

## **TÍTULO DECIMOQUINTO**

---

### **ANÁLISIS DE LAS EXPERIENCIAS EN EL DERECHO COMPARADO (IV). IMPLEMENTACIÓN POR VÍA JURISPRUDENCIAL (I): EUROPA**

**CAPÍTULO**

**I**

**ALEMANIA, AUSTRIA, ESPAÑA E  
ITALIA. OTROS CASOS EN EUROPA**

## I. Pórtico

Si bien en los respectivos ordenamientos constitucionales de Alemania, Austria, España e Italia no existen expresas disposiciones sobre el tema en cuestión<sup>1122</sup>, vale aclarar que ha sido importante el despliegue de las respectivas jurisdicciones constitucionales para controlar las *omisiones legislativas* (*principalmente, las relativas o parciales*).

Por ejemplo, más allá de algunas referencias que fuimos intercalando en el curso del presente trabajo y en función de las particularidades de cada uno de los sistemas de aquellos países, es dable verificar la utilización de:

- *Remedios unilaterales*, que suponen la reparación inmediata de la omisión por el propio tribunal constitucional, por ejemplo, las “sentencias interpretativas” y, dentro de éstas, las “manipulativas” y, más específicamente, las “aditivas clásicas o puras”.
- *Remedios bilaterales*, que entrañan la necesidad de colaboración entre el tribunal constitucional y el legislador (y, en ocasiones, también el juez ordinario), por caso, las declaraciones de mera incompatibilidad o de inconstitucionalidad sin nulidad, las “sentencias de apelación”, las que declaran que la ley “todavía no es inconstitucional”, el retraso de los efectos de la sentencia para dar tiempo a la

---

1122 Por su atingencia con el repaso del derecho comparado que hemos propuesto para esta franja de nuestro trabajo, juzgamos de importancia transcribir algunas enseñanzas de MIRANDA sobre el punto. El profesor portugués ha dicho: “En Alemania, Austria e Italia, a pesar de no contar con una norma constitucional expresa que instituya el control, los respectivos Tribunales Constitucionales han conseguido llegar a resultados muy semejantes, mediante técnicas depuradas de interpretación e integración (a través de las llamadas sentencias aditivas, creativas o apelativas): a partir de la apreciación de la inconstitucionalidad por acción hacen verdadera apreciación de la inconstitucionalidad no ya por aquello que prescribe, sino por aquello que no prescribe. Algo semejante comienza a verificarse más recientemente en España. También en los Estados Unidos, los tribunales han ejercido, y con frecuencia, el poder de solicitar a los órganos legislativos que aprueben las leyes que consideren necesarias; declarando derechos constitucionales o fundamentales de los ciudadanos, esperan que el Congreso o las asambleas legislativas de los Estados adopten, seguidamente, las medidas legislativas destinadas a asegurar su ejercicio. O es el Supremo Tribunal el que ‘descubre’ un derecho nuevo, al abrigo de la ‘IX Enmienda’ (en una interpretación creadora, aun cuando resistida por cierta corriente)”. Como ejemplo gráfico de lo que comenta, contabiliza —en el contexto alemán— al que juzga como un caso muy importante: la sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 29 de septiembre de 1990, sobre el sistema electoral para las primeras elecciones de la Alemania unificada (MIRANDA, Jorge, op. cit., *Manual de Direito Constitucional*, pp. 511-512).

Como complemento matizador de la afirmación expuesta en el texto principal del trabajo (al que responde la presente nota), recordamos que debe tenerse presente (como lo advertiéramos) que el art. 140, inc. 5°, de la Constitución austríaca establece —en lo pertinente— que la sentencia por la que el Tribunal Constitucional anula una ley por inconstitucional tendrá efectos el día de su publicación, *a menos que el Tribunal Constitucional hubiese fijado un plazo para su entrada en vigor*, lapso temporal de aplazamiento que no puede exceder de dieciocho (18) meses.

intervención del legislador y las “sentencias aditivas de principio” o las “sentencias-delegación”<sup>1123</sup>.

Los mecanismos empleados por los respectivos tribunales constitucionales de los mencionados países europeos obedece a la insuficiencia del esquema del legislador negativo, pues —como señala GONZÁLEZ BEILFUSS— tal modelo no refleja la función normativa que realizan dichos tribunales tanto en el plano legal cuanto en el constitucional a través de su labor interpretativa, además de que, con frecuencia, las sentencias estimatorias de control de constitucionalidad no se limitan a expulsar del ordenamiento una norma inconstitucional<sup>1124</sup>.

En el presente capítulo reseñaremos sintéticamente algunas experiencias que, frente al tema, ofrecen los respectivos acervos jurisprudenciales de los órganos máximos de justicia constitucional de Alemania, Austria, España e Italia.

Ya con menor grado de detalle y sólo como ejemplos, dedicaremos breves líneas a otros escenarios jurídicos europeos, como Francia y Polonia.

## II. Alemania

### 1. Encuadre inicial del tema

Doctrinaria y jurisprudencialmente, la figura de la inconstitucionalidad por omisión tuvo desarrollo inicial en la República Federal de Alemania.

Un mapa muy básico del tema, que complementaremos a medida que avancemos en la exploración de distintos aspectos que el mismo ofrece en el escenario jurídico germano (a lo que deben sumarse numerosas referencias intercaladas en distintos pasajes de este ensayo), muestra que la fiscalización constitucional es procedente *cuando*:

- i) La omisión legislativa produzca en perjuicio del peticionante la violación de un derecho fundamental constitucionalmente reconocido (*Grundrecht*), caso en el que aquel deberá alegar y probar al respecto. En el particular, habría *carencia de norma*, o sea, *omisión absoluta o total*.

---

1123 Cfr. DÍAZ REVORIO, FRANCISCO J., “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas relativas en el derecho comparado europeo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 61, Año 21, enero-abril de 2001, CEPC, Madrid, pp. 85-86.

1124 GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus, op. cit., *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*, pp. 12-13.

ii) El legislador no hubiera ajustado la disposición normativa ya existente en el sentido establecido por el *Bundesverfassungsgericht*, fijado en una de sus sentencias. En el caso, la disposición es *incompleta* o *desfasada* en relación con lo que el Tribunal ha dispuesto para corregir su deficiencia, patentizándose en tal hipótesis una *omisión relativa o parcial*.

Otro trazo preliminar que conviene retener tiene que ver con la evolución de la jurisprudencia del *BVerfG*.

Se hace perceptible que, en una primera etapa, un ciudadano no podía ostentar una pretensión subjetiva a una acción del legislador que pudiera hacer valer judicialmente, además de que el Tribunal manifestaba no ser un cuerpo legislativo ni poder ser obligado a remplazar al legislador. Asimismo, lo relativo al dictado de una ley dependía de valoraciones económicas, políticas e ideológicas que, por vía de principio, estaban sustraídas al control judicial<sup>1125</sup>.

No sin dificultades, la situación fue mutando hasta que se llegó a aceptar la *Verfassungsbeschwerde*<sup>1126</sup> cuando quien deducía la demanda podía apoyar su pretensión en un *encargo expreso* de la Constitución, que determinara en lo esencial el contenido y el volumen de la obligación legislativa<sup>1127</sup>. Sólo de ese modo y con tales recaudos, el *BVerfG* entendería configurada una *omisión legislativa* susceptible de corrección<sup>1128</sup>.

## 2. Desarrollo jurisprudencial

Luego del sucinto encuadre precedente de la cuestión, es preciso resaltar algunos hitos sentenciales que fueron paulatinamente conformando las bases del desarrollo jurisprudencial del tema, dentro del ámbito más general del “*Normenkontrolle*”, por el *BVerfG*.

A) En el sentido expuesto se puede ubicar a modo de pronunciamiento inaugural, el emitido el 19 de diciembre de 1951.

---

1125 *BverfG* 1, 97; 2, 237; 2, 287.

Ver FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, op. cit., *La inconstitucionalidad por omisión*, p. 312.

1126 Existe una “eterna” polémica en cuanto al modo de traducción de la palabra alemana *Verfassungsbeschwerde* al español. Algunos autores la han traducido como *recurso de amparo*; otros, como *recurso de queja constitucional*; incluso hay quienes opinan que la traducción literal sería *recurso de “reclamación constitucional”*, aunque conceden que si se trata de derechos fundamentales cabría traducirla como “recurso de amparo”.

Para evitar confusiones, en el texto emplearemos el vocablo en su idioma original.

1127 *BverfG* 56, 54 (70).

1128 *BverfG* 55, 37 (53); 59, 360 (375).

Cfr. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, op. cit., *La inconstitucionalidad por omisión*, p. 313.

Se trataba de una *Verfassungsbeschwerde* deducida por una persona incapacitada para trabajar y sin otros medios para mantener a sus hijos menores de edad, quien pretendía del Tribunal que se expidiera en el sentido de que el legislador, al no garantizar una existencia más decorosa, había vulnerado los siguientes derechos fundamentales consagrados en la Constitución —*Grundgesetz* (GG.)—: a la dignidad (art. 1), al libre desarrollo de su personalidad (art. 2) y a la igualdad (art. 3)<sup>1129</sup>.

El *BVerfG* reconoció en la mencionada sentencia que de la vinculación a la Constitución, y especialmente a los derechos fundamentales, era dable que emanaran concretas obligaciones de actuar para los órganos judiciales y administrativos, cuya inobservancia podía llevar a una auténtica omisión inconstitucional lesiva de derechos fundamentales; mas dejó en claro que, *por vía de principio, ésta no podía generarse a causa de una inacción del legislador*.

Tal vez convenga efectuar aquí una matización al sentido de dicho pronunciamiento. En realidad, pareciera que el criterio del *BVerfG* en punto a la improcedencia del control de las omisiones legislativas inconstitucionales se refería más bien a la modalidad *absoluta* de éstas, hablando en términos de la categorización taxonómica *wesseliana*.

**B)** Avanzando en el circuito jurisprudencial, la cuestión del poder normativo de los jueces ante una omisión del legislador ya se había insertado a propósito del art. 117.1, de la GG. Aunque obvio, aclaramos que nos estamos refiriendo a la Ley fundamental de Bonn (*Bonner Grundgesetz*), de 1949.

Dicho precepto determinó que todas las disposiciones legales contrarias al principio de igualdad de derechos entre hombres y mujeres (art. 3.2, *Ibid.*) tenían como plazo máximo de vigencia el 31 de marzo de 1953. En función de ello, por medio de la decisión fechada el 18 de diciembre de ese año y al no haber el Legislativo promovido las reformas exigidas dentro del lapso estipulado (incurriendo en *omisión inconstitucional*), el *BVerfG* declaró que todas las leyes incompatibles con aquella regla mayor dejaban de ser aplicables y, en consecuencia, el citado art. 3.2 era plenamente operativo.

**C)** Otras manifestaciones sentenciales francas del Tribunal en torno a la problemática que abordamos se ubicarían en las sentencias de 20 de febrero de 1957 y 11 de junio de 1958, en las que sin lugar a dudas declaraba que la inconstitucionalidad podría surgir por vías de acción o *de omisión del legislador*.

---

1129 Como nota marginal y a sus efectos, es conveniente recordar que en la reforma a la Ley del Tribunal Constitucional Federal alemán (producida en 1993), en particular respecto del art. 93.a.2.º b, se ha establecido que no cualquier quebranto de un derecho fundamental justifica la admisión de la *Verfassungsbeschwerde*.

Respecto del primer decisorio, FERNÁNDEZ SEGADO puntualiza que el *BVerfG* admitía la posibilidad de tal ruptura constitucional por inacción en los supuestos de omisión parcial del legislador en que éste, al contemplar en el texto legal tan sólo a un grupo o fragmento de población, quebrantaba el principio de igualdad, dándose los primeros pasos para el reconocimiento dogmático de la denominada “exclusión arbitraria de beneficio” inconstitucional (*willkürlicher gleichheitswidriger Begünstigungsausschluss*), por violación del principio de igualdad al incurrirse en una discriminación en el goce de uno o más derechos de un grupo respecto de otro<sup>1130</sup>.

