

Ciertamente es más sencillo postular un bosquejo *in abstracto* de las decisiones exhortativas que identificarlas empíricamente, ya que son polifacéticas y con intensidad variable desde que pueden contener un simple aviso al legislador, una sugerencia, una orientación, o bien modos coactivos más fuertes (e incluso con determinación de plazos) para impeler a aquel a conducirse conforme a las pautas fijadas por el Tribunal actuante.

Así, en ciertos casos, la jurisprudencia de la Corte Constitucional italiana, por ejemplo, acude al vocablo “*minaccia*”, es decir, “amenaza” que acompaña a la admonición, naturalmente entendida como una fuerte advertencia, para señalarle al legislador que si mantiene su inactividad, el Tribunal intervendrá nuevamente declarando esta vez, sin duda, *inconstitucional* la disposición impugnada y “salvada” de momento<sup>316</sup>.

b) También si por vía de hipótesis se identificaran las “exhortaciones” con lo que en España se llaman “recomendaciones” al legislador, y ante una visión que otorgase a aquellas semejante espacio para desplegar su versatilidad, no caería mal recordar aquí el apego que en ese país FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE (expresidente del Tribunal Constitucional que fue brutal y cobardemente asesinado en febrero de 1996) prodigaba a tales “recomendaciones”:

Las consideraba como “observaciones insertas en el razonamiento jurídico previo a la decisión, y que, aun careciendo sin duda de la fuerza vinculante propia del fallo, para algo se dicen y algo puede que valgan”. Para ejemplificar, delineaba un repertorio de tales medidas en la jurisprudencia de la primera década de funcionamiento del T.C., distinguiéndolas del siguiente modo<sup>317</sup>:

- *Recomendaciones transaccionales*, por ejemplo, la STC N° 108/1986, acerca de la Ley Orgánica del Poder Judicial —LOPJ—.
- *Recomendaciones cautelares*, v. gr., la STC N° 3/1983, sobre el art. 170 de la Ley de Procedimiento Laboral —LPL— en punto a la obligación de consignar para el empresario recurrente en casación.

316 Ver sobre este último punto, ROMBOLI, Roberto, op. cit., “La tipología de las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en vía incidental”, p. 73.

317 TOMÁS Y VALIENTE, FRANCISCO, “Notas sobre las recomendaciones del Tribunal Constitucional al legislador”, dentro de la parte titulada “El Tribunal Constitucional y los otros poderes del Estado”, en su libro *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, CEC, Madrid, 1993, pp. 101-111.

- *Recomendaciones correctivas*, por caso, la STC N° 76/1983, sobre la Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico —LOAPA—.
- *Recomendaciones orientadoras*, entre otras, la STC N° 49/1988, sobre la Ley de Regulación de las Normas Básicas sobre Órganos Rectores de las Cajas de Ahorros —LORCA—.
- *Otras recomendaciones* emitidas por el T.C. en aras de lograr la *igualdad material* consagrada en el art. 9.2 de la Constitución, citando en tal sentido a las SS.TC. N°s. 30/1984, 108/1986 y 99/1987.

c) Otra nota que describe la flexible amplitud de vertientes funcionales de las sentencias exhortativas radica en que ellas pueden aparecer tanto en decisiones *desestimatorias de la inconstitucionalidad* de la disposición enjuiciada, en cuyo caso tal vez el encargo al legislador aparezca como una salida alternativa a la determinación de inconstitucionalidad, o bien en *decisiones estimatorias* que declaran la inconstitucionalidad de la normativa analizada.

Incluso se llega a observar en ellas una vía provechosa para salvar las *omisiones inconstitucionales legislativas*. Este perfil se muestra fecundo, al menos en teoría, para que el órgano máximo de justicia constitucional de que se trate tienda líneas de *diálogo cooperativo* con el legislador.

Sin embargo, no se puede caer en la ingenuidad de pensar que las relaciones entre ambos departamentos del Estado (tribunal constitucional o corte de justicia y parlamento o congreso) son idílicamente pacíficas y lineales. Por el contrario, es usual que entre ellos existan tensiones y pujas de poder.

De ahí que uno de los problemas a los que se enfrentan las “recomendaciones” es el de su *efectividad*, que en más de una ocasión contrasta con la falta de voluntad del legislador. Como alega AHUMADA RUIZ, tal eficacia depende de la “*sensibilidad*” de éste<sup>318</sup>.

A su tiempo, es en ocasiones el propio tribunal constitucional en cuestión el que se extralimita en la pormenorización y el detalle al vertebrar las “recomendaciones” al legislador.

Semejante cuestión se explica en el citado marco de disputa de poderes, por lo que —como plantea GARRORENA MORALES— termina sucediendo que tales recomendaciones “tiendan, a veces, a convertirse en lo que no son, en instrucciones

---

318 AHUMADA RUIZ, María Ángeles, “El control de constitucionalidad de la omisión legislativa”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N° 8, enero-abril de 1991, CEC, Madrid, p. 183.

detalladísimas que no dejan al Parlamento más tarea que la de dar a aquellas decisiones forma articulada<sup>319</sup>.

Por ejemplo, fue lo que aconteció —siempre en la visión del autor citado en el párrafo anterior— con la sentencia del *BVerfG* de 29 de mayo de 1973 sobre cogestión en las universidades; o con las sucesivas decisiones italianas sobre radio-televisión, donde no sólo la Sentencia N° 225, de 9 de julio de 1974, tras anular ciertos preceptos de la legislación anterior, deparó al legislador siete (7) específicas recomendaciones a las que debía atenerse al redactar la nueva ley como condición de que el monopolio estatal en dicha materia se considerara constitucional, sino que, dos años después, la Sentencia N° 202, de 28 de julio de 1976, anuló por inconstitucional tal nueva ley —llegando a eliminar con ello el monopolio del Estado— por no ceñirse estrictamente a los criterios detallados por la citada Sentencia N° 225 de 1974<sup>320</sup>.

Una vez más vemos qué importancia ostentan la prudencia y el equilibrio desde ambos sectores, para evitar excesos y procurar canalizar constructivamente un diálogo que redunde en liberar el tránsito de la supremacía y la fuerza normativa de la Constitución y la adecuada protección de los derechos fundamentales, sin desmedidas invasiones recíprocas en ámbitos competenciales ajenos.

d) En el caso italiano<sup>321</sup>, se aprecia que su sistema de justicia constitucional no cuenta con un remedio específico contra la omisión del legislador entendida como “inactividad”, esto es, extrapolándolo al esquema wesseliano, la omisión absoluta.

A pesar de esta carencia, bien pueden darse casos en los que el control de constitucionalidad se resuelve en los hechos (aunque no en el plano teórico), en una evaluación de la inercia mostrada por el legislador en el establecimiento de normas que se consideran constitucionalmente necesarias.

En este sentido, son especialmente importantes los casos en que la Corte, aunque sin llegar a declarar la inconstitucionalidad, emite una “advertencia” (*monito*) al legislador, “invitándolo” a actuar para regular una determinada materia o asunto, a fin de eliminar situaciones de problemática compatibilidad (cuando no de radical incompatibilidad) con la Constitución.

---

319 GARRORENA MORALES, Ángel, op. cit., “La sentencia constitucional”, p. 24.

320 *Ibid.*, pp. 24-25.

321 Para todas las alusiones que se realizarán aquí se toma como referencia el documento “L’omissione legislativa nella giurisprudenza costituzionale. Relazione italiana”, en XIV Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeos, Vilna (Vilnius), Lituania (*Lietuvos Respublika*), mayo de 2008 (Fuente de Internet consultada en su momento: [www.lrkt.lt/conference/Pranesimai](http://www.lrkt.lt/conference/Pranesimai)). El texto también puede compulsarse en: [www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni\\_internazionali/XIV\\_Conferenza\\_Vilnius\\_2008.pdf](http://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni_internazionali/XIV_Conferenza_Vilnius_2008.pdf)).

Tales declaraciones, específicamente en las omisiones relativas, insertas en las decisiones de rechazo sobre el fondo del asunto o por cuestiones procesales (incluso a veces también en sentencias que portan un dispositivo de inconstitucionalidad), testimonian lo difícil que le resulta a la Corte disponer la nulidad de una disposición si constata la posibilidad que de tal nulidad pudieran sobrevenir, juntamente con vacíos en el tejido normativo, consecuencias perjudiciales para la coherencia del ordenamiento y/o para la protección de los derechos fundamentales.

### ***C) Algunos casos de empleo de sentencias exhortativas en la jurisprudencia constitucional de ciertos países latinoamericanos***

De modo telegráfico puede anticiparse que ellas han sido abundantemente utilizadas por la Corte Constitucional (C.C.) colombiana, el Tribunal Constitucional del Perú y hasta por el Tribunal Constitucional de Chile; no muy asiduamente usadas por la Suprema Corte de Justicia de México; e incipientemente activadas por la Corte Suprema de Justicia de Argentina, aunque en casos relevantes.

#### ***a) Colombia***

La C.C. las ha empleado con gran frecuencia<sup>322</sup>, sirviéndose usualmente del vocablo “exhorto”. Nótese que ha acudido a tal modalidad ya desde los albores de su actividad funcional.

**a.1)** Así, en un lejano antecedente, la Sentencia C-473, de 27 de octubre de 1994 (Magistrado Ponente —M.P.— Alejandro Martínez Caballero), se enfrentó al álgido asunto de la huelga en los servicios públicos esenciales, constatando la inexistencia de una regulación legal posconstituyente sistemática de ese “trascendental tema”.

Dijo entonces que la falta de una regulación de la huelga acorde con la Constitución podía ser un motivo de conflictividad social, además de que tampoco debía dejarse de lado que la Constitución tiene fuerza normativa y ordena en su “artículo 56 que el Legislador debe definir los servicios públicos esenciales en los cuales no está garantizada la huelga. Definir estos servicios es pues un poder pero también un deber constitucional del Legislador como poder constituido” (cfr. ap. II: “Fundamento Jurídico”, subap. 12: “Exhorto al Congreso para una regulación de la huelga en los servicios públicos esenciales en un tiempo razonable, por la importancia del tema y el mandato del artículo 56 de la Constitución”).

---

322 Las sentencias de la Corte Constitucional de Colombia aquí abordadas o nombradas, pueden ubicarse en [www.corteconstitucional.gov.co](http://www.corteconstitucional.gov.co).

Por tales motivos consideraba “vital que el Congreso, en un plazo razonable, expida una regulación de la huelga en los servicios públicos que sea acorde con la Constitución” (id.), *procediendo a exhortarlo en tal sentido*.

Advirtió que con la modalidad de exhorto que utilizaba no desbordaba su competencia ni invadía la órbita de actuación del Congreso. Por el contrario, “el profundo respeto por la estructura del Estado y por la libertad de configuración política del Legislativo es lo que explica que la Corte se haya abstenido de delimitar materialmente el concepto de servicios públicos esenciales. Pero la ausencia de normas transitorias que prolonguen de manera indefinida las regulaciones legales preconstituyentes en este campo, la protección del derecho de los trabajadores y de los usuarios, así como el carácter normativo de la Constitución obligan a la Corte a efectuar este exhorto”, para guardar la “integridad y supremacía de la Constitución” (art. 241 de la C.P.) [id.].

Aclaró que el exhorto no debía ser visto “como una ruptura de la división de los poderes sino como una expresión de la colaboración de los mismos para la realización de los fines del Estado (C.P. art. 113), en particular para la garantía de la efectividad de los derechos de las personas (C.P. art. 2º). En efecto, el ordenamiento jurídico colombiano establece mecanismos de cooperación entre los órganos del Estado a fin de asegurar la fuerza expansiva de los derechos constitucionales. [...] No es pues extraño que la Corte Constitucional pueda exhortar al Congreso para que adecúe el orden legal a la Constitución en materia de derechos constitucionales” (sic, id.).

Por fin, puntualizó que el tipo de exhorto que emitía no era en manera alguna una innovación doctrinaria suya o de la sentencia que profería, “sino que éste surge de las tensiones valorativas propias del texto constitucional, en particular de aquella que existe entre la supremacía normativa de la Constitución y el principio de libertad de configuración del Legislador. Esto explica que la mayoría de los tribunales constitucionales establezcan formas similares de exhortos con el fin de armonizar tales principios y tomar en cuenta los efectos sociales de las decisiones constitucionales” (id.). En esa línea, recordó los casos del Tribunal Constitucional alemán, en cuanto a la adopción de estos exhortos bajo la forma de “resoluciones de aviso” o “admonitorias”, y del Tribunal Constitucional español, que había actuado en el mismo sentido.

**a.2)** Mucho tiempo ha transcurrido y una praxis activa en la materia se ha cristalizado en derredor de los “exhortos al Legislador”.

Entre las últimas decisiones más importantes de la tipología que examinamos no puede omitirse siquiera una apretada alusión a la Sentencia C-577, dictada por la Sala Plena de la Corte Constitucional el 26 de julio de 2011 (M.P. Gabriel Eduardo

Mendoza Martelo), que abordó un tema socialmente muy sensible: los derechos de las personas del mismo sexo.

En la causa se ventilaba la demanda de inconstitucionalidad en contra de algunas expresiones contenidas en el art. 113 del Código Civil, en el inc. 1º del art. 2 de la Ley 294 de 1996 y en el inc. 1º del art. 2 de la Ley 1.361 de 2009.

Básicamente, el Tribunal declaró exequible la expresión “un hombre y una mujer”, contenida en el art. 113 del Código Civil; decidió no pronunciarse de fondo respecto de la expresión “de procrear”, ubicada en la misma norma, e hizo lo propio acerca de la expresión “de un hombre y una mujer” que figura en los arts. 2 de la Ley 294 de 1996 y 2 de la Ley 1.361 de 2009; y, en lo que aquí interesa destacar principalmente, *exhortó* al Congreso de la República para que antes del 20 de junio de 2013 legislara, de manera sistemática y organizada, sobre los derechos de las parejas del mismo sexo con la finalidad de eliminar el déficit de protección que las afecta, determinando que si a la fecha indicada no se hubiera expedido la legislación correspondiente, “las parejas del mismo sexo podrán acudir ante notario o juez competente a formalizar y solemnizar su vínculo contractual”.

Aclaró la Corte que en esta última hipótesis el Congreso conservaba su competencia legislativa sobre la materia, pues así lo impone la Constitución, “pero tratándose de jueces y notarios es necesario indicar que ya no están de por medio las exigencias del principio democrático, sino el cumplimiento de funciones destinadas a hacer efectivos los derechos constitucionales fundamentales de los asociados, por lo cual su actuación no se ordena a título de colaboración o a la manera de una concesión graciosa, sino que puede ser exigida como cumplimiento de la Constitución misma y bajo el apremio del carácter vinculante de lo que aquí se ha decidido y de la obligatoriedad propia de una sentencia constitucional dotada de efectos *erga omnes* y que hace tránsito a cosa juzgada constitucional” (ap. VI.: “Consideraciones de la Corte”, subap. 7: “Exhorto dirigido al Congreso de la República”).

En síntesis, el firme *exhorto* en cuestión dirigido al legislador se complementó con un plazo de cumplimiento para la sanción de la normativa pertinente, señalándose la consecuencia que sobrevendría en caso de que aquel no cumpliera con el encargo que le enviaba la Corte.

