

## **TÍTULO CUARTO**

# **INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN (II): TIPOLOGÍAS DE OMISIONES INCONSTITUCIONALES Y OTROS RASGOS SALIENTES DE LA FIGURA**

**CAPÍTULO**

**I**

**APORTES TAXONÓMICOS  
Y CIERTAS PAUTAS PARA  
DETECTAR LAS PRETERICIONES  
INCONSTITUCIONALES**

## I. El recorrido propuesto

Como puede intuirse del título del capítulo que iniciamos, en este segmento de la investigación nos dedicaremos, en primer lugar y con algún grado de detalle, a las *variantes tipológicas de omisiones inconstitucionales* y a ciertas cuestiones conexas.

En tal recorrido nos detendremos, principalmente, en diversos aspectos de las *omisiones absolutas o totales y relativas o parciales* y en un instrumento particular para corregir esta última modalidad de pretericiones: las sentencias “aditivas puras o clásicas”.

Luego discurriremos sobre ciertos puntos conflictivos, por ejemplo, el de si las omisiones inconstitucionales son *lagunas del derecho*, como algunos autores sostienen.

Pasaremos, así, a tratar brevemente determinados *criterios o pautas para detectar las omisiones inconstitucionales*, ya que no cualquier omisión, no hacer, no actuar o silencio, son susceptibles de ser catalogados como pretericiones inconstitucionales pasibles de ser subsanadas jurisdiccionalmente.

Cerraremos el capítulo dedicando algunas líneas a un tema que, salvo por ejemplo, en Alemania, Austria y en menor medida Portugal y Hungría, en general no ha sido exhaustivamente explorado: el de la reparación de los casos de *prognosis errónea del legislador* y la temática de su *deber de adecuación legislativa*.

## II. Modalidades tipológicas de omisiones inconstitucionales

### 1. Una sumaria aclaración metodológica

Conviene formular aquí y ahora una breve advertencia metodológica preliminar. Es que, sin perjuicio de que el foco central de nuestro análisis partirá de algunas enseñanzas básicas de la escisión tipológica que ensaya WESSEL (exjuez del Tribunal Constitucional Federal alemán), diferenciando entre *omisiones absolutas y omisiones relativas*<sup>153</sup>, estimamos importante presentar previamente, aunque sólo de modo

---

153 WESSEL, FRANZ, “Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsbeschwerde”, *Deutsches Verwaltungsblatt*, cuad. 6, 1952, p. 164.

La distinción wesseliana fue exhaustivamente estudiada por MORTATI, Costantino, “Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore”, *Problemi di Diritto*

esquemático, un panorama de las diversas modalidades fisonómicas que pueden exhibir las omisiones contrarias a la Constitución.

El camino por recorrer será, entonces, el siguiente: en primer término, nos acercaremos a distintas categorías taxonómicas que, acerca de las omisiones, ensaya FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, además de repasar algunos apuntamientos teóricos que en torno a la cuestión ha plasmado en fallos recientes el Tribunal Constitucional del Perú; en segundo lugar, abordaremos diversas aristas que ofrece la clásica división *wesseliana* de omisiones absolutas y relativas; y, en tercer orden, nos aproximaremos a *las implicancias del deber de corrección de normas en los supuestos de prognosis desacertada del legislador o incumplimiento de su deber de adaptación de las leyes desactualizadas o desfasadas*.

## 2. Diversas categorías taxonómicas y el interés práctico en determinarlas

A) Para comenzar el plan propuesto, seguiremos primeramente el planteamiento que al respecto formula FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ<sup>154</sup>, quien anticipa que la cuestión no es baladí ni de interés simplemente teórico o dogmático sino que posee una gran trascendencia en el nivel práctico ya que, por citar algún ejemplo, la difícil fiscalización del instituto es mucho más factible con relación a algunas clases que a otras<sup>155</sup>.

Así, aquel se preocupa inicialmente de la *omisión formal* y la *omisión material*: la primera supone que el legislador ha adoptado una posición total o parcialmente inactiva acerca de un encargo que ha recibido, el cual por definición precisa regulación de desarrollo; en la segunda, por su parte, la inactividad vulnera el principio de igualdad al olvidar a quien debería ser equiparado a los grupos efectivamente regulados en la normativa existente. Como es natural, media una vinculación entre la categoría de omisiones a la que nos referimos y la de omisión absoluta y omisión relativa que estudiaremos *infra*, pues las omisiones absolutas son siempre, en la construcción teórica, de índole formal; mientras que en las parciales no sucede lo mismo, por lo que es necesario discriminar entre las que suponen una agresión al principio de igualdad, que son omisiones de carácter material, y las que desarrollan de modo incompleto un precepto constitucional, que son omisiones de naturaleza formal.

---

*Pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana. Raccolta di scritti*, Vol. III, Giuffrè, Milano, 1972, pp. 926 y ss.

154 Las referencias que haremos en este punto de nuestro texto se tomarán de algunas de las puntualizaciones de FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, op. cit., *La inconstitucionalidad por omisión*, pp. 113-121.

155 *Ibid.*, p. 113.

Seguidamente, hace alusión a la *omisión que afecta a derechos fundamentales* y la *omisión que no les afecta* (tema del que nos ocuparemos *infra*), indicando que la trascendencia de la primera de ellas es necesariamente mayor por el peso específico que tales derechos tienen en el concepto de Constitución impuesto hoy en la doctrina, esto es, Constitución que posee un contenido axiológico determinado, además de que los derechos fundamentales en la actualidad ostentan un papel determinante pues se muestran como base funcional de la democracia.