Ya acerca de la segunda sentencia, el Tribunal debió pronunciarse respecto de una *Verfassungsbeschwerde* planteada frente a una ley federal que determinaba la remuneración de los funcionarios públicos. El autor mencionado en último término apunta que el *BVerfG* se manifestó “en el sentido de que aunque no estuviese legitimado para fijar los sueldos de los funcionarios, disponía de elementos suficientes como para apreciar que, en virtud de la alteración del coste de la vida, los valores establecidos por tal ley no se correspondían a los parámetros mínimos a que se refiere el art. 33.5” de la GG. Acota que el Tribunal “no declaró la nulidad de la norma, porque de ésta no se hubiera derivado sino un agravamiento del estado de inconstitucionalidad, limitándose por tanto a constatar la violación constitucional. Con esta doctrina, el *BVerfG* identificó muy tempranamente que *omisión inconstitucional era no sólo el incumplimiento absoluto de la obligación de legislar, sino también la ejecución defectuosa o incompleta de ese mismo deber* (omisión relativa, aunque también omisión parcial o *Teilunterlassung*)”<sup>1131</sup>.

D) Es imperioso detenerse en un paradigmático caso resuelto por el Tribunal Constitucional Federal mediante la Sentencia N° 26/1969, de 29 de enero (ya aludida), precedente que constituye una de las muestras más cabales de la vertiente jurisprudencial consistente en encarar *per se* el mencionado proceso de *concretización* de una norma constitucional para asignarle eficacia (*Konkretisierung*).

a) Respecto de la *Konkretisierung*, se sabe que el *BVerfG* puede disponer el dictado de una medida legislativa y fijar un plazo para que la reglamentación sea elaborada. Una vez concluido ese período, competirá a aquel Tribunal Constitucional resolverla, pudiendo existir una sanción política para el órgano omitente. Al respecto, se ha señalado que impera la conciencia de que todos los órganos constitucionales están vinculados a las decisiones del *BVerfG*, no pudiendo dejar de cumplir —cuando

1130 FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “El control de las omisiones legislativas por el *Bundesverfassungsgericht*”, op. cit., *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, T° II, p. 1005.

1131 Ídem.

están alertados de su omisión— el llamado principio de finalidad constitucional (*Verfassungsorgantreue*)<sup>1132</sup>.

La *concretización* de los preceptos constitucionales como técnica para que ellos logren plena efectivización —que el *BVerfG* aplica en su despliegue jurisprudencial— se vincula con el *principio de la fuerza normativa de la Constitución* (firmemente sostenido por HESSE, como vimos), en función del cual debe concederse precedencia a los planteos que coadyuvan a maximizar la eficacia de las disposiciones constitucionales en función de las relaciones sociales y la “voluntad de Constitución”<sup>1133</sup> (*Wille zur Verfassung*).

b) Por su vinculación con la inconstitucionalidad por omisión y la *Konkretisierung*, es importante tomar en consideración la tesis de PESTALOZZA —sintetizada cabalmente por FERNÁNDEZ SEGADO— que sostiene la existencia de dos tipos de mandatos constitucionales: los *sustituibles* y los *insustituibles* (*vertretbaren und unvertretbaren Aufträgen*)<sup>1134</sup>.

Si se trata de un *mandato sustituible*, el *BVerfG* no puede determinar la inconstitucionalidad de la omisión del legislador (*die verfassungswidrigkeit des gesetzgeberischen Unterlassen*). Así, en las *Verfassungsbeschwerde*, frente a resoluciones judiciales que se sustenten en el incumplimiento (*Nichterfüllung*) de mandatos de este tipo, el *BVerfG* debe asignar a los propios tribunales ordinarios el cometido de implementar aquel mandato por vía de la *Konkretisierung*. Por el contrario, cuando la disposición de la Constitución, pese a la falta de *interpositio legislatoris*, despliega una eficacia suficiente (*hinreichende Wirkungskraft entfaltet*), los tribunales tienen que aplicarla inmediatamente (*haben die Gerichte sie unmittelbar anzuwenden*), no pudiendo objetar que el legislador no ha desarrollado su mandato<sup>1135</sup>.

1132 Cfr. QUARESMA, Regina, op. cit., *O mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão. Teoria e prática*, pp. 55-56.

1133 Tomando ciertas enseñanzas *hellerianas*, HESSE indica que esa “voluntad de Constitución” procede de una triple raíz: la conciencia de la necesidad y el valor específico de un orden objetivo y normativo inviolable que aleje a la vida de la arbitrariedad desmedida e informe; la convicción de que este orden establecido constitucionalmente es algo más que un orden exclusivamente fáctico, ya que se trata de un orden legítimo y necesitado de continua legitimación; y, en relación con esto último, se basa en la conciencia de que este orden no puede tener la vigencia de una ley concebida por el intelecto al margen de la voluntad humana, sino que sólo puede adquirir y conservar su vigencia a través de actos de voluntad (HESSE, Konrad, “La fuerza normativa de la Constitución”, op. cit., *Escritos de derecho constitucional*, p. 66. En dicha página, concretamente en la nota 12, tal autor cita a HELLER, Hermann, *Archiv des öffentlichen Rechts*, nueva serie, N° 16, pp. 341 y 352 y ss.).

1134 PESTALOZZA, Christian, *Verfassungsprozessrecht. Die Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundes und der Länder*, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 3, völlig neu-bearbeitete Auflage (3ª ed. completamente revisada), München, 1991; referido por FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, op. cit., “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. Algunas cuestiones dogmáticas”, pp. 51-52.

1135 *Ibid.*, p. 52.



En los *vertretbaren Verfassungsaufträgen*, el transcurso de un prolongado período (*eine gewisse Zeit lang*) se traduce en que la omisión legislativa constitucional pasa a convertirse en inconstitucional. En contrapartida, en los *unvertretbaren Verfassungsaufträgen*, PESTALOZZA considera que los tribunales no pueden sustituir al legislador moroso (*die Gerichte Können hier den Gesetzgeber, der säumig ist, nicht vertreten*), por lo cual debe declararse, en caso de ser necesario, la inconstitucionalidad de su inactividad<sup>1136</sup>.

c) Retomando el emblemático asunto resuelto por medio de la citada sentencia de 29 de enero de 1969, debe evocarse que el art. 6.5 de la GG. disponía que “para los hijos ilegítimos, la legislación creará las mismas condiciones de desarrollo físico y espiritual y de posición social que para los hijos legítimos”. Al haber transcurrido un prolongado lapso de tiempo desde la entrada en vigencia de la Constitución (veinte años), sin que la legislación dispensase la aludida *igualdad*, el Tribunal decidió que la normativa constitucional era directamente aplicable con “fuerza derogatoria” de las disposiciones contrarias previstas en leyes ordinarias. Salvó, así, la inicua *omisión* incurrida, al tiempo de ordenar al cuerpo legislativo que procediera a dictar la normativa establecida en el art. 6.5 de la GG., en el curso de la legislatura de tal año (1969), intimación que fue acatada promulgándose la ley el 19 de agosto de dicho año, para entrar en vigor el 1 de julio de 1970<sup>1137</sup>.

De la norma que provocó la ejemplarizadora sentencia del Tribunal no surgía plazo expreso alguno para el cumplimiento del “encargo” al legislador, mas la importancia del bien jurídico que el precepto intentaba tutelar y su anclaje axiológico exigieron una solución satisfactoria desde la jurisdicción, en tanto el órgano legisferante omitía proporcionarla y, al dejar éste transcurrir el tiempo, adquirió pleno significado el art. 1.3 de la GG.<sup>1138</sup>, haciéndose necesaria la *concreción* de la voluntad constitucional en tanto fuera posible llevarla a cabo prescindiendo del legislador<sup>1139</sup>.

Además del vencimiento del plazo adecuado para la sanción de la ley de adaptación de la norma constitucional, el sustento primordial del órgano judicial fue que el precepto en juego involucraba un contenido legal suficientemente positivo y claro que le permitía actuar como cláusula general directa sin que peligrara *insoportablemente* la

1136 Ídem.

1137 FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, op. cit., *La inconstitucionalidad por omisión*, p. 314.

1138 Que establecía que los derechos fundamentales que a continuación detallaba (entre los que se incluía la igualdad —art. 3, GG.— y la mencionada pauta que involucraba a los hijos ilegítimos y legítimos —art. 6, inc. 5°, *Ibid.*—) vinculaban a los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial a título de derecho directamente aplicable.

1139 Consid. B.I.4.b (cfr. traducción de su texto en PINA, Rolando E., op. cit., *Cláusulas constitucionales operativas y programáticas. Ley Fundamental de la República Federal de Alemania*, p. 86).

seguridad jurídica<sup>1140</sup>, paralelamente a que estimó que hubiese sido incompatible con el carácter de norma constitucional interpretar que la Constitución se contentase con rebajar la previsión del art. 6, inc. 5º, a la categoría de mera expresión programática; por el contrario, juzgó procedente sostener que en el caso de la norma indicada, la voluntad constitucional debía ser ejecutada por la justicia<sup>1141</sup>.

### 3. Sobre la declaración de inconstitucionalidad sin nulidad

Debe aclararse que a partir de la modificación de la Ley del Tribunal Constitucional Federal, operada en 1970<sup>1142</sup>, éste queda habilitado —y de hecho, así lo ha realizado en numerosas ocasiones<sup>1143</sup>— a declarar la inconstitucionalidad sin nulidad de una ley (*Unvereinbarkeit*), a la que ya nos refiriéramos en otro sector del trabajo.

Concretamente, el texto de esta última es conforme a la Constitución, mas contiene una omisión o una laguna que deben ser colmadas por razones constitucionales<sup>1144</sup>.

DÍAZ REVORIO puntualiza que, en tales casos, se opta por declarar la inconstitucionalidad del precepto legal, mas no su nulidad<sup>1145</sup> porque se entiende que ésta podría crear una situación todavía más alejada de la Constitución que la existente con la aplicación de tal ley, provocando un vacío legislativo a causa de la nulidad de toda la regulación<sup>1146</sup>. Además se considera que si, en cambio, se procediera a extender los efectos de la ley (mejorando, en su caso, al grupo perjudicado) ello

---

1140 Consid. B.I.5. (*Ibid.*, p. 89).

1141 Consid. B.I.4.b (*Ibid.*, p. 87).

1142 En realidad, tal variante fue implementada por el Tribunal Constitucional a partir de 1958 y luego establecida legalmente en 1970.

FAVOREU da cuenta de que aquella innovación ha conocido un neto desarrollo: así, y en el período 1966-1970, se produjeron diez (10) declaraciones de inconstitucionalidad, mientras que entre 1971 y 1975 se concretaron veinte (20). Se ha añadido que tal técnica es mayormente empleada cuando se lesiona el principio de igualdad u otro derecho fundamental en correlación con él (FAVOREU, Louis, *Los tribunales constitucionales*, Ariel, trad. de Vicente Villacampa, Barcelona, 1994, p. 78).

1143 Por ejemplo, *BVerfG* 6, 246; 26, 163; 28, 227; 28, 324; 29, 58; 29, 71; 30, 227; 30, 292; 31, 1; 32, 229; 31, 275; 32, 173; 32, 199; 32, 365; 33, 90; 33, 106; 38, 2; 38, 41; 38, 61; 45, 104; 45, 376; 46, 97; 48, 64; 48, 227; 48, 327; 55, 100 (112); 61, 43 (68); 65, 325 (357) [cfr. MENDES, Gilmar, “A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade da ley —‘Unvereinbarkeitserklärung’— na jurisprudência da Corte Constitucional Federal alemã”, *Revista de Informação Legislativa*, Vol. 30, N° 118, abril-junio de 1993, Brasília, p. 63, nota 3].

1144 DÍAZ REVORIO, Francisco J., op. cit., *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, p. 260.

1145 Ídem.