Sin perjuicio de ello y como el Tribunal había realizado en otras sentencias, destacó que, “como siempre, el exhorto se formula con total respeto hacia la facultad de configuración que le corresponde al Congreso de la República, para propiciar la colaboración entre la Corte y el órgano representativo por excelencia y en procura de garantizar la atención de los derechos de los asociados, mas como quiera que el *déficit*



*de protección* que afecta a las parejas del mismo sexo es evidente y reclama urgente respuesta institucional, *la Corporación estima indispensable fijar un término para que el Congreso de la República expida la regulación que respetuosamente se le solicita*” (id.).

Luego, y en rápida síntesis, la historia continuó de la siguiente manera:

- El Congreso de la República dejó vencer el plazo fijado por la C.C. y no dictó la legislación pertinente, que debería haber sido sancionada antes del 20 de junio de 2013. Concretamente, en abril de ese año el proyecto para materializar la legalización del matrimonio igualitario fue rechazado en el Senado de la República en votación en sesión plenaria, con lo cual naufragó la iniciativa.
- No pocos piensan que ello sucedió porque el Congreso no deseaba asumir el costo político de semejante normativa, ya que fuertes sectores de la sociedad rechazan el matrimonio de personas del mismo sexo.
- Se generó una fuerte disputa dialéctica en la que, entre otros actores, intervinieron el Procurador General de la Nación (absolutamente refractario al matrimonio de homosexuales) y el Fiscal General, legisladores, ONG, notarios y representantes de la Iglesia Católica.
- Dada la conflictividad del asunto, diversos notarios se negaron a consagrar las uniones de personas de igual sexo.
- Un poco más de un mes después de haber fenecido el plazo establecido por la C.C., concretamente el 24 de julio de 2013, la jueza 67 Civil Municipal, Carmen Lucía Rodríguez, consagró la primera boda civil: una pareja de hombres homosexuales que convivían desde veinte años atrás. La jueza, que según algunas informaciones no usó la palabra “matrimonio” para definir la unión conyugal que celebraba, recibió numerosas críticas y presiones y, de hecho, fue denunciada ante el Consejo Superior de la Judicatura.
- Por su parte, el que para algunos fue en realidad el primer matrimonio civil entre personas del mismo sexo (dos hombres), realizado el 20 de septiembre de 2013 por el juez 48 Municipal de Bogotá, fue declarado nulo el 2 de octubre del mismo año por el juez 39 Civil del Circuito de Bogotá, que admitió una acción de tutela contra tal celebración matrimonial propiciada por la Procuraduría General de la Nación en coordinación con la Fundación “Marido y Mujer”. No obstante, la validez del matrimonio fue posteriormente restituida por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá.
- Es preciso aclarar que uno de los elementos que problematizó aún más la situación se dio porque la C.C. en la Sentencia C-577/11 había señalado que, fenecido el plazo

impuesto al Congreso sin que este emanara la legislación correspondiente, “las parejas del mismo sexo podrán acudir ante notario o juez competente a *formalizar y solemnizar su vínculo contractual*”, con lo cual surgieron discrepancias interpretativas en torno a si ello implicaba o no habilitar el matrimonio de sujetos de igual sexo. En otras palabras, el dilema era: ¿matrimonio igualitario o “unión solemne”?

- Finalmente, y en una atmósfera cargada de incertidumbre jurídica, se plantearon numerosas tutelas para que se aclararan los alcances de la sentencia citada en el párrafo anterior, dos de las cuales (según información que data de febrero de 2014<sup>323</sup>) fueron seleccionadas por la C.C. para ser analizadas en Sala Plena<sup>324</sup>, con lo cual será el máximo órgano jurisdiccional constitucional colombiano el que, reabriendo el debate, termine por definir el contenido y los perfiles y contornos de tan sensible asunto.

### **b) Perú**

Dentro del espectro de las sentencias atípicas o intermedias, las *exhortativas* parecieran ser las cuantitativamente más empleadas por el Tribunal Constitucional (T.C.) de ese país.

Además se las ha usado tanto en el marco de procesos que han concluido en la declaración de inconstitucionalidad de la ley enjuiciada, como en otros que no han determinado tal anticonstitucionalidad.

**b.1)** Entre numerosos casos, por ejemplo, en Expte. N° 004-2004-CC/TC, el Tribunal dejó en claro que las recomendaciones emitidas al legislador carecen de imperatividad.

---

323 Véase la nota “Corte Constitucional reabre el debate sobre matrimonio entre parejas del mismo sexo”, RCN La Radio, 19 de febrero de 2014; fuente: [www.rcnradio.com/noticias/corte-constitucional-reabre-el-debate-de-la-union-de-parejas-del-mismo-sexo-118641](http://www.rcnradio.com/noticias/corte-constitucional-reabre-el-debate-de-la-union-de-parejas-del-mismo-sexo-118641).

324 Uno de los casos corresponde a una pareja de igual sexo a la que un notario se negó a casar argumentando que el Congreso no había legislado esa materia y que la C.C. sólo otorgó a los notarios competencia para establecer un vínculo contractual. La pareja que recurrió sostiene que semejante negativa vulnera sus derechos fundamentales como el de reconocimiento de la personalidad jurídica, al impedirles la modificación de su estado civil de solteros a casados, el derecho a constituir una familia y protegerla y el derecho a la dignidad humana.

En el segundo caso, la tutela circula por el carril contrario, ya que fue articulada por la Procuraduría General de la Nación que persigue la declaración de nulidad del matrimonio entre Julio Albeyro Cantor Borbón y William Alberto Castro, es decir, aquel celebrado el 20 de septiembre de 2013 por el juez 48 Municipal de Bogotá, que —como vimos— luego fue anulado por el juez 39 Civil del Circuito de Bogotá y posteriormente restaurado por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá.

Sobre el punto, ver por ejemplo la nota “La Corte Constitucional de Colombia, obligada a despejar la incertidumbre jurídica sobre el matrimonio igualitario”, 26 de febrero de 2014; fuente: [www.dosmanzanas.com/2014/02/la-corte-constitucional-de-colombia-obligada-a-despejar-la-incertidumbre-juridica-sobre-el-matrimonio-igualitario.html](http://www.dosmanzanas.com/2014/02/la-corte-constitucional-de-colombia-obligada-a-despejar-la-incertidumbre-juridica-sobre-el-matrimonio-igualitario.html).

**b.2)** Por su parte, CASTRO CRUZATT alude a la sentencia recaída en Expte. N° 0009-2008-PI/TC, en la que la *exhortación sirvió como una opción para evitar la declaración de inconstitucionalidad*. Se trata de una sentencia desestimatoria en la que el T.C. se abstuvo de analizar las observaciones formuladas contra las normas enjuiciadas y se limitó a *exhortar* al Congreso a debatir y decidir diversos proyectos de ley que pretendían introducir modificaciones en el régimen legal cuestionado en sede constitucional. A juicio de la autora citada, el Tribunal no incluyó encargos precisos para la actuación del legislador, su decisión operó como una alternativa a la declaración de inconstitucionalidad y por ello consideró cuestionable el temperamento adoptado. Agrega que el T.C. denotó “su afinidad con la opción política plasmada en la ley. La actuación política se despliega aquí a partir de lo que el Tribunal silencia y no de lo que señala expresamente”<sup>325</sup>.

**b.3)** La observación de la praxis del T.C. muestra que éste utiliza principalmente el retraso de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, al que añade una *exhortación* al legislador por medio de la cual procura estimular la modificación de la materia regulada por la ley inconstitucional.

**b.4)** Se ha señalado que la primera oportunidad en la que el Tribunal recurrió a esta técnica y dirigió una *exhortación al legislador* fue a propósito de la expedición de la sentencia sobre legislación antiterrorista de 3 de enero de 2003. Una de las tres exhortaciones incluidas en este complejo pronunciamiento se asociaba a dicha figura y buscaba impulsar la actuación diligente del legislador. Concretamente, declaró inconstitucional la disposición que regulaba el delito de traición a la patria por lo que, al amparo de las normas constitucionales y legales vigentes, era posible que las personas condenadas en aplicación de dicha legislación solicitaran la revisión de sus procesos (tramitados de acuerdo con normas inconstitucionales) y obtuvieran la excarcelación. Ante tal situación potencialmente riesgosa para la seguridad interna del Estado, el T.C. decidió postergar la eficacia de su declaración de inconstitucionalidad mediante la técnica de la *vacatio sententiæ, encomendando al legislador* el dictado de la regulación pertinente dentro de un lapso de tiempo *breve y razonable*. La regulación estuvo a cargo del Gobierno, previa delegación de facultades por parte del Congreso. Todo lo anterior corresponde a la sentencia recaída en Expte. N° 010-2002-AI/TC<sup>326</sup>.

---

325 CASTRO CRUZATT, Karin, “El Tribunal Constitucional y las exhortaciones al legislador, el caso peruano”, *Revista Derecho del Estado*, N° 27, julio-diciembre de 2011, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, p. 159, nota 11 a pie de página.

326 *Ibid.*, pp. 166-167, nota 33 a pie de página.

### c) Chile

El Tribunal Constitucional (T.C.) desde muy temprano acudió a ellas.

**c.1)** Por ejemplo, en la sentencia de 5 de abril de 1988 (Rol N° 53), al examinar en control preventivo de constitucionalidad la Ley Orgánica Constitucional de Votaciones Populares y Escrutinios, verificó la existencia de un cúmulo de significativos vacíos, juzgando necesario *hacer presente* a la entonces Junta de Gobierno la necesidad de complementar, oportunamente, dicha ley con las materias indicadas en los respectivos considerandos de la sentencia.

El T.C. había constatado algunos puntos específicos que no aparecían suficientemente regulados, lo que si bien *no permitía, razonablemente, sostener la inconstitucionalidad general del proyecto, sí aconsejaba hacerlos presente*, “con el objeto de prevenir sobre la necesidad de legislar sobre ellos, a fin de evitar que por su falta de regulación se produzcan vacíos que dificulten el cabal cumplimiento de la voluntad legislativa, en conformidad a las prescripciones de la Carta Fundamental”.

**c.2)** En un pronunciamiento posterior, de 3 de noviembre de 1992 (Rol N° 155), el T.C. efectuó una exhortación al legislador en el marco del proyecto de Ley Orgánica Constitucional de Gobierno y Administración Regional, en relación con el escrutinio para elegir a los consejeros regionales.

### d) México

La Suprema Corte de Justicia no suele acudir muy asiduamente a *sentencias exhortativas*, pero ha pronunciado algunas.

Una de ellas resulta interesante *per se*, pero además porque *se vincula con la inconstitucionalidad por omisión*. Se trata en concreto de la controversia constitucional 4/2005, Poder Judicial del Estado de Tlaxcala (M.P. José Ramón Cossío Díaz), México D.F., Sentencia del Tribunal pleno correspondiente al 13 de octubre de 2005, donde dijo en su parte pertinente:

“Por tanto, el Congreso del Estado de Tlaxcala ha incurrido en una *omisión legislativa de carácter absoluto* en el ejercicio de una facultad o competencia de ejercicio obligatorio, ya que tenía la obligación constitucional de adecuar su Constitución y sus leyes locales a las disposiciones de la Constitución Federal, a más tardar el dieciocho de marzo de mil novecientos ochenta y ocho, y no lo hizo, resaltando aún más, que a la fecha tampoco lo ha realizado. Así, *con esta omisión legislativa absoluta se actualiza una violación directa a la Constitución Federal*, ya que el legislador del Estado de Tlaxcala, con su inactividad respecto de la actualización de su normativa local a las disposiciones de la Constitución Federal, ha quebrantado la normatividad constitucional al desobedecer un mandato expreso

constitucional que le impuso el Poder Reformador de la Constitución en el artículo segundo transitorio de la reforma de mil novecientos ochenta y siete y, por tanto, al no haberse adecuado la normativa estatal a las disposiciones de la Constitución Federal, concretamente a lo establecido por el artículo 116, fracción III, resulta claro que este precepto constitucional es transgredido, ya que en el Estado de Tlaxcala no se han hecho efectivas sus disposiciones con lo que se impide su plena eficacia.

“En virtud de lo anterior [...], *conminamos al Congreso del Estado de Tlaxcala para que a la brevedad posible dé cumplimiento al mandato constitucional* a que se ha venido haciendo referencia y proceda a realizar las adecuaciones a la normativa estatal, adecuándolas a los principios establecidos en el artículo 116, fracción III, de la Constitución Federal”.

Más adelante, específicamente en el título decimosexto, capítulo III, retomaremos esta controversia constitucional.

#### **e) Argentina**

A su tiempo, la CSJN las ha empleado en causas de gran relevancia e interés públicos. Así ha actuado, por ejemplo, en fallos como los dictados en “Verbitsky, Horacio”<sup>327</sup>, el citado caso “Badaro” I y II, “Arriola, Sebastián y otros s/ Causa N° 9.080”<sup>328</sup> y “E, A. L. s/ Medida autosatisfactiva”<sup>329</sup>.

**e.1)** En “Verbitsky”, de 3 de mayo de 2005, trasuntó una percepción amplia y despojada de formalismos en materia de legitimación procesal activa, al admitir por primera vez un hábeas corpus correctivo y colectivo articulado por el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) en amparo de todas las personas privadas de su libertad en jurisdicción de la Provincia de Buenos Aires detenidas en establecimientos penales y comisarías sobrepoblados, a pesar de que legal y constitucionalmente su alojamiento debía desarrollarse en centros de detención especializados.

Mayoritariamente<sup>330</sup> la Corte reivindicó su rol institucional y emitió un fallo trascendente (aun cuando de dificultoso cumplimiento *in totum*), entre otros aspectos, porque —activismo judicial mediante— diagramó un mecanismo jurisdiccional para *combatir las omisiones contrarias a la Constitución y a los instrumentos internacionales con valencia homóloga en que incurrierán las autoridades provinciales competentes en materia de ejecución penal*, y que —según el consid. 39 del voto triunfante— resultaban violatorias, v. gr., de:

327 Fallos, 328:1146.

328 Fallos, 332:1963.

329 Fallos, 335:197.

330 La mayoría quedó conformada por los ministros Petracchi, Maqueda, Zaffaroni, Highton de Nolasco y Lorenzetti. Por su parte, en disidencia se expidió el juez Boggiano y, también disidentemente —aunque sólo en forma parcial—, lo hicieron por separado los ministros Fayt y Argibay.

- El art. 18 de la C.N., que en su parte pertinente dispone: “Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice”.
- El art. XXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH): todo individuo “tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad”.
- El art. 10.1 del PIDCP: “Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”.
- El art. 5.2 de la CADH, norma con similar configuración léxica y contenido semántico a la del Pacto citado en último término.

En definitiva, pronunció una *sentencia exhortativa multilateral*, involucrando en sus requerimientos a los tres poderes del Estado Provincial, y —compendiando al máximo los contornos del decisorio— declaró que las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos de las Naciones Unidas, recogidas por la Ley N° 24.660<sup>331</sup>, configuran el estándar básico infranqueable al que debe sujetarse toda detención para que la privación de la libertad ambulatoria legítimamente impuesta por un órgano judicial competente se adapte a los lineamientos indispensables para preservar la dignidad de la persona humana; y *exhortó* a los poderes Ejecutivo y Legislativo de la Provincia de Buenos Aires a *adecuar su legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcelación y su legislación de ejecución penal y penitenciaria, a las pautas constitucionales e internacionales*.

**e.2)** Los dos pronunciamientos recaídos en la citada causa “Badaro” resultan muy interesantes pues en cierto punto la Corte *encadena la detección de una omisión legislativa inconstitucional con exhortaciones a los poderes Ejecutivo y Legislativo* para que procedan a dictar las medidas pertinentes a los efectos de garantizar el derecho a la movilidad de los beneficios previsionales.