Añade el autor citado que, pese a que el articulado constitucional que recoge los derechos fundamentales sea inmediatamente exigible, puede producirse omisión inconstitucional por no llevar a cabo las medidas necesarias complementarias (legislación de desarrollo en el nivel sustantivo y, sobre todo, en el adjetivo) para su efectividad plena. Asimismo, señala que la distinción de las omisiones a la que nos referimos se basa en la discriminación o diferenciación dentro de las previsiones constitucionales, todas ellas normas jurídicas pero de distinto talante y peso político-jurídico.

Por último, y bajo el epígrafe de “influencias extrajurídicas”, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ diferencia entre *omisión ‘evitable’* y *omisión ‘inevitable’*: en la primera, la eficacia de la norma legal queda en entredicho por carecer de dotaciones presupuestarias y otras actuaciones paralelas que podían haberse llevado a cabo en el contexto socioeconómico donde se produce; en la segunda categoría, se indican situaciones en las que los factores extrajurídicos sobre los que descansa la efectividad del derecho sumen al legislador en la tesitura de no poder desarrollar los preceptos constitucionales, por ejemplo, ciertos derechos sociales que entrarían en este supuesto dadas las exigencias monetarias y organizativas que pueden suponer, quizás excesivas e inviables en épocas cuando el ciclo económico no discorra por una de sus zonas altas.

**B)** Como anunciábamos, en algunos desarrollos recientes el Tribunal Constitucional peruano ha buceado en ciertos pliegues taxonómicos de las pretericiones anticonstitucionales, no sin servirse referencialmente de aportes doctrinarios. Dos fallos, que profundizaremos más adelante, marcan el pulso de su tendencia en ese sentido. Ellos son: el recaído en Expediente 006-2008-PI/TC (conocido como el “Caso de la hoja de coca”), de 11 de junio de 2008 y el pronunciado en Expediente 05427-2009-PC/TC, causa “Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva —AIDSESP—”, de 30 de junio de 2010.

La primera de las decisiones es la que mayor materia prima aporta al tópico en examen. En ella el Tribunal discierne entre *omisiones absolutas u omisiones del legislador* y *omisiones relativas u omisiones de la ley*. Las primeras se refieren a los *silencios totales del legislador* sobre determinadas materias cuyos tratamiento legislativo o regulación

vienen exigidos desde la Constitución y cuya exigencia por el órgano jurisdiccional puede devenir necesaria para la eficacia de la Norma fundamental; mientras que las segundas se relacionan con *el silencio de la ley* en extremo que no haya sido normado causando perjuicio a la tutela de los derechos, y cuyo parámetro de control es por excelencia el principio constitucional de igualdad.

Asimismo diferencia entre *omisiones constitucionalmente explícitas*, que son las que contravienen un mandato constitucional expreso de legislar; y los *supuestos en que la constatación de la omisión solamente se pone en evidencia como consecuencia de la interpretación judicial de los derechos fundamentales o del desarrollo de las cláusulas orgánicas de la Constitución en los que se pueda constatar que los contenidos constitucionales no son posibles sin la intermediación legislativa*. El Tribunal designa a esta última categoría de pretericiones como de “configuración jurisprudencial” y ellas se conforman como mandatos normativos que se proyectan con efectos *erga omnes*.

Por su parte, en “AIDSESP” distingue lo que denomina *omisión normativa inconstitucional directa*, que es la que se genera cuando el legislador no emite la ley que desarrolla aquello que la Constitución ordena; de lo que llama *omisión normativa inconstitucional indirecta*, que es la que se origina como consecuencia de la falta de reglamentación de aquello que ha sido desarrollado en una ley y que debe, a su vez, ser detallado en un reglamento para dar cabal cumplimiento a lo estipulado por la Constitución.

### **3. La delimitación tipológica wesseliana como punto de partida. Desarrollos ulteriores**

#### **A) Caracterización**

Formulada la presentación del abanico de modalidades tipológicas que podría configurarse, vemos que la cuestión del alcance del potencial control respecto de las omisiones inconstitucionales nos conduce a la ya clásica tipología de WESSEL, quien distingue entre *omisiones absolutas y relativas* (también pueden designarse, respectivamente, como *totales y parciales*), categorías que utilizaremos como materia prima para ensayar una aproximación conceptual a su respecto aun abandonando la construcción primigenia que elaborara aquel autor alemán, en atención a las potencialidades funcionales que ellas brindan.

Es que, como se ha precisado, la distinción wesseliana se refirió estrictamente a la violación de derechos fundamentales por parte del Poder Público<sup>156</sup>. Mientras que

---

156 *Ibid.*, p. 114.

la *omisión absoluta* es negada por principio en la percepción de WESSEL, trayendo aparejada la inadmisión de una demanda constitucional que se sustente en tal tenor de inactividad (se refiere a la legislación que efectivice el derecho al libre desarrollo de la personalidad); la *omisión relativa* sí sería fiscalizable en tanto implica la vulneración inmediata a un derecho fundamental de parte del legislador, por lo que procedería interponer una demanda constitucional aunque ésta se fundaría en un actuar positivo del legislador contrario al principio de igualdad, que es a lo que se reconduce en último término según su opinión<sup>157</sup>.

Efectuadas tales advertencias, pasemos a la categorización ofrecida por WESSEL que emplearemos como soporte inicial orientativo para intentar un acercamiento conceptual y descriptivo de ambas categorías.