1146 ZEIDLER, Wolfgang, “Cour Constitutionnelle Fédérale allemande”, en *La justice constitutionnelle dans le cadre des pouvoirs de l’Etat* (“VII<sup>ème</sup> Conférence des Cours Constitutionnelles européennes”, Lisbonne, 1987), *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, Vol. III, 1987, p. 48; aludido por DÍAZ REVORIO, Francisco J., op. cit., “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas relativas en el derecho comparado europeo”, p. 92, nota 26.

exigiría probar que el legislador, en la hipótesis de haber sido consciente de la situación jurídico-constitucional, habría realizado por sí mismo la ampliación del círculo de beneficiarios<sup>1147</sup>.

#### 4. Breve acercamiento al tema de la *prognosis errada del legislador*

Como también se anunciara en otro tramo de la investigación, cabe tomar en consideración la temática atinente a la corrección de los *errores de prognosis en los productos normativos del legislador*<sup>1148</sup>, acerca de lo cual la doctrina y la jurisprudencia germanas han destacado la posibilidad de ejercer control sobre el incumplimiento del deber de adecuación o adaptación que incumbe a aquel.

No habrá aquí omisión absoluta o relativa según la tipología clásica y más difundida de omisiones inconstitucionales, sino transgresión de la obligación del legislador de adaptar o perfeccionar la norma existente<sup>1149</sup>.

Generan obligación de desarrollo posterior por parte de éste, por ejemplo, las situaciones en que mudan las circunstancias determinantes (deber general de adecuación o *allgemeiner Nachbesserungsvorbehalt*) y, justamente, los supuestos de necesaria corrección de error en el pronóstico o prognosis de la disposición.

#### 5. Sentencias apelativas

Es asimismo interesante recordar que el Tribunal Constitucional Federal alemán distingue entre “omisiones todavía constitucionales” y “omisiones inconstitucionales”, mediante las sentencias “apelativas” o “de apelación” (*Appellentscheidungen*).

Éstas constatan situaciones *aún constitucionales* y de modo simultáneo el Tribunal dirige una *apelación* al legislador para que dentro de un plazo determinado modifique la situación. Si esto no resultara posible, se aplicaría directamente el mandato constitucional.

DÍAZ REVORIO presenta un cuadro de los supuestos que, según ZEIDLER, constituyen casos de “sentencias de apelación”:

---

1147 DÍAZ REVORIO, Francisco J., op. cit., “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas relativas en el derecho comparado europeo”, p. 92.

1148 STETTNER, Rupert, “Die Verpflichtung des Gesetzgebers zu erneuten Tätigwerden bei fehlerhaften Prognose”, *Deutsches Verwaltungsblatt*, cuad. 23, 1982, pp. 1123 y ss.; aludido por GOMES CANOTILHO, José Joaquim, op. cit., *Direito Constitucional*, p. 1091, nota 49.

1149 Ver sobre el tema, GOMES CANOTILHO, José Joaquim, op. cit., *Direito Constitucional*, p. 1091.

- i) Las que tienen como característica común el deseo de evitar la confusión en la política constitucional; por ejemplo, la cuestión de las circunscripciones electorales adoptadas por el legislador que devinieron inconstitucionales a causa de la alteración de las cifras de población.
- ii) Las que declaran que una situación jurídica es todavía aceptable constitucionalmente, mas agregan una apelación al legislador para que realice una nueva regulación de todo un ámbito jurídico (v. gr., en su momento, procurar iguales condiciones a los hijos naturales y a los legítimos).
- iii) Las que consideran que una regla legislativa es todavía aceptable, pero afirman claramente que la Constitución exige su modificación, dado que los cambios sociales o las disparidades crecientes provocarán poco a poco una violación del principio de igualdad (por ejemplo, en el caso de las pensiones de viudos y viudas)<sup>1150</sup>.

Por último, en orden a evitar confusiones entre dos técnicas decisorias de gran importancia utilizadas por el Tribunal Constitucional alemán (*la declaración de inconstitucionalidad sin nulidad y la apelación al legislador*) y aun cuando no siempre resulte posible diferenciar con precisión una de otra, debe tenerse presente que mientras la primera contiene una *declaración de inconstitucionalidad y un juicio de disvalor respecto de la norma cuestionada que obliga al legislador a emprender las medidas necesarias para la supresión del estado de inconstitucionalidad*; la segunda configura una peculiar sentencia de *rechazo de la inconstitucionalidad*, anunciando una posible conversión de esta situación “todavía constitucional” en un “estado de inconstitucionalidad”<sup>1151</sup>.

## 6. Epílogo

Como mensaje final para enfatizar la importancia que la labor del Tribunal Constitucional ha representado en punto a la temática de las omisiones constitucionales, según FERNÁNDEZ SEGADO, se aprecia que la construcción que ha desenvuelto al respecto presenta méritos notorios porque supera la estrecha concepción teórica que reduce la omisión inconstitucional a la integración normativa expresamente requerida por el constituyente<sup>1152</sup>.

---

1150 ZEIDLER, Wolfgang, op. cit., “Cour Constitutionnelle Fédérale allemande”, pp. 44 y ss., aludido por DÍAZ REVORIO, Francisco J., op. cit., “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas relativas en el derecho comparado europeo”, p. 97, nota 49.

1151 Cfr. MENDES, Gilmar, op. cit., “A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade da lei — ‘Unvereinbarkeitserklärung’ — na jurisprudência da Corte Constitucional Federal alemã”, p. 66.

1152 FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, op. cit., “La inconstitucionalidad por omisión: ¿Cauce de tutela de los derechos de naturaleza socioeconómica?”, p. 20.

Con simpleza, pero aportando en definitiva una síntesis básica de la jurisprudencia del *BVerfG*, ROUSSEAU ha mencionado que éste puede no sólo sancionar la ausencia de una ley que deje sin aplicación posible un derecho constitucional, sino también el hecho de que el legislador no haya modificado una ley para tener en cuenta un cambio de circunstancias y corregir las desigualdades que su aplicación haya suscitado, o bien haya “olvidado” prever en una ley disposiciones para ciertas categorías de personas<sup>1153</sup>.

### III. Austria

#### 1. Retraso de los efectos de las sentencias constitucionales admisorias

En relación con el problema de las omisiones inconstitucionales *relativas*, uno de los aspectos salientes del sistema austríaco radica en la posibilidad de retrasar la entrada en vigor de la anulación ordenada por el Tribunal Constitucional.

Tal opción se muestra especialmente adecuada para resolver el problema creado por una ley que no es inconstitucional en sí misma, *mas sí por lo que omite, o por no incluir a otras categorías a las que constitucionalmente les correspondería idéntico tratamiento que las previstas en la regulación legal*. En estos casos, la ley continúa vigente y se sigue aplicando hasta el transcurso del plazo señalado por el Tribunal, momento a partir del cual perderá su vigencia<sup>1154</sup>.

A fin de evitar las consecuencias negativas que, en ciertos supuestos y como anunciábamos, podrían derivarse de la anulación de la norma jurídica, la Constitución austríaca ha previsto, en los apartados 5 y 7 de su art. 140, una excepción a la regla general que ha posibilitado el surgimiento de las denominadas *sentencias de anulación con efectos diferidos*<sup>1155</sup>.

En ese sentido, el Tribunal puede decidir retrasar los efectos del fallo de anulación dentro de un plazo limitado que dará tiempo al legislador para rehacer la ley, pero agotado aquel, ésta ya no deberá aplicarse<sup>1156</sup>.

---

1153 ROUSSEAU, Dominique, op. cit., *La justicia constitucional en Europa*, p. 66.

1154 DÍAZ REVORIO, Francisco J., op. cit., “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas relativas en el derecho comparado europeo”, pp. 87-89.

1155 Cfr. EGUIGUREN PRAELL, Francisco J., op. cit., “Los efectos de las sentencias sobre inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional”, pp. 187-188.

1156 Cfr. FAVOREU, Louis, op. cit., *Los tribunales constitucionales*, p. 56.

## 2. Sentencias aditivas

Anota DÍAZ REVORIO que el Tribunal también ha expedido decisiones (“aditivas”) que han “completado” una ley ordinaria a la que le faltaba “algo” para poder ser considerada acorde con la Constitución, situación que ejemplifica refiriéndose al caso en que aquel órgano, al enjuiciar la constitucionalidad de la ley de telecomunicaciones, formuló una norma designada expresamente como un “complemento” de tal ley, e incluso la redactó en un párrafo, disponiendo que las autoridades responsables de las telecomunicaciones no podían conceder una autorización para la creación y explotación de una red de telecomunicación destinada a la explotación de un sistema audiovisual (VfSlg 9909, 1983)<sup>1157</sup>.

En línea convergente podría leerse, por ejemplo, la STC 10.705. En ella, ante la falta de una prohibición legal expresa de la candidatura del partido nacionalsocialista en el derecho electoral de Austria, el Tribunal Constitucional derivó tal proscripción a todas las autoridades estatales en su marco de actuación, a partir del art. 3 de ley constitucional *Verbotsgesetz*, cláusula que inhibía a toda persona actuar de cualquier modo en favor de dicho partido o de sus objetivos. En tal decisorio *aditivo* suplió la omisión, añadiendo el *contenido normativo* que consideró faltante<sup>1158</sup>.

Desde un punto de vista más amplio, se ha puesto de manifiesto que una de las misiones de la jurisprudencia del Tribunal consiste en corregir los defectos de las leyes que no son consecuencia de evaluaciones políticas diferentes, sino de la negligencia y de la imprevisión del legislador. En ese sentido, una reglamentación vulneraría la exhortación de objetividad si sus efectos jurídicos dependieran del azar o de condiciones manipuladas, lo que podría derivarse del hecho de que el legislador no hubiera prefigurado todos los casos afectados o no hubiese reflexionado profundamente acerca de sus consecuencias<sup>1159</sup>.

## 3. Paso del tiempo, irrazonabilidad e inconstitucionalidad

Para cerrar este breve acercamiento a la experiencia austríaca, y con algún punto de toque con lo mencionado sobre el espectro alemán en torno a la corrección de la prognosis errónea del legislador o el deber de adecuación por parte de éste a las nuevas

---

1157 DÍAZ REVORIO, Francisco J., op. cit., “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas relativas en el derecho comparado europeo”, p. 89, nota 18.

1158 SCHÄEFFER, Heinz, op. cit., “Austria. La relación entre el Tribunal Constitucional y el legislador”, p. 36.

1159 Cfr. OEHLINGER, Theo, “El Tribunal Constitucional austríaco”, op. cit., *Tribunales Constitucionales europeos y derechos fundamentales*, p. 521.

condiciones del ordenamiento jurídico, en el ámbito de Austria *el paso del tiempo* “puede tener una considerable incidencia en el caso de disposiciones vigentes si éstas no han sido adaptadas a los cambios experimentados en relación a su supuesto de hecho. En un caso extremo, ello puede conducir a una inconstitucionalidad posterior (infracción del principio de igualdad a causa de un efecto totalmente irrazonable)”<sup>1160</sup>.

En ese sentido SCHÄEFFER cita la STC ZfVB, 1977/3/1242 acerca del art. 1 de la Ley de Niederösterreich *FlVfLG*, en la que el Máximo Tribunal determinó “que pueden modificarse las medidas por la afectación de una regulación en el transcurso del tiempo, por lo tanto, *una regulación puede convertirse en inconstitucional, en determinados casos, por la no adaptación a las nuevas condiciones objetivas*”<sup>1161</sup>.

## IV. España

### 1. Exordio

De modo *propedeutico* vale efectuar (en algún punto, reiterar) dos precisiones válidas para el ámbito constitucional que examinamos, aunque con la matización que haremos a continuación: **i**) ni constitucional ni legislativamente está previsto de modo expreso el control de constitucionalidad respecto de las omisiones inconstitucionales *legislativas*, y **ii**) obviamente, tampoco existe una vía procesal constitucional específica para canalizar semejante tipología fiscalizadora.