**e.3)** En “Arriola”, de 25 de agosto de 2009, la Corte<sup>332</sup> declaró la inconstitucionalidad del art. 14, segundo párrafo, de la Ley N° 23.737<sup>333</sup>, por conculcar el art. 19<sup>334</sup> de la C.N.,

331 B.O. de 16 de julio de 1996.

332 La posición que encabeza el fallo fue suscrita por los jueces Highton de Nolasco y Maqueda; al tiempo que en votos concurrentes individuales se pronunciaron los ministros Lorenzetti, Fayt, Petracchi, Zaffaroni y Argibay.

333 B.O. de 11 de octubre de 1989.

334 El aludido art. 19 de la C.N., expresa: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

en la medida en que invadía la esfera de la libertad personal excluida de la autoridad de los órganos estatales y “en cuanto incrimina la tenencia de estupefacientes para uso personal que se realice en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros” (consid. 36 del voto que encabeza el decisorio).

Por lo demás, *exhortó* a todos los poderes públicos a asegurar una política de Estado contra el tráfico ilícito de estupefacientes y a adoptar medidas de salud preventivas con información y educación disuasiva del consumo, enfocada sobre todo en los grupos más vulnerables, especialmente los menores, a fin de dar adecuado cumplimiento a los tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos por el país.

e.4) Por último, en “F, A. L.”, el 13 de marzo de 2012, por mayoría<sup>335</sup> la Corte Suprema dictó una resolución que contiene la interpretación de una norma del Código Penal (sobre aborto no punible) *con efectos generales*, por lo que obviamente el decisorio presenta un *valor exógeno* y transmite un claro mensaje a jueces y demás operadores jurídicos, además de otras autoridades públicas y profesionales de la salud. Incluso *exhortó a la prefiguración y puesta en práctica de políticas públicas* para efectivizar las pautas sentadas en el pronunciamiento.

Concretamente, realizó una exégesis del art. 86, inc. 2°, primera parte de aquel Código, que dispone que el “aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible: [...] 2° *Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente*”.

Una simplificación extrema de la cuestión nos lleva a recordar solamente que el Tribunal sostuvo que el supuesto de aborto no punible contemplado en dicho segmento del artículo *comprende al que se practique respecto de todo embarazo que sea consecuencia de una violación, con independencia de la capacidad mental de su víctima, ello en virtud de la interpretación amplia del precepto legal* (consid. 18, párrafo 1°).

En definitiva, *exhortó* a las autoridades nacionales, provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con competencia en la materia, a implementar y hacer operativos, mediante normas del más alto nivel, protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles y para la asistencia integral de toda víctima de violencia sexual.

---

335 Integrada por los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda y Zaffaroni, mientras que en sendos votos concurrentes se pronunciaron los jueces Petracchi y Argibay.

Confluyentemente, *exhortó* al Poder Judicial nacional y a los poderes judiciales provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a abstenerse de judicializar el acceso a los abortos no punibles previstos legalmente<sup>336</sup>.

#### 4. Las sentencias “aditivas de principio” y/o las “sentencias-delegación”. Las sentencias “aditivas con parte dispositiva genérica” o “decisiones meramente declarativas”

##### A) *Las sentencias “aditivas de principio”. Las “sentencias-delegación”*

En cuanto a las *aditivas de principio*, tuvimos ya ocasión de introducir ciertas consideraciones explicativas que se unirán a otras que brindaremos en este subapartado.

Ya con relación a las segundas (*sentencias-delegación*), para algunos autores constituyen un subtipo de las primeras, mientras que otros se inclinan por la identidad entre ambas.

En cualquier caso, ellas comparten el hecho de haber sido gestadas por la Corte Constitucional italiana con un doble objeto: de un lado, *superar la inercia del Parlamento*, si hubiese tornado inocuas las admoniciones más o menos persuasivas que hubo de dirigirle el Tribunal; y, del otro, evitar verse obligada a dirimir el proceso con una decisión de inadmisibilidad simple o manifiesta ante la existencia de un zona reservada a las opciones discrecionales del legislador<sup>337</sup>.

GROPPi proporciona una interesante disquisición sobre el funcionamiento de las sentencias *aditivas de principio* (entrelazadas con las *sentencias “de delegación”*). Su visión del tema puede explicarse del siguiente modo: tal como sucede en las sentencias *aditivas “clásicas”*, se declara inconstitucional una disposición por aquello que no prevé algo, pero sin introducir en el ordenamiento nuevas normas jurídicas sino *principios*, a los que el legislador tendrá que dar actuación en disposiciones con carácter *erga omnes*. En la motivación de tales decisiones, la Corte dicta los principios en los cuales deberá inspirarse el legislador y, en algunos casos, fija un plazo dentro del cual deberá

---

336 La citada exhortación ha sido recibida de modos muy diversos en las provincias argentinas. Así, a manera de ejemplo y en su momento, en *Córdoba* un juez de primera instancia (en fallo confirmado por la cámara de apelaciones) declaró la nulidad del protocolo dictado por el Poder Ejecutivo provincial en la parte que se refería a la mujer violada, no así cuando existía grave riesgo para la vida o la salud de la madre; en *Mendoza*, el gobernador provincial sostuvo que el protocolo médico debía ser sancionado por una ley y no por el Ejecutivo; y en *Entre Ríos* se dictó la Resolución N° 974 MS (B.O. de 4 de mayo de 2012), por la que se aprobó la “Guía de Procedimiento para la Atención de Pacientes que soliciten Prácticas de Aborto no Punibles”.

337 Ver ROMBOLI, Roberto, op. cit., “La tipología de las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en vía incidental”, pp. 74-75.



hacerlo. Así, se combinan en el mismo instrumento decisional el contenido de una verdadera y propia sentencia aditiva con una sentencia “de delegación”, conciliándose la inmediatez de la estimación del planteo de inconstitucionalidad con el respeto por el radio de discrecionalidad legislativa<sup>338</sup>.

La autora italiana citada advierte que el aspecto más innovador de este tipo de sentencias aparece frente a la *inactividad del legislador*, ya que en este caso corresponderá a *todos los jueces* dar vigencia a la sentencia de la Corte Constitucional, en concreto e *inter partes*. Añade que “[t]al papel de los jueces de transformar los principios individualizados de la Corte en reglas del caso concreto *es explicitado en algunas sentencias aditivas de principio, que contienen expresa referencia a la posibilidad de que, ante la desidia del legislador, el juez intervenga*. Pero también cuando la motivación no contiene alguna mención del papel de los jueces, y parece dirigirse sólo al legislador, quedará intacto el espacio para la actuación en vía judicial. Al punto que, si en referencia a este tipo de sentencia, el juez nuevamente propone la misma cuestión, haciendo notar la desidia del legislador, la Corte la declara inadmisibile, recordando que *es tarea del juez remediar la omisión en el caso concreto*”<sup>339</sup>.

En definitiva y como corolario de tal tipología sentencial, puede observarse cómo se activa (o puede activarse) un circuito de interacción de la Corte Constitucional, el legislador y los jueces ordinarios.

Encontramos un ejemplo que permite visualizar la dinámica práctica de estas variantes decisorias en la Sentencia N° 243, de 19 de mayo de 1993. En ella, la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad de las disposiciones objetadas en el particular, remitiendo a la motivación para lo concerniente a “los principios y los plazos” de la misma, además de advertir que no podía continuar con las admoniciones, ya que “una resolución que una vez más remitiera la superación de estas situaciones, que inciden sobre valores constitucionales, a la intervención del legislador, solicitada inútilmente desde hace mucho, *no podría no aparecer [...] como abdicación de las funciones del Juez de la ley*<sup>340</sup>, y *no podría no resolverse en la protección no ya de la discrecionalidad del legislador, sino de su inactividad*”<sup>341</sup>.

---

338 GROPPI, Tania, “Corte Constitucional y principio de efectividad”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 11, enero-junio de 2009, Porrúa e IIDPC, trad. de Eduardo Ferrer MacGregor, México, D.F., p. 205.

339 *Ibid.*, pp. 205-206.

340 Aunque tal vez resulte sobreabundante la aclaración, para evitar cualquier confusión es preciso tener en cuenta que, cuando en Italia se habla de “*giudice delle leggi*” (juez de las leyes) se hace referencia a la *Corte Constitucional*.

341 ROMBOLI, Roberto, op. cit., “La tipología de las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en vía incidental”, p. 75.

Luego de descartar en el caso tanto el dictado de una decisión meramente anulatoria como de una aditiva que sustituyera la intervención del legislador, pronunció una “*sentenza delega*”, por medio de la cual admitió la pretensión y determinó la inconstitucionalidad de las disposiciones impugnadas, mas en lo relativo a la eficacia de tal declaración, hizo una remisión a los “principios” y sobre todo a los “plazos” indicados en la motivación.

### **B) Las sentencias “*additive di meccanismo*” o “*additive a dispositivo generico*”**

Para concluir este capítulo, nos referiremos brevemente a un tipo particular de decisiones aditivas. Aludimos a las denominadas *sentenze “dichiarative”*, “*additive di meccanismo*” o “*additive a dispositivo generico*”, según las individualizaciones que proporciona PARODI, quien las ha estudiado detenidamente<sup>342</sup>.

Se trata de decisorios que aparecen un tanto *difusos*, porque pese a contar con un fallo de *corte aditivo*, no determinan con precisión ni la disposición inconstitucional, ni la disposición omitida. En el fondo, son decisiones estimatorias, esto es, que declaran la inconstitucionalidad de la disposición objetada, mas lo hacen por medio de un dispositivo aditivo indeterminado y genérico<sup>343</sup>.

Esta *variante decisional se emplea para afrontar una preterición legislativa*, decidiendo la inconstitucionalidad de disposiciones indeterminadas y genéricas, y modulando *pari passu* una solución de análogo tenor de indeterminación y generalidad<sup>344</sup>.

Para proponer un acercamiento taxonómico, PARODI utiliza como elemento de diferenciación la *posibilidad o la imposibilidad de concretización jurisprudencial de la sugerencia contenida en el fallo aditivo genérico*.

Si ella fuera susceptible de semejante concretización, sería una “*sentencia aditiva de principio*” en sentido propio; si no lo fuera, se estaría ante una decisión que en cierto punto podría considerarse como “*meramente declarativa*”<sup>345</sup>.

---

342 Para todas las apreciaciones que respecto de tal modalidad sentencial efectuaremos en el texto, se seguirá la elaboración de PARODI, Giampaolo, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Giappichelli, Torino, 1996.

343 *Ibid.*, por ejemplo, en pp. 23 y ss.

344 *Ibid.*, pp. 160 y ss.

345 *Ibid.*, pp. 253 y ss.

**CAPÍTULO**

**III**

**LA MODULACIÓN DE LOS  
EFECTOS DE LAS SENTENCIAS  
CONSTITUCIONALES**

## I. Introducción

La temática de la modulación de los efectos de los pronunciamientos de los órganos de justicia constitucional adquiere una gravitación muy intensa.

Se vincula a varios de los puntos abordados anteriormente al examinar las sentencias atípicas o intermedias. Además, no pocas cuestiones ya presentadas vienen a insertarse directamente en el polifacético campo de la regulación de los efectos jurídicos y pragmáticos de tales dispositivos decisorios.

*Mutatis mutandis* y en referencia al contexto español (pero con valencia exógena), se ha afirmado que más allá de purismos dogmáticos la posibilidad de modular los efectos de la nulidad —lejos de debilitar la eficacia del control de constitucionalidad— en la práctica lo refuerza, ya que permite que el tribunal actúe con mayor libertad al poder enlazar la declaración de inconstitucionalidad, cuando ésta es necesaria, con la ponderación, no menos necesaria y siempre presente, de las consecuencias prácticas que sobre otros bienes constitucionalmente protegidos puede producir una declaración de nulidad sin modulaciones temporales<sup>346</sup>.

En realidad, las modalidades que muestra la jurisprudencia constitucional comparada son incontables y cada escenario jurídico presenta sus propios dispositivos adecuados a las respectivas realidades jurídicas.

Sin perjuicio de tal amplitud, algunas variantes se repiten, aunque no sin matices. Por ejemplo, pueden contabilizarse enunciativamente las ya nombradas sentencias que *retrasan sus efectos para dar tiempo a la intervención del legislador*, o las que declaran que la ley “*todavía es constitucional*” (o que “*todavía no es inconstitucional*”), siendo estas últimas también conocidas como decisiones que declaran la *constitucionalidad precaria* de la ley enjuiciada.

Una precisión adicional: como puede suponerse, el asunto que examinaremos adquiere especial realce en los sistemas de control concentrado o con rasgos centralizados. Ello no significa, por cierto, que su relevancia se diluya o evapore en escenarios regidos por modelos difusos de fiscalización constitucional, en los que —por vía de principio— la declaración de inconstitucionalidad de la ley no produce efectos *erga omnes* y naturalmente no genera su expulsión del sistema. Sin embargo, es claro que la problemática en análisis recepta una significación no tan intensa como la que se le adjudica en los espacios jurídicos referidos en primer término.

---

346 VIVER PI-SUNYER, Carles, en ESPÍN TEMPLADO, Eduardo *et al.*, *La reforma de la justicia constitucional*, Ministerio de Justicia, Centro de Estudios Jurídicos, Thomson - Aranzadi, Navarra, 2006, p. 94.

A continuación y luego de detenernos en las particularidades que al respecto ofrecen ciertos contextos jurídicos europeos, repasaremos sucintamente sólo algunos de los muy numerosos y variopintos mecanismos graduatorios de los efectos de las sentencias, fundamentalmente estimatorias de inconstitucionalidad, en general forjados jurisprudencialmente.

Después y para cerrar el presente capítulo, mostraremos cómo la práctica moduladora ha impactado en tribunales, cortes o salas constitucionales o cortes supremas de justicia de América, concediéndonos un espacio más extendido para presentar la interesante experiencia colombiana.

## II. Apreciaciones contextuales respecto de ciertos ámbitos europeos

### 1. Preliminar

No es demasiado novedoso mencionar que en Europa, también — aunque posteriormente— en Latinoamérica, cada sistema ofrece sus propias particularidades en relación con el tema de los *efectos de las sentencias que declaran la inconstitucionalidad*.

Ciñéndonos aquí al ámbito europeo y partiendo en líneas generales de la existencia de un control concentrado de constitucionalidad, las variantes son numerosas e importantes.

Si pretensión alguna de exhaustividad, analizaremos seguidamente ciertos escenarios en relación con el tópico específico que nos convoca, el que a su vez se inscribe en uno más general: el de *los efectos de las sentencias constitucionales*.

### 2. Algunas normatizaciones constitucionales y legales y manifestaciones jurisprudenciales en Austria (con breves alusiones a otros países), España, Italia y Alemania

#### A) Austria

La sentencia de inconstitucionalidad se considera “constitutiva”, por tanto, sus efectos son —además de *erga omnes*— *ex nunc*, esto es, hacia delante (*pro futuro*). Sin

mayor esfuerzo se observa aquí la impronta de KELSEN<sup>347</sup>, quien aseguraba que semejante solución era la que mejor se ajustaba a los requerimientos de la seguridad jurídica.

Sin embargo, el art. 140.5 de la Constitución austríaca habilita al Tribunal Constitucional a aplazar los efectos de la sentencia estimatoria, o sea, de anulación (*Aufhebung*), por un lapso máximo de dieciocho (18) meses (*“Diese Frist darf 18 Monate nicht überschreiten”*).