### **B) Omisiones absolutas o totales**

a) En las *absolutas* hay ausencia total de la norma que debería regular una determinada situación jurídica fijada constitucionalmente.

Como adelantábamos, para el propio WESSEL la *omisión absoluta* genera la imposibilidad de cualquier intervención represiva. Por tanto, y si bien es cierto que en la doctrina es cuestión discutida (y, muchas veces negada) la procedencia de la actividad de la magistratura constitucional u ordinaria (según el modelo de control de constitucionalidad que corresponda) para corregir esa modalidad omisiva, no nos parece adecuado vedar universalmente y *a priori* cualquier conducta del tribunal constitucional o del poder judicial en tal sentido.

b) Obviamente, *no cualquier omisión hará viable el control constitucional a su respecto*, ya que no actuar es una opción que tiene el legislador en el marco de sus atribuciones políticas, siempre que no exista un mandato constitucional expreso y concreto de hacerlo.

En esa dirección, GOMES CANOTILHO ha puntualizado: “Um entendimento naturalístico-formal de omissão —a omissão como simples não actuar— não pode aceitar-se: não possibilita a definição de uma omissão legislativa constitucionalmente relevante, dado que esta só pode entender-se como não cumprimento de imposições constitucionais concretas”<sup>158</sup>. En definitiva, lo que el autor portugués plantea es que la configuración de una *omisión legislativa constitucionalmente relevante* sólo puede darse a partir del *incumplimiento del legislador a imposiciones constitucionales concretas*.

157 *Ibid.*, pp. 114-115.

158 GOMES CANOTILHO, José Joaquim, *Constituição dirigente e vinculação do legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, Coimbra Edit., Coimbra, 1982, p. 334.

Un punto básico de acuerdo hacia la apertura de la fiscalización de una omisión absoluta podría lograrse tomando como hipótesis la circunstancia de que tal inactuación viola frontalmente un derecho fundamental consagrado en la Carta magna, lo que empujaría al órgano de justicia constitucional a adoptar *alguna* solución para asegurar la cobertura del núcleo inderogable de aquellos.

Casos de omisiones absolutas inconstitucionales pueden ser, por ejemplo —en la visión de DÍAZ REVORIO<sup>159</sup> y ceñidos al ordenamiento jurídico español—, los siguientes: la ausencia de regulación legal de la objeción de conciencia hasta 1984, que en la práctica impidió el ejercicio de ese derecho hasta que el Tribunal Constitucional entendió correctamente los efectos de la omisión suscitada (cfr. la STC N° 15/1982); y la ausencia de regulación de la televisión privada, que el Tribunal resolviera de manera diversa en los también distintos supuestos: STC N° 12/1982 (televisión privada de ámbito nacional); STC N° 31/1994 (televisión local por cable); y STC N° 88/1995 (televisión local por ondas).

Tal vez a esa enumeración referencial podríamos por nuestra parte añadir —*mutatis mutandis*— la situación de latencia en que estuvo sumido el derecho de rectificación o respuesta en Argentina<sup>160</sup> (donde también se lo conoce como derecho de réplica), hasta la paradigmática sentencia de la CSJN recaída en el caso “Ekmekdjian, Miguel Á. c/ Sofovich, Gerardo”<sup>161</sup>, de 7 de julio de 1992, en la que acordó operatividad a tal derecho alojado en el art. 14<sup>162</sup> de la CADH y que en realidad antes de tal fallo no habría sido irrazonable derivarlo hermenéuticamente del art. 33<sup>163</sup> de la C.N.

c) De su lado y coherente con la línea conceptual que mantiene sobre la inconstitucionalidad por preterición, VILLAVERDE MENÉNDEZ considera que las omisiones inconstitucionales *absolutas* serían *silencios del legislador*, mientras que las *relativas* serían *silencios de la ley*<sup>164</sup>.

Por nuestra parte, una lectura de tal visión taxonómica nos lleva a concluir que, en el fondo, ambos serían *silencios del legislador*. En las *omisiones absolutas*, su silencio

---

159 DÍAZ REVORIO, Francisco J., *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lex Nova, Valladolid, 2001, p. 173 y nota 24 a pie de página.

160 Incluso hasta el presente, no se ha dictado en el ámbito nacional ley reglamentaria alguna de dicho derecho.

161 *Fallos*, 315:1492.

162 Particularmente el art. 14.1 de la CADH dispone: “Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley”.

163 Cláusula que prescribe: “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”.

164 VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio, op. cit., *La inconstitucionalidad por omisión*, pp. 41 y ss.



sería más nítido ya que le es imputable de manera *inmediata o directa*, mientras que en las *relativas*, y en tanto no es sino el legislador el autor de la ley insuficiente o deficiente que desencadena una situación disfuncional y/o discriminatoria de relieve constitucional, su silencio sería *mediato*.

d) Antes de pasar a la siguiente categoría, aunque sea a título informativo, debe acotarse que TROCKER planteó la existencia de una subdivisión al interior de las omisiones absolutas. En efecto, las escindía en “*puras*” e “*impuras o impropias*”. Las primeras se configuraban si no había mediado una positividad anterior de la materia en cuestión; y las segundas, si tal regulación jurídica previa alguna vez existió, incluso de manera total o parcialmente disímil de lo establecido en las directivas constitucionales<sup>165</sup>.

En realidad, tal aporte no generó gran seguimiento doctrinario, fundamentalmente por su escaso valor práctico, salvo en PICARDI<sup>166</sup>, quien lo consideraba significativo en orden a lograr la *integración de la laguna* que, a su juicio, *provocaba la omisión inconstitucional*.