Cabe, sin embargo, efectuar un breve comentario aclaratorio. Bien que por una vía *indirecta* tal vez pueda intuirse la positación de algún medio correctivo de ciertas omisiones *judiciales o administrativas* (lo que quizá pudiera repercutir *mediatamente* en el plano legislativo). Nos referimos a que por conducto de la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional implementada por la Ley Orgánica N° 6/2007, de 24 de mayo, el recurso de amparo en defensa de los derechos fundamentales puede tener por objeto también *las omisiones de los órganos judiciales y de las autoridades administrativas*.

Según se ha advertido, “[e]l hecho de que se trate de impugnaciones cuyo objeto es de manera inmediata la acción u omisión de los poderes ejecutivo y judicial *no excluye la posibilidad de un control mediato del poder legislativo*, toda vez que la Sala o la

---

1160 SCHÄEFFER, Heinz, op. cit., “Austria. La relación entre el Tribunal Constitucional y el legislador”, p. 31.

1161 Ídem, p. 31, nota 28.

Sección del Tribunal Constitucional que conoce del recurso de amparo puede concluir que la lesión de los derechos fundamentales ocasionada por la acción o la *omisión administrativas o judiciales* trae en realidad causa de la ley aplicada al caso, supuesto en el que ha de elevarse al Pleno del Tribunal Constitucional una cuestión sobre la constitucionalidad de dicha ley, que será enjuiciada en Sentencia antes de la resolución del proceso de amparo (art. 55.2 LOTC)". Consecuentemente cabría por este conducto el control de constitucionalidad de las omisiones legislativas que hubiesen dado lugar a omisiones administrativas o judiciales lesivas de derechos fundamentales<sup>1162</sup>.

Retornando de la breve digresión previa, puede entonces afirmarse que, *formalmente*, no es posible acudir al Tribunal Constitucional (T.C.) con el *exclusivo* propósito de acusar la inactividad, la inactuación o la inercia del legislador.

De allí que un control de tal tenor por el T.C. sólo puede realizarse en el marco de uno de los procesos constitucionales legalmente instituidos. Tales rutas de ingreso para instar el control respecto de la actuación legislativa, como se sabe, son: *i*) las de impugnación directa: recurso/control previo; *ii*) la cuestión de inconstitucionalidad deducida por los jueces ordinarios; *iii*) el recurso de amparo, que podría generar lo que se ha dado en llamar una "autocuestión" en el seno del T.C.; y *iv*) la dirigida a defender la autonomía local, que también puede dar lugar a una "autocuestión".

Por otra parte, luego de advertir que la inconstitucionalidad por omisión absoluta sería una variante radical de la categoría de sentencias con mandatos y recomendaciones al legislador, AJA y GONZÁLEZ BEILFUSS reconocen que en España (también en Alemania) se produce un efecto parecido sólo en materia de derechos fundamentales y por medio del recurso de amparo, cuando la ausencia de la ley prevista constitucionalmente acarrea la subsistencia de un obstáculo que supone la vulneración del derecho fundamental<sup>1163</sup>.

Seguidamente los autores mencionados en último término aclaran que, sin embargo, la técnica que se utiliza para su remedio no es el control de constitucionalidad sino la protección del derecho por medio de la aplicación directa de la Constitución, aunque ello implica una urgente llamada al legislador para que proceda a aprobar la correspondiente ley<sup>1164</sup>.

---

1162 Cfr. "Los problemas de la omisión legislativa en la jurisprudencia constitucional", Ponencia del Tribunal Constitucional de España, 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/ES](http://www.lrkt.lt/conference/Pranesimai/ES)).

1163 AJA, Eliseo y GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus, "Conclusiones generales", op. cit., *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, p. 282.

1164 Ídem.



## 2. Opciones empleadas para salvar o corregir las omisiones inconstitucionales relativas

En el contexto español el T.C. ha utilizado —para suplir la omisión legislativa— una gama de opciones: v. gr., materializar “*recomendaciones*” al Legislativo<sup>1165</sup>, declarar la *inconstitucionalidad sin nulidad* (por caso, las Sentencias N<sup>os</sup>. 45/1989 —ya referida— y 96/1996) y dictar *sentencias aditivas*.

En punto a estas últimas, se ha sostenido (como reiteradamente apuntáramos en este ensayo) que suelen estar conectadas con la inconstitucionalidad por omisión —relativa—, al ser causadas por el incorrecto desarrollo legislativo del asunto que se sustancia ante el aludido Tribunal y que, precisamente, es tal pretermisión la que posibilita y justifica el añadido de los elementos que conformarán la nueva norma, con la que se trata de superar la situación contraria a la Constitución que venía determinada por esa omisión<sup>1166</sup>.

Estas sentencias *aditivas*, que como vimos procuran superar circunstancias de *inconstitucionalidad por omisión relativa* (se ha hablado también de *discriminaciones por omisión*), se hacen patentes v. gr. en las SS.TC. N<sup>os</sup>: 103/1983, sobre pensiones de viudedad ante la exclusión de los viudos varones (a la que aludiéramos *supra*); 116/1987 (amnistía de los militares profesionales de la República), en la que, ante la situación de discriminación entre civiles y militares, el T.C. procedió al reconocimiento de pensiones a funcionarios del servicio del Ejército de la República; y 222/1992, sobre subrogación arrendaticia de las parejas de hecho, ante la exclusión que éstas padecían.

MEDINA GUERRERO ha observado la existencia de algún supuesto de lo que denomina “sentencia constructiva”, refiriéndose a la STC N<sup>o</sup> 53/1985, recaída en el recurso previo de inconstitucionalidad sobre el proyecto de Ley Orgánica despenalizadora del aborto, en la que se declaró la disconformidad del precepto con la Constitución “no en razón de los supuestos en que declara no punible el aborto, sino por incumplir en su regulación exigencias constitucionales derivadas del artículo 15 de la Constitución, que resulta por ello vulnerado, en los términos y con el alcance que se expresan en el fundamento jurídico 12”, fundamento en el que —de acuerdo con el pensamiento del autor citado— se señalan algunas garantías concretas que debían introducirse en la disposición impugnada para acomodarla al texto constitucional, operando así esta sentencia como un verdadero mandato dirigido al legislador<sup>1167</sup>.

1165 Ver cuanto dijéramos *supra* (título séptimo, capítulo II) refiriendo a TOMÁS Y VALIENTE, FRANCISCO, op. cit. “Notas sobre las recomendaciones del Tribunal Constitucional al legislador”, en su libro *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, pp. 101-111.

1166 FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, op. cit., *La inconstitucionalidad por omisión*, p. 235.

1167 MEDINA GUERRERO, Manuel, “Los procesos de control de la constitucionalidad (II)”, en CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, FRANCISCO, GÓMEZ MONTORO, Ángel, MEDINA GUERRERO, Manuel y REQUEJO PAGÉS,

### 3. Repaso de una primera etapa jurisprudencial del T.C. sobre la inconstitucionalidad por omisión

La labor que en un primer período jurisprudencial el T.C. realizó en ese campo puede sintetizarse —siguiendo a AGUIAR DE LUQUE— en las siguientes tres fórmulas surgidas de la praxis:

- Una de ellas ha sido “a través de la atrevida fórmula de dar un contenido material a las normas básicas”<sup>1168</sup>, a que alude el artículo constitucional 149. Ello para evitar “el peligro de que la pasividad del legislador del Estado bloquee la producción legislativa de las Comunidades Autónomas” (a partir de la STC de 28 de julio de 1981)<sup>1169</sup>.
- Otra de las fórmulas utilizadas ha sido “ampliar la vigencia de una norma a aquellos sectores de población inicialmente no previstos por el legislador”, en los casos de omisión inconstitucional relativa —o parcial—, apuntando a garantizar operativamente el principio de igualdad ante la ley (SS.TC. N<sup>os</sup> 103 y 14, sobre “el derecho a una pensión de viudedad por los varones”; y 81, relativa al pago de horas extras a los ATS varones; etcétera)<sup>1170</sup>.
- Por último, la tercera técnica se ha dado en la órbita de los casos de inconstitucionalidad por omisión que vulneran derechos fundamentales. Sobre el punto, AGUIAR DE LUQUE<sup>1171</sup> ha sostenido: “Se trata concretamente de las sentencias en cadena sobre la objeción de conciencia que se inician con la Sentencia 15/82, de 23 de abril. En tales supuestos el Tribunal estimó que en la medida en que el mandato al legislador se vinculaba a un derecho fundamental de carácter subjetivo, este último no podía quedar totalmente negado en tanto no mediara la intervención del legislador [...]; no se trata de que el mandato sea aquí más inmediatamente vinculante, sino de que, en la medida en que se trata de un derecho fundamental accionable ante el Tribunal Constitucional, se trata de un precepto que goza de aplicación directa, aunque sea con un contenido mínimo como indicara la precitada sentencia. Sin embargo, es lo cierto que a través de ello el Tribunal llevó a cabo una verdadera innovación jurídica introduciendo la objeción de conciencia como causa de suspensión provisional de la incorporación a filas, que anteriormente no existía en nuestro ordenamiento”.

---

Juan Luis, *Jurisdicciones y procesos constitucionales*, 2ª ed., revis. y ampl., McGraw Hill, Madrid, 2000, p. 74.

1168 NIETO, Alejandro, op. cit., “Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional”, p. 393.

1169 AGUIAR DE LUQUE, Luis, op. cit., “El Tribunal Constitucional y la función legislativa: El control del procedimiento legislativo y de la inconstitucionalidad por omisión”, p. 29.

1170 Ídem.

1171 *Ibid.*, p. 30.

#### 4. Ciertos avances jurisprudenciales del T.C.

Andando el tiempo, el T.C. ha dado algunos pasos adelante en la jurisprudencia relativa al fenómeno de la *inconstitucionalidad por omisión*. En ese sentido pueden citarse, sólo enunciativamente, los siguientes decisorios (enlazados argumentalmente con otros anteriores):

- La *STC N° 67/1998* (vinculada con la *STC N° 74/1997*), que en lo que aquí nos interesa resaltar versaba sobre la *desprotección penal por el legislador de los hijos no matrimoniales* en las crisis familiares frente al incumplimiento por sus progenitores de las obligaciones asistenciales que les incumbían y judicialmente declaradas, *exclusión que importaría discriminación por razón de nacimiento proscrita por el art. 14 de la Constitución*. Así, concluyó que el objeto de la demanda de amparo que originó la sentencia era fundamentalmente la “omisión del legislador” ya que *no era la regla expresamente contenida en el art. 487 bis del entonces vigente Código Penal la que, por sí misma y aisladamente considerada, pudiera estimarse contraria al derecho de igualdad, “sino su imperfección, por no contemplar aquello que, debiendo ser necesariamente incluido por el legislador, fue, sin embargo, omitido, ocasionando, con tal proceder, una discriminación por defecto, lesiva del derecho fundamental a la igualdad del hijo de la ahora recurrente en amparo”* (F.J. 5).
- En la *STC N° 138/2005* (convergentemente con la *STC N° 156/2005*), el T.C. declaró inconstitucional (por indebida restricción del derecho de acceso a la jurisdicción) el art. 136 del Código Civil, que limitaba a un (1) año —a contar desde el conocimiento del nacimiento— la posibilidad de ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad. Siguiendo el camino marcado por la señora *STC N° 45/1989*, quebraba también aquí el *altri tempi* indestructible binomio inconstitucionalidad-nulidad, lo que consideraba procedente en atención a que “*la razón de la inconstitucionalidad del precepto reside, no en determinación textual alguna de éste, sino en su omisión*” (el T.C. reiteraba lo dicho en las ya citadas *SS.TC. N°s. 222/1992, F.J. 7; 96/1996, F.J. 22; y 235/1999, F.J. 13*). Entendió que la declaración de nulidad del citado art. 136 del Código Civil, consecuente a la declaración de inconstitucionalidad, generaría un vacío normativo, sin duda no deseable, además de resultar improcedente cancelar la legítima facultad del marido a ejercer la acción de impugnación de la paternidad legal. Por último y como había ya ensayado en otros casos, defirió en el legislador el trazado preciso del *dies a quo* del plazo para el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial prevista en el art. 136 del Código Civil, dentro de cánones respetuosos del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la Constitución).