Otros ordenamientos jurídicos europeos que contienen disposiciones afines, fijando *plazos máximos* para la entrada en vigor de la declaración de inconstitucionalidad, son —v. gr.— las constituciones de *Turquía* (1982), que en su art. 153, párrafo 3º, estipula un (1) año; y *Polonia* (1997), que establece una dualidad de plazos en su art. 190, inc. 3º: dieciocho (18) meses para las leyes y doce (12) para los otros actos normativos.

Análoga facultad aparece también, aunque sin especificar un plazo determinado, por ejemplo, en el art. 100.4 de la Constitución de *Grecia*, que habilita al Tribunal Especial Superior, receptor de competencias para ejercer control de constitucionalidad, a fijar la fecha en que la disposición inconstitucional dejará de producir efectos; y en el art. 132.2 de la Constitución de *Albania*, que habilita al Tribunal Constitucional a establecer la fecha en que su sentencia de inconstitucionalidad adquirirá fuerza<sup>348</sup>.

Volviendo al caso austríaco, el propósito subyacente a semejante retraso de los efectos radica en permitir al legislador que pueda subsanar el vicio o la incongruencia de la disposición enjuiciada dentro del plazo que le marca el Tribunal Constitucional. En palabras de GARRORENA MORALES, se trata de las llamadas “sentencias de eficacia aplazada” o “de eficacia retardada”, categorías en las que ubica a la Resolución de 19 de diciembre de 1972<sup>349</sup>.

## **B) España**

El principio es la aplicación *ex tunc* de los efectos de los fallos estimatorios de inconstitucionalidad (y, por tanto, anulatorios) del Tribunal Constitucional, sin perjuicio de no pocas excepciones declaradas por éste en el marco de sus correctamente autoasignadas atribuciones para modular las consecuencias de los citados pronunciamientos.

Aquel postulado surge del art. 39.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), que dispone: “Cuando la sentencia *declare la inconstitucionalidad, declarará*

---

347 KELSEN, Hans, en “La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)”, *Revue de Droit Public*, Vol. 45, 1928, pp. 218-219.

348 Ver FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, “Las sentencias constitucionales en el derecho comparado”, op. cit., *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, Tº II, p. 1354.

349 GARRORENA MORALES, Ángel, op. cit., “La sentencia constitucional”, p. 21.

*igualmente la nulidad de los preceptos impugnados, así como, en su caso, la de aquellos otros de la misma Ley, disposición o acto con fuerza de Ley a los que deba extenderse por conexión o consecuencia”.*

El art. 40.1, *Ibid.*, se cuida de advertir que “[l]as sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley *no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las Leyes, disposiciones o actos inconstitucionales”.*

Como quedara expuesto, el máximo órgano de justicia constitucional cuenta en su acervo jurisprudencial con varios pronunciamientos en los que se hace patente el quiebre de la inescindibilidad de la inconstitucionalidad-nulidad, sorteando así una eventual aplicación de la pauta temporal *ex tunc* que por diversas razones pudiera resultar perjudicial (por ejemplo, las SS.TC. N<sup>os</sup>. 13/1992 y la ya citada y muy significativa 45/1989).

Asimismo, se observan diversos decisorios en los que se determina la continuidad aplicativa de una ley declarada inconstitucional hasta que el legislador sancione una nueva legislación ajustada a los parámetros establecidos en la sentencia del Tribunal Constitucional (v. gr., con matices, se inscriben en esta línea las SS.TC. N<sup>os</sup>. 19/1987, 36/1991, 222/1992, 61/1997, 195/1998 y 208/1999). Tal temperamento, como hemos puntualizado, normalmente enraíza en la necesidad de evitar una situación que resulte más disvaliosa aún que la que se pretende corregir con el dispositivo tildado de anticonstitucional.

Se ha incluido también como medio para soslayar los efectos *ex tunc*, el criterio de necesidad “de evitar daños financieros relevantes” al fisco, señalándose para ejemplificar la nombrada STC N<sup>o</sup> 13/1992, que tuvo en cuenta tales aspectos al momento de declarar la inconstitucionalidad de las leyes de presupuestos de 1987 y 1988. El fallo de referencia giraba en torno a la pretensión de Cataluña en punto a que se declarasen inconstitucionales las mencionadas leyes de presupuestos generales del Estado (Ley 33/1987, de 23 de diciembre, y Ley 37/1988, de 28 de diciembre). Así, en el F.J. 17, al precisar el alcance concreto que debía atribuirse a la declaración de inconstitucionalidad de determinadas partidas presupuestarias, el Tribunal dejó en claro que la anulación de éstas “*podría suponer graves perjuicios y perturbaciones*”, por lo que —como ya hiciera en la STC N<sup>o</sup> 75/1989— “*el alcance de los efectos generales de la declaración de inconstitucionalidad acordada se limita a los futuros ejercicios presupuestarios posteriores a la fecha de publicación de esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado»*”<sup>350</sup>.

350 GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago, “Los efectos de las sentencias anulatorias de los Tribunales Constitucionales”, *Revista de Administración Pública*, N<sup>o</sup> 178, enero-abril de 2009, CEPC, Madrid, pp. 364-365 y nota 3 a pie de página.

En síntesis, pese a la inexistencia de normas expresas, el Tribunal Constitucional español ha aplicado técnicas decisionales que le han permitido atemperar el impacto que la declaración de inconstitucionalidad pudiera provocar en el desarrollo ordenado del sistema normativo. De tal modo, gradúa los efectos de sus resoluciones para adecuarlas a las exigencias concretas de racionalización del ordenamiento jurídico.

Además, ha incursionado en el dictado de sentencias interpretativas (admisorias y desestimatorias); dentro de éstas, por ejemplo, aditivas clásicas o puras. Asimismo, ha pronunciado decisiones aditivas de principio, recomendaciones al legislador y decisiones de mera inconstitucionalidad (sin nulidad). Retomaremos el tema más adelante, específicamente al tratar las respuestas jurisdiccionales que dicho Tribunal ha suministrado frente a las omisiones inconstitucionales.

Para finalizar este sucinto repaso contextual de España, no puede omitirse siquiera una mínima alusión a la fallida positivación expresa de la facultad del Tribunal para modular los efectos de sus pronunciamientos admisorios de inconstitucionalidad.

Actualmente, la citada LOTC 2/1979, de 3 de octubre, tiene su texto consolidado e integrado con las modificaciones introducidas por las leyes orgánicas 8/1984, 4/1985, 6/1988, 7/1999 y 1/2000 y con expresión particularizada de las reformas conforme a las leyes orgánicas 6/2007, de 24 de mayo, 1/2010, de 19 de febrero, y 8/2010, de 4 de noviembre.

Líneas arriba transcribíamos el contenido del art. 39.1 de la LOTC. Sobre el particular corresponde hacer notar que en dicha redacción no se tuvo en cuenta que el Proyecto de Ley Orgánica de modificación de la LOTC (presentado en el Congreso de los Diputados el 18 de noviembre de 2005), prefiguraba de la siguiente manera el texto del art. 39.1 de dicha ley:

“1. Cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados o cuestionados.

“No obstante, *motivadamente y para preservar los valores e intereses que la Constitución tutela, la sentencia podrá declarar únicamente la inconstitucionalidad o diferir los efectos de la nulidad por un plazo que en ningún caso será superior a tres años*”.

Desafortunadamente, del texto final aprobado de lo que resultó ser la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, con la que se reformó la LOTC, *se evaporó* la literalización de la facultad del Tribunal en punto a modular en el tiempo los efectos de la nulidad, previsión que hubiese sido recomendable mantener para fortalecer la legitimidad de su accionar en tal sentido.



### C) Alemania e Italia

En estos dos países, en principio, la decisión constitucional se visualiza como meramente “declarativa” de una nulidad ya existente *ex Constitutione*, y que, por tanto, es anterior a la propia sentencia y genera efectos retroactivos (*ex tunc*), lo cual pone sobre la mesa de discusión la compleja problemática de determinar qué relaciones o situaciones jurídicas habrán de quedar fuera de aquel efecto *pro praeterito* del pronunciamiento en cuestión.

En Alemania, el art. 78 de la Ley del BVerfG constriñe a declarar la nulidad de la ley juzgada inconstitucional. Sin embargo, es evidente que tal criterio no puede aplicarse sin matizaciones y evadiendo principios básicos del Estado Constitucional, como los de *razonabilidad* y *seguridad jurídica*. Así, aquella premisa de retroactividad resulta inaplicable, por ejemplo, respecto de *relaciones jurídicas ya consolidadas*.

En el sentido expuesto y como elucidación de carácter global (es decir, con valencia que trasciende el espectro jurídico germano), se ha sostenido que se imponen semejantes limitaciones que dan lugar “en general, a que *se mantengan las decisiones judiciales y los actos administrativos fundados en la disposición anulada y que ya no son susceptibles de recurso alguno, o sea, que ya poseen la fuerza de cosa juzgada. Ello no tiene lugar cuando resulta de aplicación el principio de retroactividad de la ley penal más favorable*. Así, el artículo 79, Ley del Tribunal Constitucional alemán, posibilita pedir la revisión de una condena penal cuando se funde en una regla de derecho penal material declarada inconstitucional, al tiempo que permite oponerse a una ejecución forzosa de una decisión basada en una ley contraria a la Constitución”<sup>351</sup>.

En Italia, por caso, no son alcanzadas por este efecto *pro praeterito* las *relaciones jurídicas agotadas y de efectos fenecidos* (lo que podría traducirse así: *rapporti giuridici esauriti e di effetti estinti*), conclusión que surge de una interpretación *a sensu contrario* del art. 30, inc. 3°, de la Ley N° 87 de 1953.

Manteniéndonos en el contexto jurídico italiano, se verifican ciertas particularidades que han propiciado la creación de modalidades experimentales de graduación de los efectos temporales de las sentencias de inconstitucionalidad.

Así, se puede comprobar la existencia de un esquema muy rígido, tipificado en los inicios del funcionamiento de la Corte Constitucional por ciertos elementos, *a priori*, muy rigurosos: *i*) la producción de efectos automáticamente caducatorios de la ley enjuiciada por virtud de la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad; y

---

351 FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, op. cit., “Las sentencias constitucionales en el derecho comparado”, *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, T° II, p. 1341.

**ii)** tal como apuntábamos, la eficacia *ex tunc* de esta determinación de ilegitimidad constitucional.

Semejante combinación puso en perspectiva la necesidad de generar mecanismos de flexibilización de la primigenia severidad de los efectos temporales de aquellos pronunciamientos estimatorios.

Como se ha dicho, con ello la Corte Constitucional se propuso conjugar de una manera más adecuada “el principio de constitucionalidad y el de continuidad del ordenamiento, respetando la ‘gradual’ ejecución de los valores constitucionales y evitando dar lugar a situaciones de mayor inconstitucionalidad. Y todo ello reduciendo los ‘costes’ económicos y políticos que el impacto de las sentencias constitucionales producían en el sistema”<sup>352</sup>.

### 3. Algunas modalidades decisorias

#### A) *Sentencias que difieren la declaración de inconstitucionalidad*

Ya vimos cómo esta tipología genérica de pronunciamientos de *eficacia diferida* opera en diversos ámbitos del contexto europeo (por ejemplo, los casos austríaco, español, alemán e italiano), cada uno con sus peculiaridades; a cuyas respectivas caracterizaciones remitimos por razones de brevedad. En consecuencia, es muy poco lo que puede añadirse aquí sobre el particular.

Tal vez valga recalcar que la posibilidad de retrasar los efectos del pronunciamiento estimatorio de anulación (*Aufhebung*) tiene cobertura constitucional en *Austria*, sobre la base del art. 140.5 de su Constitución<sup>353</sup>. Tal aplazamiento no puede exceder el espacio temporal de dieciocho (18) meses, ampliación de plazo instrumentada por medio de la Ley federal constitucional, *BGBI*, 1992/276.

Ya como producto de la plasmación pretoriana, tanto *Alemania*, como *Italia* y *España*, con distinto nivel de desarrollo (superior en los dos primeros, inferior en el último), tal actividad moduladora ha sido utilizada con frecuencia, aplicando varias modalidades, y con alcances y efectos también diferentes.

Pese a lo manifestado en el párrafo anterior, en *Alemania* el *BVerfG* puede, por ejemplo, recostarse en el art. 35 de su ley regulatoria, que le acuerda la atribución de

---

352 MARTÍN DE LA VEGA, Augusto, op. cit., *La sentencia constitucional en Italia*, p. 335.

353 Puede ampliarse en SCHÄEFFER, Heinz, op. cit., “Austria. La relación entre el Tribunal Constitucional y el legislador”, pp. 1-51, en esp., pp. 35 y ss.; también en ERMACORA, Felix, “El Tribunal Constitucional austríaco”, op. cit., *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, pp. 274, 282 y 287-288.

disponer, en casos individuales, las modalidades de ejecución (*die Art und Weise der Vollstreckung*) de sus propios pronunciamientos.

Como colofón general, puede conjeturarse que normalmente la posposición de los efectos de los pronunciamientos de inconstitucionalidad se conecta con el resguardo del principio de separación de poderes y el convencimiento de que, en ciertas circunstancias y paradójicamente, en nombre del respeto y la protección de la Constitución, la inconstitucionalidad inmediata de las normas podría provocar una violación de los principios y valores que ella abriga y promueve.

### **B) Técnica italiana del “doble pronunciamiento” (*doppia pronuncia*)**

Una de las vías de aplicación del dispositivo que anuncia el título arranca con el dictado por la Corte Constitucional de una decisión de *rechazo* (*di rigetto*) precario de la inconstitucionalidad de la disposición enjuiciada, con una advertencia “fuerte” a modo de ultimátum al legislador.

En los fundamentos de este pronunciamiento anticipa la postura que asumiría en caso de que la cuestión fuese nuevamente planteada sin que el vicio constatado en la parte motiva de la sentencia hubiese sido corregido por el legislativo. Preanuncia así que, de darse la citada situación (conservadora del *statu quo* inconstitucional), procederá directamente a la declaración de nulidad de la disposición *sub exámine* por medio de una segunda sentencia, que obviamente será *estimatoria* (*di accoglimento*).

La técnica de la *doppia pronuncia* blandida por la Corte Constitucional en ocasiones se ha dado en un contexto de relaciones conflictivas con los jueces ordinarios, quienes en ciertas situaciones se han “rebelado” contra las sentencias interpretativas dictadas por aquella (sobre todo cuando dichos jueces han considerado que tales decisiones afectan el sentido de los términos de la ley ordinaria) y han desobedecido (o no han acatado cabalmente) los productos de las operaciones hermenéuticas del órgano de cierre de la justicia constitucional.

En el marco de lo que algunos han denominado la “guerra de las dos Cortes” (Constitucional y de Casación), que pareciera saldarse de antemano en contra de los jueces ordinarios, GARRORENA MORALES<sup>354</sup> puntualiza que la Corte Constitucional emplea “esa especie de técnica *overruling* que es la *doppia pronuncia*, esto es, el reforzamiento de una sentencia interpretativa *di rigetto* (si ello fuera necesario porque el juez ordinario o los demás aplicadores del Derecho no se conformaran a su doctrina) con una posterior sentencia interpretativa de estimación o *di accoglimento*”.

---

354 GARRORENA MORALES, Ángel, op. cit., “La sentencia constitucional”, p. 26.

De su lado, PINARDI se refiere a la *doppia pronuncia* como una *secuencia lógico-jurídica* en la cual a una sentencia interpretativa desestimatoria le sigue la adopción de una sentencia interpretativa estimatoria. Como ejemplos clásicos de tal técnica, enuncia las siguientes decisiones: N° 26 de 1961 respecto de la N° 8 de 1956, N° 52 de 1965 que siguió a la N° 11 del mismo año, N° 156 de 1971 en conexión con la N° 129 de 1963, N° 49 de 1971 acerca de la N° 9 de 1965 y N° 172 de 1976 referida a la N° 171 de 1972<sup>355</sup>.