Retomaremos la cuestión de si en realidad una omisión inconstitucional es o no una laguna del derecho.

### **C) Omisiones relativas o parciales. Sumario acercamiento a las sentencias “aditivas puras o clásicas”**

a) En las pretericiones relativas, el legislador, al propulsar la norma para “obedecer” el mandato constitucional, favorece a ciertos grupos y olvida a otros o acuerda ventajas a unos que no son dispensadas a otros, pudiendo, tentativamente, las hipótesis ser refundidas en la siguiente fórmula: habrá omisión relativa toda vez que en el cumplimiento del mandato constitucional, el órgano legislativo encargado de efectivizarlo quiebre —en forma no intencional, pero produciendo un resultado discriminatorio y/o arbitrario— el principio de igualdad, o —tal como afirma FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ— cuando se produzca una regulación *deficiente* a causa de la falta de “complitud” de la normativa<sup>167</sup>.

En torno de tal actividad *deficiente* que abriría la posibilidad de configurar una *omisión relativa*, MIRANDA explica que compete al órgano de control pronunciarse sobre la *adecuación* de la norma legal a la norma constitucional, tomando el vocablo

---

165 TROCKER, Nicolò, “Le omissioni del legislatore e la tutela giurisdizionale dei diritti di libertà. Studio comparativo sul diritto tedesco”, *Archivio giuridico ‘Filippo Serafini’*, Vol. 178, fasc. 1-2, 1970, pp. 88 y ss.

166 PICARDI, Nicola, op. cit., “Le sentenze ‘integrative’ della Corte costituzionale”, pp. 597 y ss.

167 FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, op. cit., *La inconstitucionalidad por omisión*, p. 116.

*adecuación* en el sentido de *suficiencia* y no en el de *satisfacción ante cualquier juicio de mérito*, el que le está vedado emitir al órgano de control<sup>168</sup>.

En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán fue gestándose paulatinamente una jurisprudencia que asociaba las omisiones relativas o parciales a la denominada “exclusión arbitraria de beneficio” inconstitucional (*willkürlicher gleichheitswidriger Begünstigungsausschluss*), violatoria del principio de igualdad y, en definitiva, discriminatoria al retacear injustificadamente a un grupo derechos concedidos a otro<sup>169</sup>.

b) Si bien es cierto que prácticamente de manera automática (y hasta intuitiva) suele identificarse la omisión anticonstitucional relativa o parcial con la violación al principio de igualdad, no cabe predicar que tal modalidad omisiva opere exclusivamente ante una hipótesis de ese tenor.

Es que, con ser la más típica o asidua, no es la única causal idónea para movilizar la actividad fiscalizadora a su respecto<sup>170</sup>. En esa lógica, la violación de la Constitución por omisión relativa o parcial puede producirse por carencias o imperfecciones de la disposición en relación con exigencias derivadas de otros preceptos constitucionales<sup>171</sup>, o por una incompleta regulación de un instituto que origine la ineficacia de la norma constitucional<sup>172</sup>.

DÍAZ REVORIO ejemplifica tal hipótesis recurriendo a la jurisprudencia italiana, donde según afirma se trata de un supuesto relativamente frecuente, configurado por ejemplo en las siguientes Sentencias de la Corte Constitucional: N° 27, de 31 de marzo de 1958, en torno al art. 17 de la Constitución (derecho de reunión); N° 40, de 24 de junio de 1958, acerca del art. 113, párrafo 2°, *Ibid.*, en cuanto a que la tutela jurisdiccional de la Administración Pública no puede limitarse a medios especiales

---

168 MIRANDA, Jorge, op. cit., *Manual de Direito Constitucional*, p. 521.

169 Las primeras pinceladas de tal criterio jurisprudencial pueden verse reflejadas por ejemplo en las sentencias del *BVerfG* de 20 de febrero de 1957 y de 11 de junio de 1958.

170 En tren de ejemplificar la amplia casuística de las omisiones relativas, HERNÁNDEZ VALLE menciona que éstas también pueden producirse cuando el legislador, al prohibir una determinada actividad que había sido válida hasta ese momento, olvida introducir disposiciones transitorias que reglamenten o respeten los derechos adquiridos de quienes la habían ejercido anteriormente (HERNÁNDEZ VALLE, Rubén, “Las omisiones legislativas y los derechos prestaciones”, en *Estudios Constitucionales. Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Año I, N° 1, Universidad de Talca, Santiago de Chile, 2003, p. 181).

171 Al respecto, cfr. por ejemplo, DÍAZ REVORIO, Francisco J., op. cit., *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, p. 174.

172 Cfr. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, op. cit., *La inconstitucionalidad por omisión*, p. 116, quien al requisito de la ineficacia de la norma constitucional adiciona “el consiguiente fraude al Texto Básico” (idem).

de impugnación o a determinadas categorías de actos; N° 26, de 23 de mayo de 1961, en relación genérica con los principios del ordenamiento jurídico y los derechos de los ciudadanos; N° 168, de 12 de diciembre de 1963, en punto a la autonomía del Consejo Superior de la Magistratura; N° 497, de 21 de abril de 1988, sobre el artículo 38 constitucional (derecho de los trabajadores a los medios necesarios adecuados a sus necesidades vitales en caso de incapacidad u otras contingencias)<sup>173</sup>, etcétera.

c) En tal supuesto (omisión relativa), como la norma en cuestión presenta un contenido normativo menor al exigible constitucionalmente<sup>174</sup>, el control judicial de constitucionalidad —estimulado por la pretermisión en detrimento de algunos— sale al rescate de la supremacía constitucional, que ha sido momentáneamente neutralizada.