- Y en la STC N° 120/2010, utilizando argumentos de otras decisiones recaídas en cuestiones similares a la que resolvía (v. gr., las N°s 52/2006, F.J. 3; 273/2005, F.J. 9; y la ya enunciada 55/1996, F.J. 6), el T.C. dijo encontrarse (F.J. 6) “*ante una omisión del legislador contraria a la Constitución que no puede ser subsanada mediante la anulación del precepto, sino que la apreciación de la inconstitucionalidad por insuficiencia normativa del mismo exige [...] que sea el legislador, dentro de la libertad de configuración de que goza, derivada de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática [...] quien determine, en este caso, a la mayor brevedad, el régimen de participación de facultativos y técnicos en el Consejo de Policía con respeto al derecho a la igualdad que ahora resulta vulnerado*”.

## 5. Inconstitucionalidad por omisión y Comunidades Autónomas (CC.AA.)

Por su parte, la materia de la inconstitucionalidad por omisión referida al *contexto autonómico* (ámbito en el que, *inter alia*, entra en juego el relevante principio de *lealtad constitucional*) ha generado inquietud en el T.C., trayendo consigo varios pronunciamientos. A continuación, mencionaremos algunos de ellos.

- La STC N° 96/1996, referida a la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito; y la N° 235/1999, de adaptación a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria.
- Otras sentencias basadas en la inexistencia de mecanismos de colaboración entre el Estado y las CC.AA.; por ejemplo, las N°s 29/1986, sobre planes de reconversión industrial; 102/1995, en torno a la gestión de los parques nacionales; y 40/1998, sobre la Ley de Puertos del Estado. En estos casos, como apunta GONZÁLEZ BEILFUSS, los problemas de la nulidad no consisten en la ausencia de un texto normativo sobre el cual recaer, sino en que semejante declaración sólo podría empeorar la situación desde un punto de vista constitucional, razón por la cual en los mencionados supuestos el T.C. optó por el dictado de sentencias interpretativas<sup>1172</sup>.
- Y otro grupo sentencial sustentado en la ausencia de reproducción de los requisitos básicos fijados por el Estado por parte de la legislación autonómica cuando ello resulte exigible por razones de seguridad jurídica. En tales decisiones el T.C. se

---

1172 GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus, op. cit., *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*, p. 43 y nota 87 a pie de página.

ha decantado por *declaraciones de mera inconstitucionalidad (sin nulidad)*. Nos referimos a las SS.TC. N<sup>os</sup> 154/1989, relativa a incompatibilidades de los miembros del Consejo de Administración de Radiotelevisión Canaria y 172/1996, sobre incompatibilidades del personal sanitario en relación con actividades docentes<sup>1173</sup>.

Precisamente en torno a la problemática de las CC.AA., AHUMADA RUIZ ha expresado que una de las preocupaciones centrales del T.C. en el particular se da cuando la *omisión del legislador* altera o afecta el ejercicio de competencias propias, garantizadas por la Constitución en el marco del funcionamiento del Estado de las autonomías<sup>1174</sup>.

## 6. Balance

A modo de balance de cierre, puede indicarse —con AHUMADA RUIZ— que las vías a través de las cuales han llegado al T.C. denuncias de comportamientos omisivos del legislador han sido, sobre todo, el *recurso de amparo* y la *cuestión de inconstitucionalidad*, aunque también han arribado casos por la vía de la *impugnación directa*<sup>1175</sup>.

Sugiere además la citada autora que últimamente a la cuestión del control de la inactividad del legislador se añade la pregunta acerca de las *eventuales vías de control del cumplimiento/seguimiento por aquel de las apelaciones del T.C. a legislar en observancia de una obligación constitucional*, incluidas en las sentencias, para lo cual —estima— no hay una respuesta unívoca, válida en todos los casos<sup>1176</sup>.

Aunque tal vez la conclusión más importante que pueda extraerse, desde el punto de vista material, radique en que el T.C. deja al descubierto que su inquietud esencial en este tema *no es la omisión en sí*, sino sus *consecuencias para la eficacia de los preceptos constitucionales*, en particular cuando de ella deriva un *menoscabo de la eficacia de los derechos fundamentales* al afectarse su ejercicio, su garantía o, en general, su disfrute en los términos contemplados por la Constitución<sup>1177</sup>; sin olvidar —claro está— la ardua cuestión de las omisiones del legislador en materia de los marcos de autonomía sobre la que ya previniéramos.

---

1173 Ídem, p. 43 y nota 88 a pie de página.

1174 AHUMADA RUIZ, María Ángeles, “La garantía de la Constitución frente a omisiones del legislador”, texto escrito presentado en una sesión académica celebrada en México en noviembre de 2012. Hemos accedido a dicho texto por la amabilidad de su autora, quien nos lo envió en soporte informático, formato PDF (sin indicación de lugar de publicación).

1175 Ídem.

1176 Ídem.

1177 Ídem.

Otro desafío se plantea en términos de dilucidar cuál es el “remedio” adecuado en cada caso para aplicar a una situación de inconstitucionalidad generada por la inactividad del legislador o por su normatización insuficiente. A estos efectos, como apuntáramos en otro sector del trabajo, el T.C. ha acudido a diversas modalidades decisionales: sentencias *interpretativas*; dentro de éstas, decisiones *aditivas* (“*clásicas* o *puras*”); *apelaciones al legislador*; y sentencias de *inconstitucionalidad sin nulidad*.

## V. Italia

### 1. Sumaria introducción

La Corte Constitucional (C.C.) comenzó a operar en 1956, esto es, ocho años después de la entrada en vigor de la Constitución italiana producida en 1948. Se convirtió, así, en una de las víctimas del “*congelamento costituzionale*” de la época<sup>1178</sup>.

En el período 1948-1956, la garantía jurisdiccional de la Constitución debía ser asegurada en los términos de la VII Disposición transitoria y final, por los jueces ordinarios. Estos, no obstante, al estar aún muy consustanciados con el tradicional respeto por el principio de legalidad, se mostraron renuentes a desplegar una *Judicial Review of Legislation*<sup>1179</sup>.

### 2. Sobre las sentencias manipulativas y, dentro de éstas, los pronunciamientos aditivos en la jurisprudencia de la C.C.

A) Un repaso retrospectivo indica que la C.C. ha actuado “llenando” los vacíos legales —a través del proceso de integración judicial—<sup>1180</sup>; y, bastante frecuentemente a partir de la década del 60, ha recurrido al dictado de “sentencias aditivas”<sup>1181</sup>, en el

---

1178 Cfr. 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)).

1179 Ídem.

1180 Es decir, expidiéndose sobre “il senso e le finalità del riempimento della lacuna” (cfr. MORTATI, Costantino, op. cit., “Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore”, p. 989).

Por nuestra parte, reiteramos que salvar una omisión inconstitucional no supone colmar una laguna del derecho. Omisión y laguna no son términos intercambiables.

1181 Por citar sólo un ejemplo de este tipo decisorio y siguiendo a PIZZORUSO, traemos a colación la (ya mencionada) Sentencia N° 190, de 16 de diciembre de 1970, en la que se resolvió que la

marco de lo que se denomina la “ilegitimidad constitucional de la previsión omitida de algo que debió haber sido previsto por la ley”<sup>1182</sup>.

En este sentido y sobre la base de lo informado por CASAVOLA, diremos que en el plano general del “*sindacato di legittimità costituzionale*” —una versión terminológica más elaborada que la de “*controllo di costituzionalità*”—, la aludida Corte ha recurrido en numerosas ocasiones al dictado de dichas sentencias (“aditivas”) que se expresan —ya desde el punto de vista terminológico— con una fórmula que indica que se “declara la inconstitucionalidad del art. ... en la parte en que no prevé (no contiene; no comprende; o excluye)”<sup>1183</sup> [los puntos suspensivos son del original].

Apunta PIZZORUSSO que la oposición que se produjo contra dicho tipo de sentencias fue muy dura e incluso llegó a traducirse, en ocasiones, en un rechazo por parte de los jueces ordinarios de aplicar la norma creada por la Corte; sin embargo, aclara el autor citado, el Parlamento y el Gobierno se preocuparon por traducir tales normas en textos legislativos, venciendo así las resistencias (incluso las doctrinarias)<sup>1184</sup>.

Puede decirse que dichas sentencias “aditivas” entrañan un instrumento para declarar la inconstitucionalidad de una ley, junto a las sentencias “derogatorias”, sólo que mientras que en éstas se elimina del ordenamiento jurídico una manifestación de voluntad *positiva* del legislador, con aquellas la mentada eliminación se posa sobre una manifestación de voluntad *negativa* de éste, produciendo —como efecto inmediato— una nueva norma positiva en el plexo jurídico.

B) Para visualizar más claramente el problema anunciado en el párrafo anterior, traemos a colación aquí un interesante estudio de ROMBOLI, quien ha precisado

---

exclusión en que incurría el art. 304 bis, ap. I, del Código de Procedimiento Penal (de cuyo texto se infería que el defensor del acusado no tenía derecho a asistir a los interrogatorios a que se sometía a su defendido) constituía una violación del art. 24.2 de la Constitución, que garantiza los derechos de la defensa, por lo que declaró la ilegalidad constitucional de la norma citada en primer término, en la medida en que “excluye el derecho del defensor del acusado a asistir a los interrogatorios”, y así ha establecido una norma que permite al defensor asistir a tal acto del proceso e impone a las autoridades que hagan lo necesario para que ello sea posible (PIZZORUSSO, Alessandro, “El Tribunal Constitucional italiano”, op. cit., *Tribunales Constitucionales europeos y derechos fundamentales*, p. 260).

1182 O sea, “l’illegittimità costituzionale della omessa previsione di qualcosa, che avrebbe dovuto essere prevista dalla legge” (CRISAFULLI, Vezio, *Lezioni di Diritto Costituzionale*, Vol. II, 5ª ed., CEDAM, Padova, 1984, p. 403).

1183 “La labor del Tribunal Constitucional italiano durante el año 1993 (texto presentado en rueda de prensa por el Presidente Casavola)”, en la sección ‘Crónicas y Documentación’ de *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, N° 7, Universidad de Valencia, trad. de Remedio Sánchez Férriz y Luis Jimena Quesada, Valencia, 1994, p. 149.

1184 PIZZORUSSO, Alessandro, “El Tribunal Constitucional italiano”, op. cit., *Tribunales Constitucionales europeos y derechos fundamentales*, pp. 260-261.

que la jurisprudencia constitucional italiana, con el objeto de escapar de la rígida alternativa entre las declaraciones de falta de fundamento o de inconstitucionalidad, ha elaborado ciertos tipos de decisiones no presentes primigeniamente en el instrumental a su disposición ni deducibles de la letra de la ley<sup>1185</sup>. Se refiere a las ya nombradas “decisiones manipulativas”, en las que el Tribunal procede a una modificación e integración de las disposiciones sometidas a su examen, de modo que éstas salen del proceso constitucional con un alcance normativo y un contenido diferentes del original<sup>1186</sup>.

Dichas “decisiones manipulativas” se distinguen, a su vez, en “decisiones aditivas” y “decisiones sustitutivas” —añadimos por nuestra parte a las “reductoras”—. Las “aditivas” —como adelantábamos— hacen referencia a aquel tipo de resoluciones con las que la Corte declara inconstitucional una determinada disposición, en tanto y en cuanto deja de decir algo (esto es, “en la parte en la que no prevé que...”); mientras que las “sustitutivas” se caracterizan, por el contrario, por el hecho de que con ellas la Corte declara la inconstitucionalidad de una ley en la parte donde prevé una determinada cosa en vez de prever otra.

Las sentencias “reductoras”, por su parte, entrañan una interpretación restrictiva del radio de aplicación del precepto legal objetado para compatibilizarlo con la Constitución y, como producto del proceso hermenéutico, la disposición deja de resultar aplicable en uno o más supuestos contenidos abstractamente en su texto.