### C) *Sentencias de inconstitucionalidad sobrevenida*

Del marco jurídico constitucional italiano puede predicarse que cuenta con un abigarrado reservorio de creaciones doctrinarias y pretorianas en materia de sentencias interpretativas y, dentro de éstas, principalmente de pronunciamientos “manipulativos”, que han adquirido una intensa magnitud.

También, como hemos podido apreciar y entre otros interesantes instrumentos, han brotado de allí tanto fórmulas de graduación de los efectos temporales de las decisiones estimatorias de inconstitucionalidad, como intentos de adaptación de técnicas foráneas a las particularidades del entorno vernáculo.

Justamente en este particular esquema se enmarca la categoría sentencial contenida en el título que precede a estas líneas. Así, las *decisiones de inconstitucionalidad sobrevenida* —de ellas se trata— aparecen con fuerza pero también con reticencias de parte de algún destacado sector doctrinal, a fines de la década de los ochenta del siglo pasado.

Básicamente consisten en la inclusión en el pronunciamiento estimatorio de cláusulas que expresamente limitan la operatividad retroactiva de la anulación de la ley enjuiciada y que hasta pueden hacer coincidir la eficacia anulatoria con la fecha de publicación de la sentencia. Como explica MARTÍN DE LA VEGA, dos son “los factores determinantes de la figura: el intento de objetivar una causa que, aparecida tras la entrada en vigor de la ley, vuelve a ésta inconstitucional, y el entendimiento diacrónico de la disposición, ‘como conjunto de sucesivas normas en el tiempo’, lo que permite configurar a la sentencia como un pronunciamiento de estimación parcial”<sup>356</sup>.

Con posterioridad a la recepción por la Corte Constitucional de esta fórmula decisional gestada doctrinariamente, y al calor de ciertas influencias autorales, se pasó a distinguir entre una *inconstitucionalidad sobrevenida ‘stricto sensu’* y aquellos

---

355 PINARDI, Roberto, op. cit., *L'horror vacui nel giudizio sulle leggi. Prassi e tecniche decisionali utilizzate dalla Corte costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia del legislatore*, pp. 102-103 y nota 131 a pie de página.

356 MARTÍN DE LA VEGA, Augusto, op. cit., *La sentencia constitucional en Italia*, p. 408.

supuestos en que la limitación de la retroactividad obedece a una ponderación (*bilanciamento*) de valores constitucionales, supuesto este último en el que el Tribunal podría moverse con mayor discrecionalidad, aunque por lo mismo y *pari passu*, vería incrementadas las exigencias de justificación y sus posibles límites<sup>357</sup>.

### III. El tema en el contexto americano

#### 1. Aclaración previa

En este sector traeremos algunos ejemplos de graduación de los efectos de las sentencias atípicas o intermedias pronunciadas por los tribunales, las cortes o salas constitucionales y cortes supremas de justicia americanos.

En general, estos han desarrollado diversas variantes sirviéndose directa o indirectamente de los antecedentes que al respecto ofrece la praxis de sus homólogos europeos. Naturalmente, siempre corresponde partir de la premisa que indica que cada escenario jurídico tiene sus propias particularidades, necesidades y urgencias, por lo que no pueden establecerse patrones o paradigmas universales.

Un estudio exhaustivo sobre el particular resultaría imposible aquí, por lo que sólo nos ceñiremos a brindar algunas referencias para graficar la cuestión. Sí dedicaremos un espacio mayor a una interesante técnica sentencial de diferimiento de los efectos de la inconstitucionalidad que ofrece el acervo jurisprudencial de la Corte Constitucional colombiana.

#### 2. La Suprema Corte de Justicia de EE.UU. y las “sentencias prospectivas”

Como advertencia previa, cumple evocar que la temática de las sentencias interpretativas en EE.UU. se desplaza a una dimensión muy diferente de la que de ellas se tiene en la Europa continental.

Como afirma LÓPEZ BOFILL, en aquel país “el problema no es que la Corte Suprema proceda a la reconstrucción de la ley enjuiciada por vía interpretativa, *sino que lo decisivo continúa siendo la legitimidad de la Corte para establecer lo que dice la Constitución*”<sup>358</sup>.

---

357 Ídem.

358 LÓPEZ BOFILL, Héctor, op. cit., *Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley*, p. 235.

El citado autor pasa a mostrar una lista de dificultades asociadas al fenómeno de las sentencias interpretativas, como se conocen en Europa, que —según entiende— podrían explicar por qué éstas carecen de interés para el jurista norteamericano. Así, apunta a: el *stare decisis*, la ‘*construction*’ versus la interpretación, el control concreto de constitucionalidad y la doctrina de la evitación (*avoidance doctrine*), sobre la que volveremos, pero ya para realizar una breve referencia a alguna sentencia de la Corte Suprema de Justicia argentina en la que ha sido aplicada.

Pese al diverso interés, cuantitativo y cualitativo, que ostenta la discusión sobre las sentencias atípicas o intermedias en Europa (también en distintos sitios de Latinoamérica) *vis-à-vis* EE.UU. (aquí centrado, particularmente, en las sentencias interpretativas), corresponde dedicar siquiera unas breves líneas a un tópico de interesante calado en el ámbito de la modulación de los efectos de las sentencias constitucionales: las denominadas “*sentencias prospectivas*”.

Justamente la génesis de éstas puede ubicarse en el seno de la *Supreme Court of Justice* norteamericana. Naturalmente, no tienen eficacia retroactiva, sino que producen efectos *pro futuro* quedando fijado en las mismas el plazo en que ello ocurrirá.

Al respecto, GARCÍA DE ENTERRÍA individualiza como punto de partida de tal modalidad sentencial en la jurisprudencia de EE.UU. a la resolución pronunciada en *Linkletter v. Walker*, de 1965<sup>359</sup>, “que rompe conscientemente con el ‘*principle of absolute retroactivity invalidity*’, por el argumento pragmático de que tal principio aplicado en el caso (una precisión sobre las garantías del proceso penal, especialmente sobre la prueba capaz de justificar un veredicto de culpabilidad) implicaría una grave perturbación de la Administración de la justicia; con ello se pretende ‘*the purpose to be served by the new standards*’”<sup>360</sup>.

Como consigna FERNÁNDEZ SEGADO, el nombrado precedente tuvo “particularísima importancia” al introducir “un punto de inflexión en su doctrina sobre la nulidad *ab initio*”. Desarrolló, así, una postura en función de la cual podría denegarse el efecto retroactivo a una recién declarada *rule of criminal law*<sup>361</sup>. En *Linkletter*, entendió que la Constitución ni prohíbe ni exige el efecto retroactivo (“*the Constitution neither prohibits nor requires retrospective effect*”), inspirándose en la

---

359 381 U.S. 618 (1965).

360 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “La respuesta a las objeciones formuladas contra la justicia constitucional”, op. cit., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, p. 181, nota 124.

361 FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, op. cit., “Algunas reflexiones generales en torno a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad y a la relatividad de ciertas fórmulas estereotipadas vinculadas a ellas”, p. 187.

autorizada voz del *Justice* Cardozo, para quien la Constitución federal no se expide sobre la materia (“*the Federal Constitution has no voice upon the subject*”).

Con posterioridad a *Linkletter*, la Suprema Corte norteamericana reiteró su tesis en *Stovall v. Denno*, de 1967; y en cierto sentido, también en *Chevron Oil Co. v. Huson*, de 1971.

GARCÍA DE ENTERRÍA ha ponderado el instrumento sentencial que reseñamos al considerar que amplía notablemente el radio de acción de la jurisdicción constitucional sobre las leyes; hace viable un ajuste sucesivo y cada vez más afinado de las normas que componen el ordenamiento por los valores constitucionales, con lo que, concluye, se está en presencia de “una ampliación de la eficacia práctica de la Constitución”, ensanche que entiende considerable y oportuno<sup>362</sup>.

La tipología de *sentencias prospectivas*, engendrada como vimos en EE.UU., se ha transmitido (y expandido) en Europa no sólo (aunque sí principalmente) en los tribunales constitucionales, ya que ha sido aplicada por el (entonces) Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, con sede en Luxemburgo (v. gr., “Defrenne”, de 1976), actual Tribunal de Justicia de la Unión Europea de acuerdo con el Tratado de Lisboa<sup>363</sup>, y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), localizado en Estrasburgo.

En este supuesto, por ejemplo, *in re* “Marckx vs. Bélgica”, de 13 de junio de 1979, caso en el que al determinar la incompatibilidad de la legislación belga sobre la filiación natural con el art. 8 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, el TEDH concluyó que, aunque a la época de redacción de la Convención la diferenciación entre familia “natural” y familia “legítima” pudiera haber sido considerada lícita en muchos países europeos, la Convención debía, sin embargo, interpretarse a la luz de las condiciones contemporáneas, teniendo en cuenta la evolución del derecho interno en gran parte de los Estados Miembro del Consejo de Europa, hacia la igualdad entre hijos “naturales” y “legítimos”. En síntesis, juzgó contraria a la Convención la desigualdad padecida (por motivo de nacimiento) en el acceso a los derechos sucesorios (cfr. art. 14 de la Convención, conjugado con los arts. 8, *Ibid.*, acerca de la vida privada y familiar, y 1 del Protocolo N° 1, relativo al derecho de propiedad).

---

362 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “Un paso importante para el desarrollo de nuestra justicia constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 61, CEC, Madrid, 1989, pp. 15 y ss.

363 Ver *Diario Oficial de la Unión Europea*, 17 de diciembre de 2007.  
El Tratado de Lisboa entró en vigor el 1 de diciembre de 2009.

### 3. Tribunal Constitucional del Perú

A) En cierto punto ligado al asunto que tratábamos al finalizar el apartado anterior, el Tribunal Constitucional peruano ha empleado la técnica de la *eficacia prospectiva del precedente vinculante* (*prospective overruling*) en el Expte. N° 0090-2004-AA/TC (caso Callegari Herazo), sentencia del pleno jurisdiccional fechada el 5 de julio de 2004. Aquí fijó el diferimiento en la aplicación de las nuevas reglas relativas al pase a retiro por causal de renovación de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional.

B) Asimismo, se refirió al *prospective overruling* en el Expte. N° 0024-2003-AI/TC (caso Municipalidad Distrital de Lurín), sentencia de 10 de octubre de 2005 del pleno jurisdiccional, donde expuso que *los efectos diferidos se manifiestan en las denominadas sentencias exhortativas y en los casos de sentencias con precedente vinculante de eficacia diferida*.

C) En el fallo pronunciado por el pleno jurisdiccional el 12 de agosto de 2005, en el Expte. N° 3.361-2004-AA/TC (caso Álvarez Guillén), empleó el mecanismo del *prospective overruling* respecto de los casos relacionados con los procesos de evaluación y ratificación de magistrados efectuados por el Consejo Nacional de la Magistratura. Tal precedente vinculante fue dejado sin efecto, por mayoría<sup>364</sup>, mediante el fallo del pleno jurisdiccional recaído en Expte. N° 01412-2007-PA/TC (caso Lara Contreras), de 11 de febrero de 2009.

### 4. Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina

A) Sin ser formalmente un tribunal o corte constitucional, como en los casos de Perú y Colombia, entre otros, la Corte argentina también ha venido explorando *modalidades atípicas de pronunciamientos constitucionales con gradación de sus efectos*.

B) Dos ejemplos interesantes en tal sentido son los fallos recaídos en las causas “Itzcovich, Mabel c/ ANSeS s/ Reajustes varios”<sup>365</sup>, de 29 de marzo de 2005; y “Rosza, Carlos Alberto y otro s/ Recurso de casación”<sup>366</sup>, de 23 de mayo de 2007.

---

364 Por la mayoría, votaron los magistrados Vergara Gotelli (con fundamento de voto), Mesía Ramírez, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda (con fundamento de voto); mientras que en votos singulares, disintiendo de la mayoría, lo hicieron los magistrados Landa Arroyo y Beaumont Callirgos.

365 Fallos, 328:566.

366 Fallos, 330:2361.



a) En “Itzcovich” declaró por mayoría<sup>367</sup> la inconstitucionalidad (sobreviniente) del art. 19 de la ya aludida Ley N° 24.463, que habilitaba un recurso ordinario de apelación ante aquella respecto de las sentencias definitivas de la Cámara Federal de la Seguridad Social<sup>368</sup>.

La posición mayoritaria se enrola en una línea del Tribunal permeable a eludir algunas detracciones a la tarea de control de constitucionalidad en temas *altri tempi* impenetrables jurisdiccionalmente por entrañar cuestiones políticas no justiciables<sup>369</sup>, sometiendo en este caso a fiscalización constitucional la facultad legislativa establecida en el art. 117 de la Ley fundamental de regular la competencia por apelación de la Corte, lo que significa un claro mensaje en punto a la reivindicación de su papel institucional.

De su lado, y para *graduar temporalmente los efectos de la declaración de inconstitucionalidad*, advirtió que la autoridad institucional dimanante de su pronunciamiento no privaba de validez a los actos procesales cumplidos ni dejaba sin efecto lo actuado de conformidad con las leyes en vigor, toda vez que la aplicación en el tiempo de los nuevos criterios jurisprudenciales habría de ser presidida por una especial prudencia con el objeto de que los logros propuestos no se vieran malogrados en ese trance (consid. 15 de la mayoría). En línea con ello y en orden a evitar la retrogradación de los procesos, decidió que las causas en las que ya hubiera sido notificada la sentencia de Cámara, con anterioridad al momento en que el fallo “Itzcovich” quedara firme, debían continuar su trámite con arreglo a la norma cuya inconstitucionalidad determinaba (id. consid.).

Por su parte, la fuerza inductora del fallo se torna nítida porque (además de haber sido éste publicado en el *Boletín Oficial*) pocos días después de su dictado, el Congreso de la Nación sancionó la Ley N° 26.025<sup>370</sup>, por la cual derogó el citado art. 19 de la Ley N° 24.463.

---

367 El voto que encabeza la sentencia fue suscrito por los ministros Petracchi, Fayt y Highton de Nolasco. Por su parte, y según sus votos, se expidieron los jueces Maqueda y Zaffaroni, en forma conjunta, y Lorenzetti, de manera individual (todos éstos, concurrentemente con la decisión mayoritaria). Finalmente, en sendas disidencias parciales, se pronunciaron los ministros Belluscio, Boggiano y Argibay.

368 Ver para ampliar, BAZÁN, Víctor, por ejemplo, en “La Corte Suprema de Justicia argentina y la depuración de su competencia apelada por medio del control de constitucionalidad”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 5, enero-junio de 2006, Porrúa e IIDPC, México, D.F., 2006, pp. 257-287.

369 Queda a salvo el criterio que el juez Belluscio expuso en su disidencia, al pronunciarse en contra de tal posibilidad fiscalizadora por considerarla un poder discrecional del Congreso (ver consid. 3°, párrafo 2°).

370 B.O. de 22 de abril de 2005.

b) En la causa “Rosza” la Corte Suprema se vio enfrentada a una problemática de alta sensibilidad: *la situación jurídica de los jueces subrogantes en Argentina*<sup>371</sup>.