Obviamente —y en sintonía con lo que hemos venido sosteniendo—, *no cualquier omisión relativa hará viable el control*. Sólo será pasible de éste aquella cuyos efectos y textura sean constitucionalmente relevantes y no concreten en forma *completa* una determinada imposición constitucional. Una de las posibilidades que tendría a su alcance el órgano jurisdiccional sería la “complementación” de la norma “despareja”, para calibrarla equitativamente a fin de restablecer, v. gr., la “igualdad” quebrada y procurar, de ese modo, satisfacer la pretensión de los perjudicados. En el caso, y dentro del abanico de opciones sentenciales con que cuenta, podría prevalerse del recurso a las *sentencias ‘aditivas’ clásicas o puras* (cuestión sobre la que retornaremos).

Ilustrativamente, remitimos a GUASTINI, quien delinea el modo como tales sentencias operan en el ámbito de la Corte Constitucional italiana, desarrollo expositivo que reproducimos por la gráfica manera de explicar su funcionamiento. Así, expone que dichas decisiones son a menudo el resultado de la aplicación del principio de igualdad, por ejemplo, cuando una disposición legislativa atribuye un derecho de seguridad social a una clase de sujetos “S1” y no a otra clase “S2”<sup>175</sup>. Si, según la Corte, las dos clases de sujetos son iguales deben ser tratadas del mismo modo, razón por la cual la norma en cuestión es inconstitucional porque viola el principio de igualdad, en

---

173 DÍAZ REVORIO, Francisco J., op. cit., *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, p. 174, nota 28.

174 Cfr. EGUIGUREN PRAELI, Francisco J., “Los efectos de las sentencias sobre inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional”, ponencia presentada al ‘VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional’, Mesa 4 (‘Instrumentos de Justicia Constitucional’), en VEGA GÓMEZ, Juan y CORZO SOSA, Edgar (coords.), ‘Tribunales y justicia constitucional’, *Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, III de la UNAM, México, D.F., 2002, p. 185.

175 GUASTINI, Riccardo, “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, *Estudios de Teoría Constitucional*, 1ª ed., 1ª reimpres., Colección Doctrina Jurídica Contemporánea, N° 8, Fontamara, trad. de José María Lujambio, México, D.F., 2003, pp. 172-173.

consecuencia el Tribunal declara que ella es constitucionalmente ilegítima “*en la parte en la que no confiere*” el mismo derecho a los sujetos “S2”<sup>176</sup>.

d) Daremos paso ahora a un intento de cierre sintetizador de las pautas salientes desarrolladas aquí, particularmente en relación con las omisiones inconstitucionales relativas o parciales y su posible corrección a través de diversos métodos sentenciales, por ejemplo, *los pronunciamientos aditivos o con efectos aditivos*.

Para abastecer tal propósito condensador, seguiremos en éste y los dos párrafos posteriores a GASCÓN ABELLÁN<sup>177</sup>, quien menciona que las sentencias aditivas (añadimos por nuestra parte que se refiere a la tipología “pura o clásica” de ellas, cuestión sobre la que volveremos más adelante) suponen el reconocimiento de la “inconstitucionalidad por omisión” y censuran el precepto legal impugnado o cuestionado no por lo que dice, sino por lo que no dice, es decir, “en la medida en que no prevé” algo, lo que implica que declara inconstitucional la omisión de regulación expresa de un determinado supuesto de hecho, por ejemplo, la falta de atribución de un derecho, ventaja o beneficio a una clase de sujetos.

Así, y para reparar la inconstitucionalidad de esa omisión legislativa, la sentencia “añade”, por vía interpretativa, la regulación que falta, por lo que podría definirse una sentencia aditiva —siempre en la visión de la autora individualizada en el párrafo anterior— como aquella que extiende la aplicación de un precepto legislativo a un supuesto de hecho no previsto en el mismo pero sin el cual sería inconstitucional.

Con esa actuación suele buscarse garantizar *el principio de igualdad* presuntamente vulnerado por una interpretación “no expansiva”, sino estricta, del precepto. En estos casos, el juez constitucional podría elegir entre declarar directamente la inconstitucionalidad de la ley o hacerla extensible al grupo discriminado. La última opción (sentencia aditiva) vendría explicada porque la simple anulación total del precepto puede originar perjuicios inmediatos para todos aquellos a quienes éste otorgaba derechos.

---

176 Ídem.

Complementa la exposición precisando que este tipo de decisiones es susceptible de dos reconstrucciones distintas: **a)** algunos sostienen que, en rigor, no se trata de una decisión de anulación porque la disposición en cuestión no es efectivamente anulada por la Corte, dado que si lo fuera, los sujetos perderían el derecho subjetivo que la disposición les confería, mientras que al contrario, lo conservan. En realidad lo que la Corte hace es “agregar” una nueva norma al ordenamiento: la que confiere el mismo derecho subjetivo a los sujetos “S2”; y **b)** otros opinan que en casos similares el Tribunal no declara la ilegitimidad constitucional de la norma de que se trata (que confiere un derecho a los sujetos “S1”), sino de otra norma, no expresa, extraída del texto mediante el argumento *a contrario*: la norma que niega el mismo derecho a los sujetos “S2” (*Ibid.*, p. 173).