Como modelo más reciente de decisión, por un lado, para superar la inactividad del Parlamento que a menudo ha desobedecido las admoniciones que le ha dirigido la Corte y, por el otro, no verse ésta obligada a resolver el proceso con una decisión de inadmisibilidad simple o manifiesta debido a la existencia de un espacio reservado a las opciones discrecionales del legislador, ROMBOLI apunta que el Tribunal ha creado las “sentencias aditivas de principio”. Éstas, si bien siguen la misma técnica de las “aditivas”, difieren de ellas en cuanto no introducen una regla inmediatamente actuante y aplicable sino que fijan un principio general que debe ejecutarse mediante una intervención del legislador, pero al que puede ya, dentro de ciertos límites, hacer referencia el juez en la decisión de casos concretos<sup>1187</sup>.

---

1185 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.

1186 Ídem.

1187 *Ibid.*, pp. 74-75.



Por tanto, el autor citado advierte en las “aditivas de principio”<sup>1188</sup> una suerte de “colaboración entre la Corte, el Parlamento y los jueces”, cada uno de los que debe actuar en el ámbito de sus respectivas competencias<sup>1189</sup>.

CERRI sostiene que las “aditivas de principio”, en sentido estricto, declaran la inconstitucionalidad de una norma en cuanto, al no prever alguna cosa, deja de observar un determinado principio constitucional; no obstante ello, dichas sentencias no precisan exhaustivamente cuáles son los necesarios elementos integrativos, pues tal precisión no es posible en tanto las “rimas” no son “obligadas”<sup>1190</sup>, con lo que utiliza comparativa y figurativamente la ya famosa categorización de CRISAFULLI en torno a los pronunciamientos aditivos “*a rime obbligate*” (de “rima obligada”)<sup>1191</sup>, es decir, en los que la solución aditiva es una extensión impuesta por la lógica del sistema normativo constitucional.

Dicho de otro modo, al existir sólo una solución constitucionalmente admisible no se afectaría la discrecionalidad del legislador, sencillamente porque en el caso, ésta no existe.

Por último, y retornando a ROMBOLI, éste puntualiza que un subtipo de las “sentencias aditivas de principio” son las “decisiones de inconstitucionalidad con delegación en el Parlamento”, ejemplificando su explicación con la Sentencia N° 243, de 19 de mayo de 1993, en la que la C.C. declaró la ilegitimidad constitucional de las disposiciones impugnadas, remitiendo a la motivación en lo que concierne a los principios y plazos de la misma<sup>1192</sup>. Concretamente, la Corte fija en forma específica

---

1188 Acerca de las “sentencias aditivas de principio”, ya “no autoaplicativas”, ya “con eficacia dispositiva”, ver CELOTTO, Alfonso, por ejemplo: “Le sentenze ‘additive di principio’ non autoapplicative: una tecnica decisoria ancora da perfezionare”, *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, N° 3, marzo de 1999, Roma, pp. 299-304 (en referencia a la Sentencia de la Corte Constitucional N° 417, de 23 de diciembre de 1998); “Una additiva di principio ad efficacia ‘dispositiva’”, *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, N° 6, junio de 1999, Roma, pp. 671-674 (en relación con la Sentencia de la Corte Constitucional N° 61, de 5 de marzo de 1999).

1189 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.

1190 CERRI, Augusto, *Corso di Giustizia Costituzionale*, 3ª ed., Giuffrè, Milano, 2001, pp. 246-247.

1191 CRISAFULLI, Vezio, op. cit., *Lezioni di Diritto Costituzionale*, pp. 407 y ss.

1192 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.

Añade este autor que la Corte “fija específicamente los principios a los que deberá atenerse el legislador al dictar la nueva regulación modificatoria, siguiendo un modelo que parece en cierto modo recordar el de la fijación al Gobierno de los ‘principios y criterios directores’ por parte de la ley de delegación, y establece también los plazos dentro de los cuales ésta debe ser aprobada por el Parlamento (‘con ocasión de la próxima ley de acompañamiento a los presupuestos o de cualquier modo en la primera ocasión útil para establecer y formular opciones globales de la política presupuestaria’), amenazando, si esto no sucede, con la adopción de «decisiones adecuadas para aquella situación»” (*Ibid.*, p. 76).

los principios a los que deberá atenerse el legislador al emanar la nueva regulación modificatoria y determina los plazos dentro de los cuales ésta debe ser aprobada por el Parlamento<sup>1193</sup>.

### 3. Otras variantes de sentencias aditivas

Como se anticipara, además de las sentencias aditivas puras o clásicas y las sentencias aditivas de principio, la C.C. ha elaborado otros especímenes decisorios, por ejemplo, las “*sentenze additive di prestazione*” y las “*sentenze additive di procedura*”<sup>1194</sup>.

#### A) *Sentenze additive di prestazione*

Respecto de las primeras, debe advertirse que las decisiones aditivas presentan ciertas particularidades no despreciables *cuando el fragmento normativo que la Corte añade tiene la forma de adición de una prestación a cargo de los poderes públicos*.

Las *sentenze additive di prestazione* no se caracterizan tanto por la parte dispositiva (ya que se trata de aditivas no muy diferentes de la modalidad pura o clásica de éstas), sino más bien por la motivación que las sostiene. En efecto, el hecho de que el tribunal introduzca en el tejido normativo una prestación “nueva” (o, más frecuentemente, una “nueva” categoría de beneficiarios de una determinada prestación) tiene consecuencias inevitables de carácter financiero.

Aun cuando a las decisiones de la C.C. no se les aplique estrictamente la llamada “cobertura financiera” establecida en el inc. 4º del art. 81 de la Constitución (*toda ley que implique nuevos o mayores gastos deberá especificar los recursos para hacerles frente*), como sí sucede con las fuentes de matriz política, la Corte —al introducir nuevos o mayores gastos— no puede considerar a la citada disposición constitucional *tamquam non esset*, sino que se impone buscar un equilibrio entre los derechos garantizados por las prestaciones añadidas y el respeto por el principio cardinal de la correcta gestión de las finanzas públicas.

Este balance ha tenido un efecto significativo, por ejemplo, cuando la disposición sometida a escrutinio constitucional infringía el *principio de igualdad*: la falta de consideración de la situación de las finanzas públicas habría conducido a una equiparación “hacia arriba”, en el sentido de ampliar el rango de beneficiarios,

---

1193 Ídem.

1194 En el desarrollo de estas dos subtipologías de sentencias aditivas (“*di prestazione*” y “*di procedura*”), hemos seguido lo consignado en el documento “L’omissione legislativa nella giurisprudenza costituzionale. Relazione italiana”, XIV Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeos, ya citado.

incluyendo a aquellos que, inconstitucionalmente, no habían sido contemplados; sin embargo, el equilibrio entre exigencias contrapuestas ha llevado a la Corte también a equiparaciones “hacia abajo”, a la luz de las cuales el respeto por el principio de igualdad ha sido restaurado limitando la gama de destinatarios de una prestación determinada, excluyendo así a aquellos sujetos que se encontraban en una condición asimilable a las de otros no tenidos en cuenta en la previsión legislativa.

En tren de graficar la situación con algunos casos jurisprudenciales, puede mencionarse la Sentencia N° 99 de 1995. En ésta se ha explicado que la técnica decisoria que brevemente examinamos tiene su matriz en la imposibilidad de hacer caso omiso a la existencia del límite de los recursos disponibles y que en el radio de maniobra financiera corresponde al Gobierno y al Parlamento introducir modificaciones a la legislación de gastos, cuando ello fuera necesario para mantener el equilibrio del presupuesto del Estado y alcanzar los objetivos de la planificación financiera. Por otra parte, es indiscutible que se aguarda del legislador que, en el ejercicio equilibrado de su discrecionalidad y teniendo en cuenta también las exigencias fundamentales de la política económica, pondere todos los factores jurídicamente relevantes.

De su lado y sin abandonar la premisa meramente enunciativa de esta reseña, vemos que en la Sentencia N° 476 de 2002 la C.C. detectó una *evidente omisión del legislador*. Ello así en relación con el inc. 3° del art. 1 de la Ley N° 210 de 25 de febrero de 1992, concretamente en la parte en que *no preveía una indemnización por el Estado a favor de los trabajadores de la salud* que, en ocasión y durante el servicio, hubiesen reportado daños permanentes a su integridad psicofísica resultantes de una infección contraída por el contacto con sangre y sus derivados provenientes de pacientes con hepatitis.

### **B) *Sentenze additive di procedura***

Una tipología relativamente reciente de sentencias aditivas elaborada por la C.C. es la de sentencias “aditivas de procedimiento”. Desde el plano estructural son asimilables a las aditivas “puras” y, en ocasiones, a las “de principio”. Lo que cambia es el *contenido de la adición*, que tiene principalmente en mira el proceso de formación de la ley objeto del juicio de constitucionalidad o, más frecuentemente, de otros actos regidos por la ley misma. Dicho de otro modo, la C.C. añade contenido normativo a disposiciones de tipo procesal, con el objeto de insertar etapas o momentos al íter de aprobación.

En general esta tipología decisoria es válida para cualquier proceso, aunque adquiere particular importancia en las relaciones entre el Estado y las regiones, ya que las *intervenciones* realizadas por la C.C. en el pasado reciente han permitido una

intensa aplicación del *principio de cooperación leal* entre los entes territoriales, lo que sugiere un alejamiento del regionalismo “dual” (originalmente propio de la experiencia italiana) a favor de una mayor coordinación entre competencias e intervenciones de los actores institucionales de los diferentes niveles de gobierno.

Algunos ejemplos de esta modalidad decisoria, que ha adquirido particular relevancia a partir de la nueva distribución de competencias legislativas y administrativas entre el Estado y las autonomías territoriales implementada por la Ley Constitucional N° 3, de 18 de octubre de 2001, pueden a modo de ejemplo encontrarse en las siguientes sentencias:

- N° 219 de 2005, que declaró la inconstitucionalidad de los incs. 76 y 82 del art. 3 de la Ley N° 350 de 24 de diciembre de 2003, *en la parte en que* al autorizar al Ministro de Trabajo a extender para el año 2004 los acuerdos con los municipios para la realización de trabajos de utilidad social y al autorizarle establecer en 2004 nuevos convenios directamente con los municipios, *no previó medio adecuado alguno para garantizar una cooperación leal entre el Estado y las regiones*.
- N° 231 de 2005, al examinar el art. 4, incs. 112 a 115, de la Ley N° 350 de 2003, declaró la inconstitucionalidad *de la exclusión de toda participación de las regiones* en la gestión del fondo especial para incentivar la participación de los trabajadores en las empresas (entre otras finalidades), violándose el *principio de cooperación leal*.
- N°s. 133 de 2006 (en relación con la Ley N° 311 de 30 de diciembre de 2004), 213 de 2006 (respecto del art. 4, incs. 29 y 30, de la Ley N° 350 de 2003) y 165 de 2007 (en la que se examinaron las disposiciones de la Ley N° 266 de 2005). En todas ellas, el denominador común fue el resguardo del *principio de cooperación leal* “*Stato-Regioni*”.

#### 4. Algunos pronunciamientos relativamente recientes

Para complementar este señalamiento general sobre el escenario italiano, aludiremos a algunos interesantes pronunciamientos de la C.C., emitidos en fechas relativamente recientes: las Sentencias de 2007 N°s. 77 (*aditiva de principio*) y 78 (*interpretativa estimatoria*); la N° 113 de 2011 (*cercana a una aditiva para conjurar una inconvencionalidad por omisión*) y la N° 23 de 2013 (que dirige *moniti taciti* al legislador en el marco de un exagerado *self-restraint*)<sup>1195</sup>.

---

1195 Estas sentencias, como las mencionadas anteriormente, pueden ubicarse en [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

### A) *La Sentencia N° 77 de 2007*

Dictada el 5 marzo de 2007 (y registrada el 12 de marzo de ese año), puede clasificarse como una *sentencia aditiva de principio*.