La causa era controversial y, entre diversos puntos conflictivos que exhibía, ponía al Tribunal en aprietos para seleccionar qué camino adoptar para superar una situación dilemática, siempre que (contrariamente a lo postulado por los dos ministros discrepantes —ya veremos cómo quedó integrada la mayoría y la minoría—) se decantara por la inconstitucionalidad del régimen de subrogaciones según Resolución N° 76/2004 del Consejo de la Magistratura.

Así, de un lado, podía disponer la anticonstitucionalidad con nulidad de aquel régimen subrogatorio —con efecto retroactivo— y con ello dejar sin efecto la designación del juez que entendió en la causa en cuestión y mantener la declaración nulificatoria de su accionar en dicho proceso, lo cual constituiría un criterio con potencialidad extensiva a todos los procesos tramitados por jueces suplentes. O, por la senda contraria, podía efectivizar tal fiscalización constitucional mas con efectos *pro futuro*, admitiendo la validez de los nombramientos efectuados bajo aquel sistema y de las actuaciones practicadas y que se realizaran hasta el cese de las razones que originaron sus designaciones, o bien su remplazo o ratificación mediante un procedimiento constitucionalmente válido.

La discusión envolvía ingredientes no precisamente insignificantes como, por citar sólo algunos, la garantía del juez natural o la prefiguración de las consecuencias que podría aparejar establecer una interpretación que condujera a dejar sin efecto las múltiples actuaciones procesales de los magistrados subrogantes. Consciente del problema y a pesar de anticipar que la sentencia apelada no era definitiva —puesto que no impedía la prosecución del proceso, ni se pronunciaba de modo final sobre el fondo del asunto—, la consideró equiparable a tal para habilitar la vía del recurso extraordinario federal, ya que de los antecedentes de la causa surgía que la *garantía del juez natural* se encontraba tan severamente cuestionada que el problema exigía una consideración inmediata, estimando el Tribunal que el caso que resolvía era la única oportunidad para la tutela adecuada de aquella garantía<sup>372</sup> (consid. 4° de la mayoría).

Sin duda, la Corte estaba ante un “caso difícil” (temática a la que ya aludiéramos), si se acudiera referencialmente a la identificación categorial que emplean algunos

---

371 Ver BAZÁN, Víctor, “De jueces subrogantes, casos difíciles y sentencias atípicas”, *Jurisprudencia Argentina*, LexisNexis, Buenos Aires, 15 de agosto de 2007, pp. 23-33.

372 Citó como antecedentes al respecto, los registrados en *Fallos*, 316:826; 328:1491, entre otros.

autores, como DWORKIN<sup>373</sup>. En palabras de ATIENZA, el “caso difícil” presupone una contraposición entre principios o valores que ha de resolverse mediante una operación de ponderación, en la que se sopesan las diversas exigencias para alcanzar un punto de equilibrio mínimo u óptimo<sup>374</sup>.

En efecto, si se decantaba por la solución que finalmente adoptó, se exponía a críticas tales como la posibilidad de incurrir en contradicción al tildar inconstitucional el reglamento de subrogancias del Consejo de la Magistratura y paralelamente conservar la validez de las actuaciones cumplidas por los jueces subrogantes, censurándola por omitir analizar la nulidad genérica y absoluta que ello provoca en el proceso penal.

A su tiempo, si recurría a la opción contraria declarando la inconstitucionalidad del sistema de subrogancias *ex tunc* o con efecto retroactivo y haciendo caer todas las actuaciones de los jueces suplentes, podría ser cuestionada por provocar un caos institucional, paralizar u obstruir en buena medida la administración de justicia, retrogradar múltiples procesos, comprometer la seguridad jurídica, mostrarse desconectada de la realidad o desentenderse imprudentemente de las consecuencias jurídicas, políticas e institucionales que una decisión de tal magnitud podía desencadenar.

El caso presentaba ribetes dilemáticos, con principios y valores diversos en situación de confluencia conflictiva, como distintas eran las respuestas que la Corte podía articular en función del modo como leyera la base fáctica particular de la causa, se posicionara ante la situación general en que aquella estaba inmersa y evaluara previsoramente y equilibradamente los efectos derivables de la opción que finalmente se decidiera a escoger.

Al respecto, por mayoría<sup>375</sup>, dirimió la cuestión del modo que sigue:

---

373 No es precisamente ésta la ocasión para extendernos en el tema. Baste sólo con recordar aquí el atractivo y profundo debate en torno a la solución de los “casos difíciles” entre Herbert HART y su sucesor en la cátedra de Oxford, Ronald DWORKIN.

374 Cfr. ATIENZA, Manuel, “Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos”, en VÁZQUEZ, Rodolfo (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, 1ª ed., 3ª reimpres., Fontamara, México, D.F., 2003, p. 197.

Es interesante el análisis que el autor citado efectúa en torno a los “casos trágicos”, esto es, un tipo de caso difícil que se presenta como un verdadero dilema, donde cualquiera sea la respuesta que se seleccione, no cabría encontrar ninguna solución jurídica que no sacrifique algún elemento esencial de un valor considerado como fundamental desde el punto de vista jurídico y/o moral (*Ibid.*, pp. 194, 195, 196, 198 y otras).

375 La mayoría quedó conformada por los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco y Maqueda; concurrentemente votó el juez Fayt y, por último y en disidencia conjunta, se pronunciaron los ministros Zaffaroni y Argibay.

Estos dos cortistas, separándose de sus colegas, consideraron prudente desechar la inconstitucionalidad del sistema de subrogancias establecido vía resolución por el Consejo de la Magistratura y propiciar, en cambio, un escrutinio riguroso por parte de los tribunales de alzada sobre el desempeño de los

- En lo particular, descalificó por *inconstitucional* la Resolución N° 76/2004 del Consejo de la Magistratura de la Nación, por conducto de la cual había sido designado el magistrado suplente que entendió en el proceso en cuestión, mas confirmó la declaración de validez de las actuaciones cumplidas por el Consejo al amparo del régimen reputado inconstitucional.
- Ya con efecto exógeno general, decidió mantener en el ejercicio de sus cargos a quienes hubieran sido designados para ejercer la función jurisdiccional en los tribunales que se encontraban vacantes hasta que cesaren las razones que originaron su nombramiento o hasta que fueran remplazados, o ratificados, mediante un procedimiento constitucionalmente válido que debería dictarse en el *plazo máximo de un (1) año*.
- Dispuso a sus efectos *poner la sentencia en conocimiento del Poder Ejecutivo Nacional, el Congreso y el Consejo de la Magistratura*.

En la construcción argumental diseñada aparece explicitada la respuesta que se veía constreñida a asumir para resguardar la seguridad jurídica, sortear una eventual retrogradación de innumerables procesos y evitar una situación caótica en el ámbito de la administración de justicia.

En suma, desarrolló su faena institucional de control de constitucionalidad diagramando una *sentencia “atípica” de inconstitucionalidad con diferimiento de sus efectos*. Esto es, los articuló cronológicamente para dejar espacio a los poderes Ejecutivo y Legislativo en orden a que desplegasen sus competencias y fijaran un sistema definitivo sobre la materia en discusión que respetara los lineamientos exigidos constitucionalmente.

Debe resaltarse que el fallo tuvo *efectos inductores* porque, dentro del plazo fijado en el mismo, el Congreso dictó la Ley N° 26.376<sup>376</sup> que, más allá de haber sido blanco de fuertes críticas, regula ciertos aspectos de la problemática referida.

## 5. La Corte Constitucional de Colombia y las sentencias de “constitucionalidad temporal” o “inexequibilidad diferida”

### A) *Preludio*

La Corte Constitucional de Colombia (C.C.), a nuestro juicio uno de los órganos de clausura de la jurisdicción constitucional más prestigiosos de Latinoamérica

---

jueces subrogantes, a fin de que refuercen el control sobre sus decisiones en los casos en que pudieran configurarse perturbaciones a la independencia con que debe funcionar el Poder Judicial (consid. 6°).  
376 B.O. de 5 de junio de 2008.

(aunque con niveles no siempre idénticos de “progresismo”), ha incursionado ya desde hace bastante tiempo en la técnica decisoria que anuncia el epígrafe, que viene a ubicarse en el ámbito temático de la modulación de los efectos de las sentencias constitucionales.

### **B) Pautas y exigencias para su aplicación**

Algunas de las directrices y exigencias que debe cumplir para emitir válidamente tal tipología de pronunciamientos y armonizar, así, sus efectos temporales, surgen básicamente de la relevante Sentencia C-737 de 2001 (que retomaremos), siendo luego reiteradas en otras resoluciones, por ejemplo, la C-720 de 2007 y la C-366 de 2011 (que también repasaremos).

Tales directrices y exigencias consisten en que:

- i) Se justifique debidamente esa modalidad de decisión.
- ii) Aparezca nítidamente en el expediente que la declaración de inexequibilidad inmediata ocasiona una situación constitucionalmente peor que el mantenimiento en el ordenamiento de la disposición acusada, cuya inconstitucionalidad fue verificada en el proceso.
- iii) Se explique por qué es más adecuado recurrir a una *inexequibilidad diferida* que a una *sentencia integradora* (técnica decisoria a la que volveremos), para lo cual deberá tener en cuenta, entre otras cosas, qué tanta libertad de configuración tiene el legislador en la materia y qué tan lesivo de los principios y valores constitucionales sería conservar en el sistema a la disposición acusada.
- iv) Se fundamente la extensión del plazo conferido al legislador, el cual depende, en gran medida, de la complejidad misma del tema y del posible impacto de la preservación de la regulación en la vigencia de los principios y derechos constitucionales.

Por lo demás, la C.C. también se ha ocupado de advertir que:

- Su empleo tiene carácter excepcional, lo que explica que recurrir a tal técnica debe justificarse (“soportarse”) expresamente (cfr., v. gr., Sentencia C-252 de 2010).
- Su aplicación por el Tribunal no debe estar sujeta a valoraciones políticas y de conveniencia sino a un estudio profundo sobre sus consecuencias; debiendo ser la única alternativa posible que haga viable la defensa integral del orden constitucional.

**C) Señales jurisprudenciales de referencia para el trazado conceptual de la técnica sentencial en estudio**

a) Un punto inicial de referencia de esta modalidad decisional puede localizarse en la *Sentencia C-221 de 1997*<sup>377</sup>, de 29 de abril, por la que se declaró la *constitucionalidad temporal por un plazo de cinco (5) años* del literal 'a' del art. 233 del Decreto N° 1.333<sup>378</sup> de 1986.

Paralelamente, se exhortó al Congreso para que, en cumplimiento del deber impuesto por el art. 360 de la Constitución y con la libertad democrática que le era propia, definiera en el plazo de cinco (5) años el régimen de regalías de aquellos recursos naturales no renovables, cuya explotación aún no estuviera sujeta al pago de la contraprestación exigida por la norma constitucional.

De ser expedida dentro de este término la correspondiente ley, el citado precepto del Decreto N° 1.333 sería inexecutable, en el supuesto de no haber sido derogado por aquella. Por último, vencido el plazo señalado y en caso de que el Congreso no hubiera establecido el correspondiente régimen de regalías para la extracción de la arena, el cascajo y la piedra del lecho de los ríos, la aludida norma del Decreto N° 1.333 sería inexecutable, en el entendido de que entonces la extracción de tales elementos quedaría sometida al régimen general de regalías definido por el art. 18 de la Ley N° 141 de 1994.

b) Otro jalón importante de la Sala Plena de la C.C. es la *Sentencia C-737 de 2001*<sup>379</sup>, de 11 de julio, que estableció que los efectos de la inexecutable declarada quedaban diferidos “hasta el 20 de junio de 2002”, a fin de que el Congreso —dentro de la libertad de configuración que le era propia— expidiera el régimen que subrogaría a la Ley N° 619 de 2000<sup>380</sup>.

---

377 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

378 Cláusula que en su parte pertinente disponía:

“Los concejos municipales y el Distrito Especial de Bogotá pueden crear los siguientes impuestos, organizar su cobro y darles el destino que juzguen más conveniente para atender los servicios municipales:

“a) Impuesto de extracción de arena, cascajo y piedra del lecho de los cauces de los ríos y arroyos, dentro de los términos municipales, sin perjudicar el laboreo y el aprovechamiento legítimo de las minas y de las aguas”.

379 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

380 Se trata de una ley cuyo proyecto original adoptado por la Cámara de Representantes constaba de sólo tres artículos, mientras que el finalmente aprobado comprendía un número mucho mayor de preceptos. Además, la propuesta primigenia pasó de llamarse ley “por la cual se establecen los criterios y mecanismos para la distribución equitativa de unas asignaciones directas de regalías petroleras” a otra denominación muy diversa: ley “por la cual se modifica la Ley 141 de 1994, se establecen criterios de distribución y se dictan otras disposiciones”. En otras palabras, se engrosaba intensamente, no sólo en el plano cuantitativo sino también en el cualitativo, el contenido de la proposición legislativa en cuestión.

En este pronunciamiento, el Tribunal conceptuó a la *sentencia de inexequibilidad diferida o de constitucionalidad temporal* como “aquella por medio de la cual el juez constitucional constata que la ley sometida a control es inconstitucional, pero decide no retirarla inmediatamente del ordenamiento, por la sencilla razón de que la expulsión automática de la disposición ocasionaría «una situación peor, desde el punto de vista de los principios y valores constitucionales»” (Fundamento —F.— 40).

c) Tal esbozo conceptual debe acoplarse a lo que previamente la Sala Plena de la C.C. había señalado en la *Sentencia C-112 de 2000*<sup>381</sup>, de 9 de febrero, acerca de que — en mérito a una situación del tenor descrito en el párrafo anterior— puede establecerse un *plazo prudencial para que el legislador corrija la inconstitucionalidad que ha sido constatada* (F. 17).

En efecto, luego de preguntarse a qué tipo de sentencia debía recurrir cuando verificaba que una regulación era inconstitucional, pero que no sería posible retirarla del ordenamiento porque la decisión de inexequibilidad generaría un vacío legal que era constitucionalmente más grave (F. 16), aclaró que podía acudir a una *inconstitucionalidad diferida, o constitucionalidad temporal, o a una sentencia integradora*.

En el caso concreto<sup>382</sup>, optó por esta última posibilidad<sup>383</sup>, llenando la propia C.C. el vacío legal que producía la declaración de inexequibilidad de la disposición acusada, para lo que aportaba un nuevo mandato que la sentencia integraba al sistema jurídico, proyectando directamente los mandatos constitucionales en el ordenamiento legal (F. 17).

---

381 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

382 En el caso, analizó la exequibilidad o inexequibilidad del art. 126 del Código Civil, según la modificación del art. 7 del Decreto N° 2.272 de 1989, declarándolo exequible con excepción de la expresión “de la mujer”, que determinó inexequible, en el entendido de que, en virtud del principio de igualdad entre los sexos (arts. 13 y 43 de la Constitución), el juez competente para celebrar el matrimonio era el juez municipal o promiscuo de la vecindad de cualquiera de los contrayentes, a prevención. Paralelamente, declaró inexequibles algunas expresiones del art. 131 del Código Civil y, a su vez, exequible la frase “*El matrimonio se celebrará ante el Notario del Círculo del domicilio de la mujer*” contenida en el inc. 1°, del art. 1 del Decreto N° 2.668 de 1988, con excepción de la expresión “*de la mujer*”, que juzgó inexequible, en el entendido de que, en virtud del principio de igualdad entre los sexos (citados arts. 13 y 43 de la Constitución), el notario competente para celebrar el matrimonio era el notario del círculo del domicilio de cualquiera de los contrayentes, a prevención.