177 GASCÓN ABELLÁN, Marina, voz “Interpretación conforme (con la Constitución)”, en CARBONELL, Miguel (coord.), *Diccionario de Derecho Constitucional*, Porrúa - UNAM, México, D.F., 2002, p. 318.

#### 4. Un par de cuestiones conflictivas conectadas a la problemática de las omisiones inconstitucionales

##### A) *¿La omisión legislativa es una laguna del derecho?*

Dejamos asentada nuestra opinión contraria a quienes entienden a la omisión legislativa como laguna.

LARENZ ha visualizado a la laguna legal como “una incompletez contraria al plan de la ley”<sup>178</sup>. A partir de esa conceptualización, CASAL entiende que aquella se trata de la ausencia de una regulación legal acerca de un asunto que, de conformidad con el plan de la ley objetivamente considerado, debió haber sido resuelto por ésta, pero que a falta de esa solución legal expresa y específica, el juez *acude a la analogía o a los principios generales del derecho para integrar la laguna, o sea que recurre a los métodos jurídicos de integración*. Mientras que *ello no sucede respecto de la omisión legislativa*. Señala que ésta es un no hacer del legislador que, de acuerdo con las circunstancias, “puede merecer el reproche de la inconstitucionalidad, pero no necesariamente implica ni genera una laguna”<sup>179</sup>.

Por lo demás, básicamente en el supuesto de la omisión legislativa concurre un mandato constitucional expreso dirigido al legislador, imposición que no existe en el caso de una laguna.

Además, y en cierto punto convergente con lo que acabamos de afirmar, MORTATI apunta que, en general, *la omisión supone el incumplimiento de una obligación de hacer*, mientras que no podría razonablemente aceptarse que el legislador estuviese obligado a regular todos aquellos supuestos que pudieran ser objeto de una normación, en ausencia de la cual *se produciría la laguna*<sup>180</sup>.

El mismo autor añade que el fallo con el que se trata de *colmar la laguna cumple la función de dar completitud al ordenamiento jurídico*, mientras que el que declara la inconstitucionalidad de una omisión *puede ser a su vez fuente de otras lagunas*<sup>181</sup>.

Por su parte, las lagunas son situaciones constitucionalmente relevantes *no previstas*; mientras que las omisiones legislativas se relacionan con *situaciones previstas constitucionalmente*<sup>182</sup>.

178 LARENZ, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, p. 366.

179 CASAL, Jesús M., *Constitución y Justicia Constitucional*, 2ª ed. ampl., Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2004, pp. 212-213.

180 MORTATI, Costantino, op. cit., “Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore”, p. 927, nota 4.

181 Ídem.

182 MIRANDA, Jorge, op. cit., *Manual de Direito Constitucional*, p. 270.

Las lagunas son producto de la *imprevisión* del legislador; las omisiones legislativas lo son de la *inactividad o inercia del legislador*.

Por último, y a diferencia de lo que acontece con las lagunas, las omisiones son —en principio— *fruto del incumplimiento de una obligación*.

**B) La corrección de una normativa que viola el principio de igualdad asentada en un supuesto de omisión relativa, ¿es una hipótesis de control de constitucionalidad por acción o por omisión?**

Dedicaremos unas líneas a tratar el razonamiento que lleva a algunos a proponer que el control de constitucionalidad ejercido sobre una norma que vulnera el principio de igualdad ante una supuesta omisión inconstitucional relativa o parcial, no sería tal sino una *hipótesis de fiscalización por acción*, al devenir discriminatoria la disposición en cuestión.

En primer lugar, debe indicarse que la diferencia radica en que no se descalifica la norma en cuanto a los supuestos que cubre, mismos que pueden resultar legítimos, válidos y adecuados a la Ley fundamental, sino que el objeto del control es precisamente la *omisión* en que cae el legislador al excluir a aquellos que sí debería haber incorporado en la previsión normativa.

No se desacredita el precepto por lo que dispone positivamente, sino por lo que omite prever; tampoco se controla una suerte de “norma implícita” surgida del silencio del legislador, sino específica y directamente se *ataca* la pretermisión de éste que contradice la Ley fundamental.

Por lo demás, sería injusto desautorizar la norma por lo que prescribe y declarar su inconstitucionalidad inaplicando la solución normativa al grupo incluido, pues la previsión respecto de éste puede ser legítima. Inversamente, se trata en concreto de mantener tal disposición legal *positiva* y, censurando la *omisión en que incurrió el legislador al diseñar la disposición en cuestión*, hacerla extensiva al grupo preterido para salvar la anunciada relegación.

En ese sentido, al ejercer la fiscalización constitucional, la magistratura sale al rescate de la igualdad quebrada, procura extender la previsión a otros supuestos o beneficiarios y cubre, así, la preterición inconstitucional relativa incurrida, de la que puede predicarse que en puridad es la contrapartida de un desenvolvimiento legislativo insuficiente o insatisfactorio.

Sin perjuicio de cuanto va dicho, existirán supuestos en los que la línea divisoria para determinar si en el particular converge una hipótesis de inconstitucionalidad por

acción o una por omisión, es difusa o poco nítida dificultando la tarea del intérprete que debe pronunciarse por una u otra modalidad de anticonstitucionalidad.