Concretamente, la C.C. resolvió que el art. 30 de la Ley de 6 de diciembre de 1971, N° 1.034 (establecimiento de tribunales regionales administrativos) es *constitucionalmente ilegítimo, en la medida en que no prevé* que los efectos de fondo y de forma producidos por la solicitud presentada ante el juez carente de jurisdicción se conserven —como resultado de la declinatoria de jurisdicción— en el proceso seguido ante el juez competente.

Es interesante el pronunciamiento pues finalmente se ha afirmado la regla de la *translatio iudicii* (reintegración del juicio) entre juez ordinario y jueces especiales. Ello por medio de una nueva intervención meritoria de la Corte de Casación (tribunal supremo italiano) y la Corte Constitucional “*frente a una —enésima— inercia del legislador*”. Aquella a través de la sentencia del pleno N° 4.109 de 22 de febrero de 2007 y esta última mediante el decisorio que aquí examinamos (5 de marzo del mismo año), han intervenido con pocos días de diferencia en una temática de máxima relevancia para la efectividad de la tutela contra la Administración Pública<sup>1196</sup>.

Cabe recordar que, según apunta SANDULLI, el sistema dualista de la justicia administrativa italiana (originado por la Ley N° 2.284 de 20 de marzo de 1865, y por supuesto, luego complementado) ha creado y continúa generando delicadísimos problemas de inseguridad en orden a la individualización del juez (ordinario, administrativo, especial) competente para conocer de las controversias en las que sea parte una administración pública<sup>1197</sup>.

Convergentemente, MANGIA ha puntualizado que en el fallo en cuestión la C.C. ha impreso al sistema de justicia administrativa una transformación de importancia fundamental que, aunque preanunciada por el pensamiento científico más reciente y en gran medida preparada por la jurisprudencia de la Corte de Casación, no era del todo evidente. En esencia, la Corte Constitucional ha afirmado definitivamente el *principio de conservación* de los efectos de la petición interpuesta ante el juez carente de jurisdicción como un principio general que deriva directamente de los arts. 24 y 111 de la Constitución, lo que confiere un nuevo marco al sistema de relaciones entre el juez ordinario y el juez administrativo<sup>1198</sup>.

---

1196 Cfr. SANDULLI, María Alessandra, “I recenti interventi della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione sulla *translatio iudicii*”, en *federalismi.it, Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)).

1197 Ídem.

1198 MANGIA, Alessandro, “Il lento incedere dell’unità della giurisdizione”, *Giurisprudenza costituzionale*, N° 2-2007 ([www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)).

El autor citado en último término agrega que si bien no hay duda de que la separación de jurisdicciones continúa siendo el carácter distintivo del sistema italiano de justicia administrativa, frente a la sentencia que se analiza, la impresión es que la C.C. ya no está dispuesta a tolerar la presencia en el ordenamiento jurídico de mecanismos procesales que, en homenaje al principio de separación, terminen traduciéndose en una limitación de la tutela concedida a las posiciones subjetivas reconocidas y protegidas en los arts. 24 y 113 de la Constitución<sup>1199</sup>.

En suma, ante la *ausencia de medidas legislativas* se puede apreciar que para responder a una exigencia de protección uniforme de las situaciones subjetivas sustanciales, el sistema va sedimentándose en líneas paralelas aunque no idénticas a las que poseería si el principio de unidad jurisdiccional fuese positivamente afirmado, lo que parece ser una de esas “formas inesperadas”, y hasta hace unos años insospechadas, a través de las cuales el ordenamiento jurídico mantiene su coherencia, evolucionando hacia nuevos procederes<sup>1200</sup>.

Es preciso resaltar que en la parte final de la resolución, la C.C. *invita expresamente al legislador* a seleccionar la mejor manera de llenar la “laguna” que se abre en el ordenamiento, dejando a su discrecionalidad no sólo la opción de mantener los efectos ya producidos en un juicio, sino también la de regular la reasunción del juez administrativo o civil, y sobre todo la de mantener vivo el principio de que cada tribunal es juez de su propia jurisdicción o adoptar el principio opuesto seguido por el Código de Procedimiento Civil (art. 44) para la competencia<sup>1201</sup>.

### **B) Sentencia N° 78 de 2007**

Dictada el 5 marzo de 2007 y registrada el 16 de marzo de ese año, de ella podría decirse que es una *sentencia interpretativa estimatoria*.

La C.C. aporta su propia interpretación al complejo tópico de las leyes de inmigración con respecto a la utilización, por parte de extranjeros sin permiso de residencia, de las medidas alternativas a la detención.

---

1199 Ídem.

1200 Ídem.

1201 En efecto, en el F.J. 8°, la C.C. dice textualmente: “Nel rispetto di tali limiti costituzionali, *il legislatore ordinario* —ferma l'esigenza di disporre che ogni giudice, nel declinare la propria giurisdizione, deve indicare quello che, a suo avviso, ne è munito— è libero di disciplinare nel modo ritenuto più opportuno il meccanismo della riassunzione (forma dell'atto, termine di decadenza, modalità di notifica e/o di deposito, eventuale integrazione del contributo unificato, ecc.) *sulla base di una scelta di fondo a lui* soltanto demandata: stabilire, cioè, se mantenere in vita il principio per cui ogni giudice è giudice della propria giurisdizione ovvero adottare l'opposto principio seguito dal codice di procedura civile (art. 44) per la competenza”.

El Tribunal dijo no encontrar espacio en el ordenamiento constitucional italiano para una incompatibilidad constitucional conceptual entre las medidas alternativas y la residencia ilegal, ya que en sí misma la falta de una licencia que permita al extranjero quedarse no era sintomática ni de una peligrosidad social particular, que sería, por lo tanto, incompatible con la búsqueda de un camino de rehabilitación a través de alguna medida alternativa; ni de la segura ausencia de un vínculo con el territorio, que garantice la aplicación efectiva de la medida en sí.

Dio forma a una *sentencia interpretativa estimatoria*, declarando la ilegitimidad constitucional de los arts. 47, 48 y 50 de la Ley N° 354, de 26 de julio de 1975 (Reglamento sobre el sistema penitenciario y sobre la ejecución de medidas privativas y limitativas de la libertad), *si se interpretan en el sentido de que el extranjero no comunitario, ingresado ilegalmente al territorio del Estado o sin permiso de residencia, sea en cualquier caso privado del acceso a las medidas alternativas previstas en aquellos*.

En torno a los efectos de las sentencias interpretativas estimatorias, afirma PEROTTI que a diferencia de las de rechazo, son generalmente considerados como vinculantes *erga omnes*. Así, desde la publicación de esta decisión, la disposición no puede aplicarse más en el sentido declarado inconstitucional por la Corte (art. 136 de la Constitución y arts. 27 y ss. de la Ley N° 87 de 1953)<sup>1202</sup>.

El autor citado en el párrafo anterior añade que el efecto práctico del pronunciamiento que referenciamos es, entonces, que el extranjero no comunitario sin autorización de residencia tiene legitimación para petitionar la aplicación de una medida alternativa, bajo las mismas condiciones que un ciudadano italiano. En otras palabras, la condición de residente extranjero irregular no puede excluir, por vía de principio, acceder a tales medidas alternativas a la detención.

### C) *Sentencia N° 113 de 2011*

Muy brevemente presentado, el fallo en cuestión fue dictado el 4 de abril de 2011 (depositado el 7 de abril y publicado el 13 de abril del mismo año).

En apretada síntesis, declaró la inconstitucionalidad del art. 630 del Código de Procedimiento Penal, *en la parte en que no contempla* un caso diferente para la revisión de la sentencia o del decreto penal de condena con el fin de lograr la reapertura del proceso, cuando ello sea necesario, de conformidad con el art. 46, parágr. 1,

---

1202 PEROTTI, Roberto, "Commento alla sentenza n. 78 del 2007 della Corte costituzionale", *L'altro diritto*, Centro di documentazione su carcere, devianza e marginalità ([www.altrodiritto.unifi.it/sportell/078s2007.htm](http://www.altrodiritto.unifi.it/sportell/078s2007.htm)).

de la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, en aras de dar cumplimiento a una sentencia definitiva del TEDH.

Por tal razón es que antes aludíamos al presente como un caso de emisión de un pronunciamiento aditivo para corregir una *omisión inconvencional*.

#### **D) Sentencia N° 23 de 2013**

El pronunciamiento fue emitido el 11 de febrero de 2013 y depositado y publicado, respectivamente, el 14 y el 20 del mismo mes.

En el tramo considerativo de la sentencia, la C.C. argumentó en el sentido de que resultaba fundada la censura por inconstitucionalidad del art. 159, párrafo 1°, del Código Penal, insinuada por el juez *a quo*, en la parte en que prevé la suspensión del curso de la prescripción incluso ante la presencia de las condiciones establecidas en los arts. 71 y 72 del Código de Procedimiento Penal, donde se compruebe la irreversibilidad de la incapacidad del imputado de participar conscientemente en el proceso. Ello, en contraste con los arts. 3, 24, párrafo 2°, y 111, párrafo 2°, de la Constitución.

No obstante, optó por no declararlo inconstitucional para no invadir, con una sentencia manipulativa que fuera más allá de la llamada *rime obbligate*, el ámbito de discrecionalidad política reservada al legislador ordinario.

PINARDI ha criticado la técnica decisoria empleada por la C.C. ya que, de un lado, aquella no favorece un “diálogo” más productivo con el legislador y, de otro, porque la modalidad argumentativa utilizada se expone a algunas observaciones en torno a su dudosa compatibilidad con el papel que la Constitución adjudica al órgano de justicia constitucional<sup>1203</sup>.

## **5. Breve epílogo**

Cerramos el bloque de análisis del sistema italiano efectuando una referencia a una interesante (y en cierta medida, innovadora) aproximación formulada por PANZERA, quien ha sostenido que las técnicas decisorias de los Tribunales Constitucionales han sido desde siempre un campo fértil de investigación para el estudio de la justicia constitucional, sobre todo cuando su evolución es el resultado de una práctica muy “creativa” de aquellos órganos, como ha sucedido también en Italia. La evolución en cuestión se describe generalmente a partir de dos núcleos temáticos, que corresponden a las principales operaciones de las que se sirve el juez de la ley en su rol de “guardián”

---

1203 PINARDI, Roberto, “*Linammissibilità di una questione fondata tra moniti al legislatore e mancata tutela del principio di costituzionalità*”, *Giurisprudenza Costituzionale*, vol. 1, 2013, pp. 377-383.



de la Constitución. Por un lado, la *reinterpretación* de la disposición legal impugnada (con el objeto de darle un “sentido” constitucional); por el otro, su *manipulación* (eliminando, añadiendo y sustituyendo fragmentos normativos en exceso o en defecto: reglas y, en su caso, principios)<sup>1204</sup>.

El autor citado añade que tales instrumentos, que han llegado al punto de modular hasta los efectos temporales de la declaración de inconstitucionalidad, operan transversalmente respecto al tipo de pronunciamiento, sea de admisión o de rechazo, de mérito o procesal. A semejantes operaciones, de por sí sofisticadas, es hoy necesario agregar un paso más, que consiste en el peculiar fenómeno (una verdadera y propia “metatécnica”) de la *combinación* de técnicas en una única decisión (las llamadas “sentencias mixtas”). Esta última frontera de la jurisprudencia constitucional italiana, conjuntamente con otros desarrollos recientes (como la “fungibilidad” entre algunas técnicas decisorias y la aparición del denominado “canon de la flexibilidad”), lleva a repensar las tradicionales clasificaciones en la materia, también a la luz de la evolución del derecho de los ordenamientos contemporáneos, como derecho siempre menos *previsible* pero siempre más *razonable*<sup>1205</sup>.

## VI. Otros casos en el marco europeo

Como anunciábamos en la parte introductoria de este capítulo, para culminar este tramo del trabajo dedicaremos brevísimas líneas a otros casos que muestra el escenario europeo que, con variantes y diferentes alcances, exhiben alguna apertura a sancionar las *omisiones legislativas* que deprecian la constantemente invocada *supremacía constitucional*.