383 La modalidad de decisión integradora ya había sido empleada por la C.C. en la *Sentencia C-113 de 1993* (M.P. Jorge Arango Mejía). En ella examinó la constitucionalidad del art. 21 del Decreto N° 2.067 de 1991, según el cual los fallos de la Corte sólo tendrían efecto hacia el futuro, salvo para garantizar el principio de favorabilidad en materias penal, policial y disciplinaria y en el caso previsto en el art. 149 de la Constitución. La Corte retiró del ordenamiento esa disposición, entendiendo que la ley no podía regular los efectos de sus fallos ya que esa competencia correspondía a la Constitución o, en su defecto, a la propia C.C. El decisorio en cuestión no se limitó a declarar la inexequibilidad del precepto sino que estableció un contenido sustituto, ya que precisó que correspondía a la Corte fijar los efectos de sus fallos.

#### **D) Recorrido jurisprudencial**

Con el objeto de profundizar en algunos aspectos de esta tipología sentencial y mostrar la nutrida variedad de tópicos en que se la ha empleado, relevaremos a continuación, por supuesto sin ánimo de taxatividad, la casuística de la C.C.

En general, respetaremos la secuencia cronológica de fallos, la que sólo abandonaremos cuando sea necesario abordar pronunciamientos conectados temáticamente.

a) En la *Sentencia C-700 de 1999*<sup>384</sup>, de 16 de septiembre, la C.C. declaró inexecutable en su totalidad una importante cantidad de artículos del Decreto N° 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero), que estructuraban el sistema de las UPAC (Unidades de Poder Adquisitivo Constante).

Por lo demás, *difirió hasta el 20 de junio de 2000 los efectos del decisorio*, a condición de que en forma inmediata se diera estricto, completo e inmediato cumplimiento a lo ordenado por la C.C. en *Sentencia C-383 de 1999*<sup>385</sup>, de 27 de mayo, sobre la fijación y la liquidación de los factores que incidían en el cálculo y el cobro de las UPAC.

b) En la *Sentencia C-1.541 de 2000*<sup>386</sup>, de 8 de noviembre, la C.C. determinó la *inexecutableidad del art. 12 del Código Procesal del Trabajo*, subrogado por el art. 25 de la Ley N° 11 de 1984, por consagrar un régimen diferenciado de competencias —tanto en términos de instancias como de cuantías— en la jurisdicción laboral, que resultaba violatorio del derecho a la igualdad.

El Tribunal dispuso *diferir los efectos del fallo hasta el 20 de junio del año 2001*. Por ende, el art. 12 del Código Procesal del Trabajo, declarado inexecutable, solamente podría ser aplicado hasta esa fecha. Durante tal período, el legislador debía expedir la disposición legal que remplazara a la declarada inconstitucional, haciendo efectivos el principio de igualdad y los demás derechos y cánones constitucionales.

---

384 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

385 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

En tal pronunciamiento, la C.C. juzgó que la determinación del valor en pesos de la UPAC “procurando que ésta también refleje los movimientos de la tasa de interés en la economía”, como lo establecía el art. 16, literal f, de la Ley N° 31 de 1992 en la parte acusada, era inexecutable por ser contraria materialmente a la Constitución, lo que significaba que no podía tener aplicación alguna, tanto en relación con la liquidación, a partir del fallo, de nuevas cuotas causadas por créditos adquiridos con anterioridad y en lo que hacía a los créditos futuros, pues la sentencia era “de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y los particulares”, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 21 del Decreto N° 2.067 de 1991.

386 M.P. Carlos Gaviria Díaz.



c) En la *C-141 de 2001*<sup>387</sup>, de 7 de febrero, declaró inexecutable el art. 21 del Decreto N° 2.274<sup>388</sup> de 1991, quedando *diferidos los efectos del pronunciamiento por un término máximo de dos legislaturas*, a fin de que el Congreso, dentro de la libertad de configuración que le era propia, expidiera el régimen que permitiría la progresiva transformación de los corregimientos departamentales en municipios, o su incorporación a municipios existentes.

d) Por la *C-620 de 2001*<sup>389</sup>, de 13 de junio, *se declaró la inexecutable de los arts. 382 a 389 de la Ley N° 600 de 2000* (por la cual se expedía el Código de Procedimiento Penal), y para evitar expulsar del ordenamiento el régimen del hábeas corpus, *se aplazaron hasta el 31 de diciembre de 2002 los efectos de la sentencia*, estableciendo que antes de esa fecha, el Congreso de la República *debía regular el derecho fundamental de hábeas corpus y los recursos y procedimientos para su protección por medio de Ley Estatutaria*<sup>390</sup>.

e) Aunque quebramos la línea cronológica, corresponde insertar aquí una sumaria referencia a la *Sentencia C-818 de 2011*<sup>391</sup>, emitida por la Sala Plena el 1 de noviembre, pues presenta puntos de contacto con la C-620 de 2001 a la que acabamos de aludir.

En la C-818 de 2011, la C.C. afrontó cargos de inconstitucionalidad contra los arts. 13 a 33 y 309 de la Ley N° 1.437 de 2011, de 18 de enero (“Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo de lo Contencioso Administrativo”).

El *decisum* muestra que el Tribunal entendió *inexecutable* los arts. 13 a 33 de dicha ley y dispuso que los *efectos de tal declaración de inexecutable quedaran diferidos*

---

387 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

388 Por medio de dicho Decreto, entre otras disposiciones, se dictaban normas tendientes a asegurar los debidos organización y funcionamiento de las entidades erigidas como departamentos en la Constitución Política.

Bajo el título de “Autoridades”, su art. 21 disponía:

“Para el cumplimiento de las funciones y servicios a cargo de los nuevos departamentos, en aquellas áreas que no formen parte de un determinado municipio, los corregimientos de las antiguas Intendencias y Comisarías se mantendrán como divisiones departamentales.”

“En cada una de ellas habrá un corregidor, que será agente del gobernador, y una Junta Administradora, que se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias correspondientes a los corregimientos de las antiguas Intendencias y Comisarías”.

389 M.P. Jaime Araujo Rentería.

390 El derecho comparado muestra cómo se establecen procedimientos especiales para regular determinadas materias. Por ejemplo, los arts. 19.2 de la Constitución alemana y 53.1 de la Constitución española, que contemplan la figura de la *Ley Orgánica*.

En el caso de Colombia, los arts. 152 y 153 de la Constitución Política diseñan un procedimiento legislativo cualificado en las materias que el Constituyente entendió trascendentales en el Estado Social de Derecho: la *Ley Estatutaria*.

391 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

hasta el 31 de diciembre de 2014, a fin de que el Congreso expidiera la Ley Estatutaria correspondiente.

f) La anunciada *Sentencia C-737 de 2001*<sup>392</sup>, de 11 de julio, determinó la *inexequibilidad diferida* de la Ley N° 619 de 2000<sup>393</sup> hasta el fin de la legislatura entonces en curso: 20 de junio de 2002.

Aclaró que, si en ese término se sancionaba una ley que subrogara a aquella, la inconstitucionalidad constatada carecería de efecto, por sustracción de materia. Por el contrario, si el plazo expiraba sin que el Congreso aprobara y el Presidente sancionara la nueva ley, la inconstitucionalidad constatada surtiría plenos efectos a partir del 21 de junio de 2002.

g) Por la *C-852 de 2005*<sup>394</sup>, pronunciada por la Sala Plena el 17 de agosto de ese año, el Tribunal dirimió el acuse de inconstitucionalidad parcial del art. 8 de la Ley N° 749 de 2002, “por la cual se organiza el servicio público de la educación superior en las modalidades de formación técnica profesional y tecnológica”.

En el particular, constató que la disposición acusada era *contraria a la Constitución*, porque defería al Gobierno, sin ningún parámetro normativo, la regulación de aspectos de la educación superior que estaban sujetos a reserva de ley.

Sin embargo, como en el curso del proceso de constitucionalidad se pudo apreciar que sobre la base de aquella se había emitido una serie de disposiciones reglamentarias que quedarían sin soporte como consecuencia de la declaratoria de su *inexequibilidad*, así como quedaría sin piso la posibilidad de que el Gobierno expidiera hacia el futuro reglamentos sobre el particular, *declaró inexequible* la expresión “y profesional de pregrado”, contenida en el art. 8 de la Ley analizada y *difirió los efectos de semejante declaración de inexequibilidad hasta el 16 de diciembre de 2006*.

h) En la *C-720 de 2007*<sup>395</sup>, dictada el 11 de septiembre por la Sala Plena, se examinó la constitucionalidad de ciertas disposiciones del Decreto Ley N° 1.355 de 1970, por

392 M.P. Eduardo Montealegre Lynnet.

393 Se acusaba la inconstitucionalidad de la citada ley por vicios estructurales de procedimiento.

Se constató que la Cámara de Representantes había aprobado un proyecto de sólo tres artículos, referidos al régimen de regalías petroleras en el departamento de Sucre; mientras que el texto sancionado en el Senado era muy diferente, constaba de 24 artículos y regulaba múltiples aspectos del régimen de regalías. Incluso hasta el título del proyecto había mudado, pues primigeniamente era ley “por la cual se establecen los criterios y mecanismos para la distribución equitativa de unas asignaciones directas de regalías petroleras”, pasando a una denominación muy diversa: ley “por la cual se modifica la Ley 141 de 1994, se establecen criterios de distribución y se dictan otras disposiciones”.

Se violaron, así, los principios de identidad y de unidad de materia. Este último se encuentra consagrado en los arts. 158 y 169 de la Constitución.

394 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

395 M.P. Catalina Botero Marino.

el cual se promulgaban normas sobre policía, específicamente en el marco de las contravenciones nacionales.

Particularmente, se declaró *inexequible* el art. 192 de tal Decreto Ley, que determinaba que la retención transitoria consistía en mantener al infractor en una estación o subestación de policía hasta por 24 horas; y se hizo lo propio respecto de la expresión “[c]ompete a los comandantes de estación y de subestación aplicar la medida correctiva de retenimiento en el comando”, contenida en el art. 207, *Ibid.*

Por lo demás, se *difirieron los efectos de lo resuelto hasta el 20 de junio de 2008* y se exhortó al Congreso de la República para que, en ejercicio de su potestad de configuración, profiriera una ley que establecería un nuevo régimen de policía para desarrollar la Constitución.

i) En la *C-252 de 2010*, dictada por la Sala Plena el 16 de abril, el Tribunal se abocó a un tema de importantes relevancia y sensibilidad: el examen de constitucionalidad del Decreto N° 4.975, de 23 de diciembre de 2009, que *declaró el estado de emergencia social*.

En definitiva, tal medida fue juzgada *inexequible* por ser *contraria a la Constitución Política; no haberse logrado demostrar la presencia de hechos sobrevinientes ni extraordinarios (presupuesto fáctico); no resultar inminente (presupuesto valorativo), pese a que la situación reviste gravedad; y disponer el Gobierno de medios ordinarios para enfrentar la problemática que exponía en materia de salud (juicio de suficiencia)*.

Más allá de advertir que el mecanismo de *inconstitucionalidad diferida era excepcional*, su empleo en los estados de anormalidad institucional (como en el caso) debían ser apreciados con mayor rigurosidad.

En suma, *juzgó inexequible el citado Decreto*, aunque dispuso que los *efectos de la sentencia se difirieran respecto de las normas contenidas en decretos legislativos que establecieran fuentes tributarias de financiación orientadas exclusivamente al goce efectivo del derecho a la salud*<sup>396</sup>.

---

396 Tuvo también en cuenta que conceder un plazo adicional de vigencia a algunos decretos de desarrollo perseguía equilibrar, en parte y aunque fuera a corto plazo, las finanzas del sistema de salud para garantizar la prestación adecuada y oportuna del servicio. Este tiempo permitiría un mayor espacio al Gobierno nacional y al Congreso de la República a efectos de tramitar con la mayor prontitud posible las medidas legislativas y reglamentarias necesarias que buscaran estabilizar definitiva e integralmente las distintas problemáticas que enfrentaba el sistema. Determinó que para el cabal cumplimiento de la sentencia y la adecuada destinación de los recursos tributarios que se recaudaran, los órganos de control y, en particular, la Procuraduría General de la Nación y la Contraloría General de la República, realizarían los seguimientos correspondientes de la sentencia.

Acotó que, frente al vacío legislativo que se generaría con la inconstitucionalidad sobreviniente de los decretos de desarrollo, resultaba imperioso que los que hubieren establecido fuentes tributarias de financiación del sistema de salud *puvieran continuar vigentes por un plazo prudencial*, en aras de no hacer más gravosa la situación que enfrentaba el sistema de salud y poder garantizar provisoriamente mayores recursos para el goce efectivo del derecho a la salud, especialmente con destino a quienes por su condición económica, física o mental se encontraban en circunstancias de debilidad manifiesta<sup>397</sup>.

j) La *Sentencia C-366 de 2011*<sup>398</sup> fue pronunciada por la Sala Plena el 11 de mayo. En la causa, la C.C. consideró que la Ley N° 1.382 de 2010 (“por la cual se modifica la Ley 685 de 2001, Código de Minas”), era *inconstitucional* al haber desconocido el requisito de *consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes*, además de que semejante vicio no resultaba subsanable a través de ninguna de las vías previstas por la jurisprudencia aplicable, lo que implicaba la expulsión de dicha normatividad del ordenamiento jurídico.

Sin embargo, razonó que con el retiro inmediato de la ley desaparecerían normas que buscaban garantizar la preservación de ciertas zonas del impacto ambiental y de las consecuencias perjudiciales que traía la exploración y la explotación mineras.

Por ello juzgó necesario *diferir los efectos de la sentencia de inexecutable por un lapso de dos (2) años*, de manera que a la vez que se protegiera el derecho

---

Por último advirtió que, de repetirse la situación imperante al momento del dictado del fallo, luego de que el Poder Ejecutivo conociera las reglas establecidas por la jurisprudencia y la forma como las mismas serían aplicadas, correspondería a la Sala Plena de la C.C., en esa situación concreta, definir si procedería o no tomar la excepcional decisión de diferir los efectos de lo que se resolviera.

397 De su lado, vale recordar que en idéntica fecha (16 de abril de 2010), la C.C. dictó la *Sentencia C-253* (M.P. Nilson Pinilla Pinilla), por la que declaró *inexecutable* el Decreto Legislativo N° 127, de 21 de enero de 2010, “Por el cual se adoptan medidas en materia tributaria”, *diferiendo los efectos de lo resuelto en la sentencia, hasta el 16 de diciembre de 2010*.

Dispuso asimismo que los recursos recaudados en la aplicación del citado Decreto deberían ser dirigidos en su totalidad a la red hospitalaria pública y a garantizar el derecho a acceder a los servicios de salud de aquellas personas que se encontraban en el régimen subsidiado o tan sólo vinculadas al sistema de salud.

Refiriéndose a la *Sentencia C-252 de 2010* (que, como vimos en el texto principal, juzgó *inexecutable* el Decreto N° 4.975 de 2009 por el cual el Presidente de la República declaró el estado de emergencia social, que en realidad era fuente del Decreto Legislativo N° 127 de 2010 y de otros 13 decretos dictados al amparo de tal estado de emergencia), la C.C. razonó que al haber desaparecido del ordenamiento jurídico el fundamento normativo que sirvió de sustento a la expedición del Decreto Legislativo N° 127, de 21 de enero de 2010, éste necesariamente devenía *inconstitucional*.