Al respecto, GOMES CANOTILHO describe un cartabón inicial y orientativo para discernir cuándo la inconstitucionalidad del legislador es *por acción* y cuándo *por omisión* en los supuestos en que por medio de los actos legislativos *concretizadores* de las imposiciones legisferantes, favorecen a ciertos grupos o situaciones, olvidando a otros grupos y otras situaciones que cumplen los mismos presupuestos de hecho<sup>183</sup>.

Sobre el punto, sostiene que si la *concretización incompleta* de la imposición legisferante responde a una intención deliberada del legislador para conceder ventajas únicamente a determinados grupos o contemplar sólo ciertas situaciones, con lo que termina violando el principio de igualdad, cometerá una *inconstitucionalidad por acción*. Pero, si aquella *concretización incompleta* deriva de una defectuosa apreciación de las situaciones de hecho, pero sin que exista el propósito de favorecer arbitraria y unilateralmente de manera exclusiva a ciertos grupos o situaciones, incurrirá en *inconstitucionalidad por omisión*<sup>184</sup>.

La dificultad que observamos en el planteo del autor portugués es que no siempre resultará sencillo al intérprete (más bien parece que le será bastante complejo) descifrar cuándo el legislador actuó intencionalmente y cuándo no, en orden a detectar si la inconstitucionalidad es por acción o por omisión. La *mens legislatoris* es a veces insondable.

Diferente situación se daría si en el enunciado de la norma existiera una exclusión expresa dirigida a un determinado grupo de personas, hipótesis en la cual ya no podría hablarse de inconstitucionalidad por omisión sino, en su caso y siempre que tal disposición excluyente fuera —v. gr.— discriminatoria o irrazonable, de inconstitucionalidad por acción.

### III. Diversos ingredientes involucrados en los casos de control de las omisiones inconstitucionales y pautas para detectarlas

Para no caer en superfluas generalizaciones que restarían vigor a la tesis del control sobre las pretericiones inconstitucionales, es preciso contextualizar el problema en sus

---

183 GOMES CANOTILHO, José Joaquim, op. cit., *Direito Constitucional*, pp. 1091-1092.

184 *Ibid.*, p. 1091.

justos cauces e identificar los distintos aspectos de la cuestión a la que se enfrenta el juez competente al momento de decidirse a prevenir o reprimir la inconstitucionalidad por omisión.

En ese sentido, es preciso demarcar el perímetro y la superficie del campo de acción con que cuenta el órgano de justicia constitucional para detectar la presencia de las omisiones inconstitucionales y seleccionar los remedios idóneos para superarlas.

Tal labor requerirá dosis importantes de prudencia y rigor a fin de sortear el riesgo de deslizarse hacia una banalización de las declaraciones de inconstitucionalidad al influjo de la irreflexividad o el apresuramiento, pues sea por acción o por omisión, aquellas siguen siendo un instrumento que debe ponderarse cuidadosamente.

Como puede suponerse, la actividad jurisdiccional que lleve a definir si concurren o no los requerimientos configurativos de la inconstitucionalidad por omisión no debería renunciar a un balance serio y realista<sup>185</sup> de las diversas pautas en juego:

- Supremacía y normatividad de la Constitución.
- Deber de ejercer cabalmente el control de constitucionalidad.
- Connotaciones jurídicas y axiológicas del derecho invocado o de la situación jurídica anticonstitucional que la preterición produciría.
- Lapso de tiempo por el que viene manteniéndose la omisión absoluta o relativa de parte del órgano silente.
- Margen de acción del legislador o de la autoridad pública comprometida en el caso particular.
- Características del entramado jurídico-político del momento.
- Real marco de posibilidades con que cuenta la judicatura para disponer la efectivización de una solución material y financieramente posible para subsanar la pretermisión.
- Y, entre otros puntos, la prefiguración de las consecuencias que podría aparejar su pronunciamiento.

---

185 La adjetivación “realista” a la que nos referimos apunta a la ubicuidad del juez, a su creatividad razonable, prudente y posible dentro del sistema jurídico donde se mueve.

El sentido que en el texto damos a la palabra “realista” es simple y pedestre. No contiene alusión alguna a doctrinas como la del “realismo americano”, cuyo análisis en cualquier caso no deja de ser interesante. Aprovechamos entonces para remitir, sobre este tema, por ejemplo, a PÉREZ LLEDÓ, Juan A., “El realismo jurídico americano”, op. cit., *El instrumentalismo jurídico en Estados Unidos*, pp. 151-187. Podrán allí verse con provecho algunas pinceladas sobre el pensamiento, entre otros, de Karl LLEWELLYN y Jerome FRANK.



La interacción de dichos ingredientes en cada caso exigirá del órgano de justicia constitucional un ejercicio de reflexión crítica para articular una solución equilibrada.

En efecto, ésta no deberá dar paso a una temeraria invasión jurisdiccional en sectores de atribuciones propios de otros poderes del Estado, ni enervar la posibilidad de cumplir con su deber fiscalizador si el legislador con su indolencia radical o su accionar insuficiente e incompleto margina arbitrariamente la vigencia de la supremacía constitucional.

Tales hipótesis pueden configurarse, como adelantáramos, cuando: *i*) hubiese omitido *in toto* cumplir las imposiciones que le fueran dirigidas por la propia Ley fundamental dentro del plazo fijado por ésta, o si no existiere el parámetro temporal, mantuviese su inactividad por un tiempo irrazonablemente prolongado que generara una situación lesiva y contraconstitucional; y *ii*) si emitió alguna norma de desarrollo constitucional, pero hubiera incurrido en *injustificada y discriminatoria exclusión* en detrimento de algunos respecto de aquello que concede a otros en similitud de situaciones o si hubiese *violado valores o principios constitucionales distintos de la igualdad, como por ejemplo el debido proceso*.