### 1. Francia

#### A) *Proemio*

Como se sabe, Francia adoptó un sistema *concentrado* de justicia constitucional, monopolizado por el Consejo Constitucional (C.C.) en la tarea de examinar la constitucionalidad de la ley.

---

1204 PANZERA, Claudio, *Interpretare, manipolare, combinare. Una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale*, Università degli Studi Mediterranea di Reggio Calabria, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2013, pp. 39-46 y 289-297.

1205 Ídem.

Este órgano fue primigeniamente pensado (en 1958) como el defensor del Poder Ejecutivo contra el Parlamento. Sin embargo, fue paulatinamente mutando<sup>1206</sup> su fisonomía y radio de acción hasta cobrar una cierta importancia en su función de *garante de los derechos y libertades fundamentales*, pese a que no era precisamente éste el papel que sus mentores originarios se habían propuesto acordarle, en función del consabido recelo al “gobierno de los jueces” al que hiciéramos referencia en otro sector de este trabajo (título octavo).

### **B) Caracterización básica del sistema de control de constitucionalidad**

Por lo demás, es casi una obviedad recordar que el paradigma tradicional de control de constitucionalidad en Francia ha sido el *control previo* de la ley (antes de su promulgación), que procede de manera exclusiva a petición de las autoridades políticas. Si la ley es declarada contraria a la Constitución, no puede ser promulgada.

A su tiempo y como adelantábamos, se modificó la Constitución de la V República Francesa de 1958, mediante la Ley Constitucional N° 2008-724, de 23 de julio de 2008, que ha incorporado el procedimiento de la *cuestión previa o prioritaria de constitucionalidad* (QPC) respecto de leyes que afecten a derechos y libertades. La QPC ha sido reglamentada por la Ley Orgánica N° 2009-1523, de 10 de diciembre de 2009, y rige desde el 1 de marzo de 2010, sin olvidar que en el década de los noventa del siglo pasado hubo algunas iniciativas en tal sentido, que en aquel entonces naufragaron.

Elo ha supuesto infundir al sistema una *modalidad de control de constitucionalidad sucesiva o posterior* (artículo 61.1 constitucional).

Acerca de la reforma en examen, se ha sostenido: “Los jueces ordinarios pueden ahora promover cuestiones de inconstitucionalidad, si la ley aplicable al caso es contestada con el argumento de que viola alguno de los derechos y libertades constitucionalmente garantizados (esas cuestiones deben pasar el filtro del Tribunal de Casación o del Consejo de Estado, según la jurisdicción de que se trate). El control abstracto se combina, pues, con el control concreto. Es probable que, en el futuro, un gran porcentaje de leyes sean enjuiciadas por el Consejo Constitucional francés en el marco de las cuestiones elevadas por los jueces ordinarios, como ha sucedido en otros países europeos”<sup>1207</sup>.

1206 Para compulsar una explicación acerca de *los tres momentos clave que revolucionaron la función del C.C.*, véase PINON, Stéphane, “El sistema constitucional de Francia”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Año 7, N° 14, julio-diciembre de 2010, “La interacción constitucional entre la Unión Europea y los Estados Miembros (I)”, Universidad de Granada, Instituto Andaluz de Administración Pública, trad. del francés de Enrique Guillén López, Granada, pp. 50 y ss.

1207 FERRERES COMELLA, Víctor, “El surgimiento de los tribunales constitucionales”, en su libro *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*, Marcial Pons, Barcelona, 2011, p. 35.

Al realizar un balance sobre dicha innovación constitucional en el punto examinado, CARRILLO precisa que “el rígido filtro que podían ejercer los dos únicos órganos jurisdiccionales (*Conseil d'État* y *Cour de Cassation*) para plantearla no se ha producido, ni tampoco una sobrecarga de contenciosos presentados en serie”. Advierte además que “el éxito de la reforma constitucional que ha introducido la QPC, depende de los criterios de aplicación que establezcan los dos únicos órganos jurisdiccionales legitimados para plantearla ante el Consejo Constitucional. Porque si en el futuro se mostrasen muy restrictivos y puesto que su decisión sobre la admisión no es recurrible, el filtro ejercido por el Consejo y la Corte, podría conducir a un control difuso de constitucionalidad por parte de ambas jurisdicciones supremas en Francia”<sup>1208</sup>.

Finalmente, puntualiza que “[c]on la incorporación de la QPC al proceso constitucional francés, el Consejo Constitucional, que hasta la reforma de 2008 ocupaba una posición secundaria en las instituciones de la V República, ha ganado en legitimidad ya que ahora es la verdadera jurisdicción de los derechos y libertades en demérito de la jurisdicción administrativa, el Consejo de Estado, y de la jurisdicción civil y penal, la Corte de Casación”<sup>1209</sup>.

### C) La QPC y el control de constitucionalidad posterior

En la línea indicada y al menos desde el plano normativo, el advenimiento de la QPC (y el control de constitucionalidad *posterior* que motoriza) implica un acrecentamiento de las posibilidades de protección de los derechos fundamentales<sup>1210</sup>, ya que además de que ésta continúe enraizada en los instrumentos internacionales, a esos efectos se puede hoy también alegar directamente la propia Constitución.

---

1208 Cfr. CARRILLO, Marc, “Cuestión prejudicial y recurso de amparo en Europa: últimas reformas”, exposición brindada en la Conferencia Internacional de Derecho Constitucional “El Estado Constitucional de Derecho”, organizada por el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Capítulo El Salvador) y la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, San Salvador, 5 a 7 de diciembre de 2011.

Hemos accedido al texto escrito del trabajo gracias a la gentileza de su autor, quien nos lo envió en soporte informático (formato Word).

1209 Ídem.

1210 Por citar sólo un caso al simple efecto ilustrativo, se observa que al tratar una QPC y pronunciarse acerca de una petición de inconstitucionalidad de dos preceptos del Código Civil que excluyen el matrimonio entre personas del mismo sexo, el Consejo Constitucional resolvió que según la Constitución (art. 34), correspondía al legislador reglar el estado y la capacidad de las personas, los regímenes matrimoniales y, en general, los asuntos de familia. Añadió que la estipulación del matrimonio sólo entre un hombre y una mujer no afectaba el desarrollo de la vida personal y familiar, pues existían en Francia otras figuras legales que permitían y regulaban la convivencia entre personas de un mismo sexo, como la ley que estableció el “Pacto de Solidaridad”. Señaló además que, por mandato constitucional, era competencia del Parlamento elegir el sistema más adecuado para la plena realización de las personas que tenían preferencias sexuales por sujetos de su mismo sexo (C. 9, 2010-92 QPC, de 28 de enero de 2011).

Una vez sometido el conflicto normativo a la decisión del C.C., éste debe pronunciarse sobre la QPC dentro de un plazo de tres (3) meses. Si concluye que la norma es contraria a la Constitución, la resolución posee efectos *erga omnes*. En tal supuesto, la disposición en cuestión es expulsada inmediatamente del ordenamiento jurídico, sin perjuicio de lo cual —y para evitar las consecuencias nocivas que el vacío normativo pudiera engendrar— el C.C. puede modular temporalmente los efectos de su pronunciamiento, por ejemplo, emitiendo previsiones transitorias para permitir que el legislador dicte una reforma para remediar la inconstitucionalidad.

#### **D) *Alguna proximidad con las omisiones inconstitucionales del legislador***

Como advierte ROUSSEAU, el C.C. ha declarado contrarias a la Constitución ciertas disposiciones de determinadas leyes que habiendo anulado las de una ley anterior, *no aporten garantías equivalentes para el ejercicio de los derechos constitucionales*<sup>1211</sup>.

Asimismo, aquel órgano puede determinar que una ley es contraria a la Constitución si el legislador “*ha actuado por debajo de su competencia*, sin haber aportado a la ley suficientes precisiones”<sup>1212</sup>.

Justamente en su clásico rol de “ordenador de los poderes públicos”, el C.C. sanciona las *omisiones del legislador*, que consisten en no aclarar suficientemente las condiciones de ejercicio de un derecho, o en la remisión a la potestad reglamentaria para que sea ésta la que fije la norma en su lugar<sup>1213</sup>.

En particular, se exige del legislador que adopte “disposiciones suficientemente precisas y fórmulas no ambiguas”, con el fin de “proteger a los sujetos de derecho contra una interpretación contraria a la Constitución o contra el riesgo de arbitrariedad, sin remitir a las autoridades administrativas o jurisdiccionales el cometido de establecer normas cuya determinación sólo se confió por la Constitución a la ley” (DC, 15 de noviembre de 2007, “Ley relativa al control de la inmigración, a la integración y al asilo”)<sup>1214</sup>.

## **2. Polonia**

### **A) *Introito***

La actual Constitución de la República de Polonia fue sancionada el 2 de abril de 1997 por la Asamblea Nacional, aprobada en el referéndum constitucional de 25 de mayo de ese año y en vigor desde el 17 de octubre del mismo.

1211 ROUSSEAU, Dominique, op. cit., *La justicia constitucional en Europa*, p. 66.

1212 Ídem.

1213 PINON, Stéphane, op. cit., “El sistema constitucional de Francia”, p. 26.

1214 Ídem.

Entre otros enunciados constitucionales de importancia, el art. 8 es significativo en tanto consagra la *supremacía y la aplicación directa de la Constitución*, como parte de los principios fundamentales sobre los que se erige el ordenamiento jurídico polaco.

### **B) Acerca del modelo de control constitucional**

En relación con las vías y modalidades de ejercicio del control de constitucionalidad, se aprecia que<sup>1215</sup>:

- La inspección de constitucionalidad puede ser, según corresponda, *preventiva o posterior*.
- La primera de tales modalidades se consagra, v. gr., en el art. 122, ap. 3°, pudiendo ser activada por el Presidente de la República para constatar la compatibilidad de las leyes con la Constitución.
- El control *sucesivo o posterior* puede ser *abstracto* en relación con un acto normativo cualquiera, de acuerdo con los arts. 188 y 191, ap. 2°; a su tiempo, el art. 193 contempla la posibilidad de que cualquier órgano de justicia se dirija, *incidentalmente*, al Tribunal Constitucional, por medio de un juicio de conformidad constitucional directo, para determinar *in abstracto* la compatibilidad de una disposición (necesaria para dirimir el proceso) con la Constitución; y el art. 79 prefigura la facultad de todo ciudadano afectado por un acto del Poder Público violatorio de sus derechos fundamentales, de plantear ante el Tribunal Constitucional la *cuestión concreta*.
- El art. 190, ap. 1°, determina que las resoluciones del Tribunal Constitucional tienen fuerza generalmente *obligatoria*<sup>1216</sup>; mientras que el ap. 3° de idéntico precepto acuerda al Tribunal la atribución *modulatoria* de los efectos de sus sentencias, permitiéndole *diferir en el tiempo la eficacia de los mismos*.

En cuanto al tema que particularmente nos interesa resaltar aquí, se observa que el Tribunal Constitucional *puede declarar de oficio o a solicitud de los*

---

1215 Ver para ampliar, VECCHIO, Fausto, op. cit., “Los ordenamientos constitucionales de Hungría, Polonia y Eslovenia”, pp. 194-196.

1216 Para captar la relevancia de la disposición en cuestión debe repararse en que ella plasma una toma de distancia del sistema respecto de la experiencia del régimen comunista, en cuyo marco las sentencias de inconformidad de las leyes con la Constitución *eran sometidas al control de la Dieta* (ver POLICASTRO, Pasquale [coord.], “Costituzione della Repubblica Polacca del 2 aprile 1997”, en *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, N°s. 121-122, Trimestres 3 y 4, Anno 1998, p. 199; aludido por VECCHIO, Fausto, op. cit., “Los ordenamientos constitucionales de Hungría, Polonia y Eslovenia”, p. 194, nota 60 a pie de página).

*ciudadanos, instrumentada a través de quejas o reclamaciones, que la falta de ley en determinados ámbitos vulnera o dificulta la realización de los derechos consagrados constitucionalmente*<sup>1217</sup>.

---

1217 ROUSSEAU, Dominique, op. cit., *La justicia constitucional en Europa*, p. 66.