Concluyó que se presentaba el fenómeno que la jurisprudencia del Tribunal denominaba *inconstitucionalidad por consecuencia*, consistente en que la declaración de *inexecutable* del decreto declaratorio del estado de excepción producía, como efecto obligado, la *inexecutable* de los decretos legislativos que lo desarrollaban.

398 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

de las comunidades étnicas a ser consultadas sobre tales medidas legislativas, se salvaguardaran los recursos naturales y las zonas de especial protección ambiental, indispensables para la supervivencia de la humanidad y de su entorno.

Paralelamente, dejó en claro que se concedía el término prudencial señalado para que tanto por el impulso del Gobierno, como del Congreso de la República y dentro de sus competencias, se diera curso a las medidas legislativas dirigidas a la reforma del Código de Minas, previo agotamiento de un procedimiento de consulta a las comunidades indígenas y afrocolombianas, en los términos del art. 330 de la Constitución. Bajo la misma lógica, *en caso de que esa actividad fuese pretermitida por el Gobierno y el Congreso una vez culminado el término acordado, los efectos de la inconstitucionalidad de la ley en cuestión se tornarían definitivos, siendo aquella excluida del ordenamiento jurídico.*

k) En vinculación con este último fallo, se dictó la *Sentencia C-027 de 2012*<sup>399</sup>, de 27 de enero, en el marco de una causa en la que se peticionaba la declaración de inexequibilidad de la aludida Ley N° 1.382 de 2010, modificatoria de la Ley N° 685 de 2001 (“Código de Minas”).

La Sala Plena de la C.C., por mayoría<sup>400</sup>, entendió que en mérito a lo resuelto en la citada *Sentencia C-366 de 2011*, en el caso correspondía estar a lo resuelto en ella, “de tal manera que *la Ley 1.382 de 2010 sólo quedará excluida del ordenamiento jurídico, al cabo de dos (2) años de proferida*” la decisión.

### **E) Críticas y defensas**

No puede soslayarse que esta tipología de pronunciamientos ha sido blanco de críticas, endilgándoles que son contradictorios y que la C.C., en este caso, no tendría competencia para emitirlos. Sus detractores argumentan que semejante atribución no está contenida en la Constitución, además de ser contraria a la lógica jurídica (transgrediendo el principio lógico de no contradicción) por cuanto lo que es inconstitucional no puede prolongar su existencia en el tiempo luego del fallo que declara tal anticonstitucionalidad.

Frente a tales cuestionamientos, por ejemplo en la *Sentencia C-737 de 2001*<sup>401</sup>, la C.C. ha respondido que ellos no son de recibo, desde que se basan en un desconocimiento

---

399 M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

400 Firmaron coincidentemente los magistrados Juan Carlos Henao Pérez, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo, Nilson Pinilla Pinilla, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Humberto Antonio Sierra Porto.

Por su parte, medió salvamento parcial de voto de los ministros Jorge Iván Palacio Palacio y Luis Ernesto Vargas.

401 Otro tanto hizo, v. gr., en la también aludida *Sentencia C-221 de 1997*.

de la función propia de ésta como *guardiana de la integridad y la supremacía de la Constitución* en los términos de su art. 241 (F. 42). Además, ha sostenido que las sentencias de constitucionalidad temporal, además de no ser contradictorias, son expresión de la dinámica misma de la justicia constitucional (F. 45).

Continuando con su línea de defensa, en la resolución identificada en el párrafo anterior, el Tribunal ha argumentado que dichas sentencias nacen “de la necesidad que tienen los tribunales constitucionales de garantizar la integridad de la Constitución, en eventos en donde no es posible expulsar del ordenamiento, de manera inmediata, una regulación legal, por los efectos inconstitucionales que tendría esa decisión, pero tampoco es posible declarar la constitucionalidad de la regulación, pues el tribunal ha constatado que ésta vulnera alguna cláusula de la Carta [...]. Y esa modalidad de sentencia no implica ninguna contradicción lógica, pues conceptualmente es necesario distinguir dos aspectos: la verificación de la constitucionalidad de una norma, que es un acto de conocimiento, y la expulsión del ordenamiento de esa norma, por medio de una declaración de inexecutable, que es una decisión. Por ende, no existe ninguna inconsistencia en que el juez constitucional constate la incompatibilidad de una norma legal (acto de conocimiento) pero decida no expulsarla inmediatamente del ordenamiento (decisión de constitucionalidad temporal), por los efectos traumáticos de una inexecutable inmediata” (F. 44).

### F) *Epílogo*

Cerramos este acercamiento con algunas líneas telegráficas surgentes de la praxis de la C.C., que se añaden a otras reflexiones y valoraciones efectuadas al desarrollar el presente tema en el escenario jurídico colombiano:

- En un principio se empleó la fórmula de la *constitucionalidad temporal*, aunque luego se impuso y mantuvo la técnica de la *inconstitucionalidad diferida*.
- El marco de sustentación de tal tipología decisoria radica primordialmente en la protección de los principios y valores de la Constitución, el principio de separación y colaboración de poderes y la ponderación de los posibles riesgos que se presentarían ante un vacío legislativo o la *reviviscencia* de normas o legislaciones anteriores que fueran menos garantistas que la que se mantiene no obstante su inconstitucionalidad.
- Pese a argumentarse reiteradamente que se trata de un *remedio excepcional*, la jurisprudencia demuestra que la modalidad sentencial en cuestión ha sido empleada con frecuencia e importante amplitud temática.
- Se observa que en ciertas oportunidades, *además del diferimiento de los efectos de los fallos*, se ha utilizado el *condicionamiento de tales efectos*, por ejemplo, en las

citadas Sentencias C-720 de 2007 y C-252 de 2010, en las que se modularon los efectos de la constitucionalidad provisional.

- Según lo verbalizado por la C.C., el recurso a este tipo de sentencias se justifica únicamente en aquellos casos en los que se hubiera constatado que la regulación impugnada es inconstitucional, pero no procede su declaración de inexecutable inmediata, por cuanto esa determinación afectaría de manera aún más grave los principios y valores constitucionales<sup>402</sup>.

En resumen, la técnica resolutoria en torno a la cual hemos discurrido pareciera haber demostrado su utilidad en la dinámica funcional de la C.C. para un más acabado cumplimiento de sus deberes y obligaciones institucionales en pro de la defensa y la realización de la Constitución Política.

---

402 Cfr. la varias veces citada Sentencia C-737 de 2001 (F. 47).

**CAPÍTULO**

**IV**

**APRECIACIONES FINALES**



## I. A modo de cierre del título séptimo

1. Obviamente y como en otros ámbitos en cuya superficie la justicia constitucional despliega su labor, acerca del abanico de variantes sentenciales a su disposición (“atípicas o intermedias”, sean “unilaterales o bilaterales”), deberá conducirse con prudencia y mostrarse consciente de sus límites, previsor de las consecuencias de sus pronunciamientos y respetuosa del reparto de competencias y funciones que se asigna a los distintos órganos del Estado para operar en la respectiva dinámica institucional.

2. Del catálogo sentencial que hemos desplegado sumariamente en los tres capítulos precedentes, se aprecia que las *decisiones “aditivas clásicas o puras”* son (principal pero no exclusivamente) las empleadas para corregir un tipo de inconstitucionalidad por omisión, alternativa fiscalizadora que ha recibido diversas denominaciones en el derecho y la jurisprudencia comparados. Por ejemplo, *Unterlassungen des Gesetzgebers* en Alemania, de la mano —entre otros— de SCHNEIDER y WESSEL, o *comportamenti omissivi del legislatore* en Italia, según la identificación brindada primordialmente por MORTATI y luego recogida por PICARDI.

3. Otros instrumentos que pueden reportar utilidad a los fines de combatir las omisiones inconstitucionales son, entre otras, las sentencias exhortativas, las apelativas, las de mera inconstitucionalidad sin nulidad y las *sentenze “additive di meccanismo”* o “*additive a dispositivo generico*”.

4. Las nombradas sentencias aditivas “clásicas o puras” son útiles a los efectos de conjurar las *omisiones inconstitucionales legislativas relativas*, esto es, cuando se emite un dispositivo legal para desarrollar el mandato constitucional pero se lo hace insuficiente o deficientemente, dejando fuera de la previsión legal a grupos que se encuentran en similitud o identidad de condiciones respecto de otros que sí fueron incluidos en el radio de acción legal, violando el principio de igualdad u otros bienes, valores o principios consagrados en la Ley básica, como el debido proceso.

Por medio de tal tipología de sentencias se amplifica el ámbito de vigencia de una norma a aquellos sectores o grupos originaria y arbitrariamente segregados por ella.

5. Específicamente respecto del principio de igualdad, la omisión legislativa relativa produce una fractura en el estándar de *isonomía* exigible al momento de sancionar el plexo normativo en cuestión.

A propósito, es siempre útil y conveniente tomar en consideración que la *igualdad* es un principio configurativo de la limitación de la forma de poder, nutriente básico de la legitimación del Estado Constitucional (y Convencional) contemporáneo, además

de elemento axial del principio de dignidad de la persona humana, pauta valorativa directamente ligada a los derechos fundamentales.

6. Como tendremos ocasión de profundizar más adelante, las decisiones aditivas “clásicas o puras” han tenido un importante desarrollo en la praxis jurisprudencial de la Corte Constitucional italiana<sup>403</sup>, donde la fórmula consiste en establecer que la ley en cuestión es inconstitucional “*nella parte in cui non prevede o non dispone*”, y conserva su vigor en la medida en que se entienda añadido el contenido que el Tribunal considera que el legislador omitió.

Justamente desde latitudes italianas, y con mayor o menor nivel de contundencia, su uso se ha extendido hacia otros órganos de clausura de la jurisdicción constitucional tanto europeos como latinoamericanos.

7. Una de las principales críticas que se disparan contra tal variante sentencial es justamente que supone una función positiva y creadora de derecho, lejos de la solitaria tarea *nomofiláctica* de antaño que se visualizaba como “fundamento de la admisibilidad de un poder irresponsable políticamente que controla la producción del Parlamento democrático”<sup>404</sup>.

Con todo, pareciera que tal embate dialéctico contra los pronunciamientos aditivos se desustancializa a poco de pensar en la insuficiencia del paradigma kelseniano del tribunal constitucional como “legislador negativo”, y la innegable labor creadora del derecho que aquel debe llevar adelante para cumplir cabalmente sus tareas, que ciertamente cada día se tornan más complejas y demandantes.

Semejante faena de producción jurídica encuentra en las sentencias “interpretativas” (cuyo fundamento es la “interpretación conforme a la Constitución”) un adecuado cauce de fluidez, por ejemplo y con mayor o menor intensidad, introduciendo significados normativos que pueden modificar el contenido de la ley enjuiciada.

8. Las aludidas exigencias funcionales que el Estado Constitucional instala sobre los órganos de cierre de la justicia constitucional hacen que su actividad tenga menos de “destructiva” que de “constructora” y “reparadora”, pues como afirma AHUMADA RUIZ, “reducir la misión de los tribunales constitucionales a la de guardianes del estado de cosas fijado por una Constitución en un momento dado es desconocer su real poder”<sup>405</sup>.

---

403 Ciertas imágenes al respecto ya pueden visualizarse, por ejemplo y sin perjuicio de algunas anteriores, en las sentencias de la Corte Constitucional N<sup>os</sup>. 190 de 1970, 156 y 167 de 1976, y 105 y 153 de 1977.

404 La crítica de los detractores de las sentencias aditivas es reseñada por AHUMADA RUIZ, María Ángeles, op. cit., “El control de constitucionalidad de la omisión legislativa”, pp. 184-185.

405 AHUMADA RUIZ, María Ángeles, *La jurisdicción constitucional en Europa. Bases teóricas y políticas*, Thomson - Civitas, Navarra, 2005, pp. 50-51.

9. Es indudable que, paralelamente a su labor depurativa o *nomofiláctica*, los tribunales y las cortes o salas constitucionales también despliegan actividad *nomogenética* por vía de determinadas *sentencias “atípicas o intermedias”*, como los pronunciamientos *aditivos*. Pretender ignorar tal comportamiento del órgano máximo de justicia constitucional respectivo no sería sino abstraerse o escapar de la realidad.

10. La otrora (y más ideal que real) “nítida” frontera entre interpretar disposiciones y crearlas debía ser marcadamente respetada por el juez constitucional, a quien en el rígido esquema del Estado Legal de Derecho le estaba acotadamente permitida la primera actividad y cuasi vedada la segunda.

Aquel límite aparece hoy difuminado y con contornos imprecisos. Y así, no infrecuentemente dichas operaciones (hermenéutica y creativa) se entrelazan y hasta asimilan, incluso de manera intuitiva, en la actividad que lleva adelante el magistrado constitucional, cuyas resoluciones —como se ha puntualizado— “con frecuencia complementan positivamente la acción del legislador democrático, incorporando en el texto de la ley contenidos normativos que aquél no había previsto”<sup>406</sup>.

A propósito, no puede obviarse como elemento de análisis que —según postula HART— el derecho tiene una estructura o *textura abierta (open texture)*<sup>407</sup>, o sea, una inevitable *zona de penumbra*<sup>408</sup>.

Entre otras cosas, ello supone la vaguedad y la indeterminación de no pocos textos normativos<sup>409</sup> y, consecuentemente, la convergencia de alguna dosis de discrecionalidad en toda decisión interpretativa (esto es, un margen de apreciación y creación judiciales del Derecho), que naturalmente ha de respetar el principio de razonabilidad. Es que *discrecionalidad no implica, o no debería suponer, arbitrariedad*.

11. El recurso a la modulación de los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad-nulidad (abundantemente empleado por órganos de jurisdicción

---

406 AGUIAR DE LUQUE, Luis, “Prólogo” a la obra de SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Abraham, *Sentencias interpretativas y control de constitucionalidad en Colombia*, Ibáñez, Bogotá, 2005, p. 32.

407 HART, Herbert L. A., *El concepto del Derecho*, Abeledo-Perrot, trad. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, 1963; del original *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1961. Ver principalmente el cap. VII de la obra.

408 Al respecto, HART afirma que “todas las reglas imponen, reconocen o clasifican casos particulares como ejemplos de términos generales, y frente a cualquier regla es posible distinguir casos centrales claros a los que ella se aplica, y otros casos en los que hay tantas razones para afirmar como para negar que se aplica. *Es imposible negar esta dualidad entre un núcleo de certeza y una penumbra de duda, cuando se trata de colocar situaciones particulares bajo reglas generales*” (*Ibid.*, p. 153).

409 Para HART, los legisladores humanos no pueden conocer todas las posibles combinaciones de circunstancias que el futuro puede deparar, lo que supone una cierta indeterminación de propósitos (*Ibid.*, p. 160).

constitucional europeos y americanos), siempre en sus justos límites, es una significativa herramienta para adecuar aquellas consecuencias a los resultados que surjan de los procesos ponderativos que se efectúen en los pronunciamientos respecto de los diversos valores, principios y bienes constitucionales en juego.

Además, aquella graduación de los efectos sentenciales puede ser un dispositivo útil para evitar que la solución derivada de la declaración de inconstitucionalidad y/o nulidad termine provocando un vacío normativo aún más perjudicial para el sistema constitucional que el que existía antes de la intervención del órgano de justicia constitucional.

Por último, semejante mecanismo modulador abre a la instancia de clausura de la jurisdicción constitucional la posibilidad de tender puentes para un diálogo cooperativo con el parlamento o congreso a fin de dar espacio y tiempo a estos órganos para diseñar un dispositivo legal apropiado y compatible con los nuevos cánones o condiciones constitucionales establecidos por aquella.