Naturalmente, la labor de la judicatura en semejantes menesteres deberá estar impregnada de una apropiada dosis de *razonabilidad* y la argumentación que se emplee para dar forma a la decisión habrá de cumplir cabalmente y entre otras con la exigencia de *racionalidad*.

Es oportuno subrayar que tales resguardos apuntan directamente a fortalecer la *legitimidad* de la propia magistratura constitucional.

#### IV. Casos de prognosis errónea del legislador y su “deber de adecuación”

En el recorrido por el abanico tipológico de omisiones inconstitucionales no podía estar ausente una categoría próxima a tal cuestión: la de la obligación del legislador consistente en subsanar los casos de *prognosis errónea*<sup>186</sup>.

Se trata de aquellas disposiciones que, dictadas para hacer operativo un mandato constitucional concreto, han quedado desgastadas o desfasadas como consecuencia de circunstancias sobrevinientes, deviniendo —total o parcialmente— anacrónicas y, por ende, disvaliosas.

---

186 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.

La doctrina alemana ha destacado la posibilidad de controlar la omisión o inactividad del legislador en *mejorar* o *corregir* tales normas.

La preterición no se centraría ya en la ausencia total o parcial del precepto, sino en la falta de adaptación o perfeccionamiento del existente, como propone GOMES CANOTILHO<sup>187</sup>, quien entiende que tal variedad de pretermisión inconstitucional quedaría también alcanzada por el radio de cobertura del art. 283 de la Constitución portuguesa, precepto que —como tendremos ocasión de explicar más adelante— consagra la inconstitucionalidad por omisión en el ámbito luso.

Esta carencia o déficit de perfeccionamiento de las leyes asumirá particular importancia jurídico-constitucional, cuando de la falta de mejoras o correcciones resulten consecuencias gravosas para la efectivización de los derechos fundamentales<sup>188</sup>.

En suma, para la jurisprudencia alemana existe un “deber general de adecuación” (*allgemeiner Nachbesserungsvorbehalt*) que opera como *fundamento del deber constitucional de legislar* y que se agudiza en caso de normativa de protección de los derechos fundamentales.

Con respecto al citado “deber general de adecuación”, conviene traer a colación la sentencia del *BVerfG* de 8 de agosto de 1978 acerca del reactor nuclear de Kalkar (“Kalkar Urteil”), calificada como paradigmática en la identificación del primero de los deberes nombrados. Aquí, el Tribunal reconoció que *ante los nuevos desarrollos científicos, el legislador estaba constitucionalmente obligado a un reexamen con relación al uso pacífico de la energía atómica*. En esa oportunidad expresó: “En el supuesto de que se constaten indicios de peligro provenientes de reactores nucleares del tipo ‘Schneller Brüter’ [...], *el legislador está obligado a promulgar las nuevas medidas que se requieran*”. Una decisión afín pronunció el propio *BVerfG* en fecha 14 de enero de 1981, acerca de la polución sonora provocada por los aviones<sup>189</sup>.

Se ha observado en tal jurisprudencia un ejemplo reconducible a lo que STERN identifica como mandatos para la mejora *a posteriori* y la corrección de leyes

---

187 GOMES CANOTILHO, José Joaquim, op. cit., *Direito Constitucional*, p. 1091.

188 Cfr. BADURA, Peter, “Die Verfassungsrechtliche Pflicht der gesetzgebenden Parlaments zur Nachbesserung von Gesetzen”, en *Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel, Festschrift für K. Eichenberger*, p. 483 y STETTNER, Rupert, op. cit., “Die Verpflichtung des Gesetzgebers zu erneuten Tätigwerden bei fehlerhaften Prognose”, p. 1123; ambos autores aludidos por GOMES CANOTILHO, José Joaquim, op. cit., *Direito Constitucional*, ídem nota anterior.

189 Ver FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, op. cit., “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. Algunas cuestiones dogmáticas”, pp. 55-56.

en los supuestos de prognosis errónea o de modificación de las circunstancias determinantes<sup>190</sup>.

Para cerrar este capítulo, e intentando sintetizar al máximo el asunto, la situación inconstitucional se configuraría a partir del incumplimiento por el legislador de su deber de optimizar o corregir disposiciones que son el resultado de prognosis errónea o que quedaron desfasadas por las nuevas circunstancias<sup>191</sup>.

---

190 STERN, Klaus, *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*, CEC, trad. de Javier Pérez Royo y Pedro Cruz Villalón, Madrid, 1987, p. 225; aludido por FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, op. cit. en nota anterior, p. 56, nota 29 a pie de página.

191 TAVEIRA BERNARDES, apoyándose en GOMES CANOTILHO, alude a la omisión jurídicamente significativa derivada del incumplimiento de la tarea de “mejorar o corregir” los pronósticos normativos que se revelan incorrectos o desfasados por razón de circunstancias sobrevinientes; agregando que el deber de implementar la aplicabilidad de las normas constitucionales tiene carácter permanente, lo que sujeta la constitucionalidad de la medida normativa sancionada a una especie de cláusula *rebus sic stantibus* (TAVEIRA BERNARDES, Juliano, “Novas perspectivas do controle da omissão inconstitucional no direito brasileiro”, *Mundo Jurídico*, 28 de janeiro de 2005; fuente: [www.mundojuridico.adv.br](http://www.mundojuridico.adv.br)).