

# EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS OMISIONES LEGISLATIVAS RELATIVAS EN EL DERECHO COMPARADO EUROPEO (\*)

FRANCISCO JAVIER DÍAZ REVORIO

*SUMARIO:* 1. INTRODUCCIÓN: EL CONTROL DE LAS OMISIONES LEGISLATIVAS RELATIVAS POR LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES.—2. LAS «SOLUCIONES» QUE OFRECE EL DERECHO COMPARADO EUROPEO: 2.1. *El Tribunal Constitucional austriaco y el retraso de los efectos de la sentencia.* 2.2. *El Tribunal Constitucional Federal alemán: la «mera incompatibilidad» y otras soluciones:* 2.2.A) *Las sentencias de «mera incompatibilidad» (Unvereinbarkeit).* 2.2.B) *Sentencias que declaran que la ley «no es todavía inconstitucional».* 2.2.C) *Las apelaciones al legislador y el señalamiento de plazos.* 2.3. *La Corte constitucional italiana: de las sentencias aditivas a la búsqueda de otras soluciones:* 2.3.A) *De las sentencias interpretativas a las sentencias aditivas.* 2.3.B) *A la búsqueda de nuevas técnicas decisorias.* 2.4. *La inconstitucionalidad por omisión en el sistema portugués.* 2.5. *España: entre las sentencias aditivas y la inconstitucionalidad sin nulidad:* 2.5.A) *Las sentencias aditivas.* 2.5.B) *La inconstitucionalidad sin nulidad.* 2.5.C) *Las apelaciones al legislador y los plazos.*—3. CONCLUSIONES.

## 1. INTRODUCCIÓN: EL CONTROL DE LAS OMISIONES LEGISLATIVAS RELATIVAS POR LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

Entre los no pocos problemas que plantea la relación entre Poder Legislativo y Tribunal Constitucional en los actuales sistemas occidentales de control de constitucionalidad, la existencia de omisiones legislativas, y la necesidad de su control desde una perspectiva constitucional, es quizá uno de los que más difícilmente pueden encontrar una solución satisfactoria. A mi juicio, ello obedece por un lado a la complejidad inherente a todo intento de control jurisdic-

---

(\*) El presente trabajo se enmarca en una investigación más amplia llevada a cabo por su autor, en relación con el problema de las omisiones legislativas, y que previsiblemente será publicada en su momento como monografía.

cional de la inacción, ya que ésta por su propia naturaleza produce unos resultados o consecuencias jurídicas que carecen de un soporte textual que pudiera convertirse en objeto de control; pero también, por otro lado, las aludidas dificultades están provocadas porque los sistemas europeos de control de constitucionalidad responden a un modelo que en modo alguno estaba «pensado» para controlar las omisiones del legislador, ya que dicho modelo presupone que el objeto del control es la ley, y no la ausencia (total o parcial) de ley. No obstante, la práctica de los Tribunales Constitucionales ha ido permitiendo encontrar mecanismos que, si bien no consiguen una fórmula perfecta para resolver el problema al que nos estamos refiriendo, sí posibilitan el control de las omisiones legislativas, al menos en ciertos supuestos; aunque, por otro lado, estos instrumentos plantean a su vez nuevos problemas, particularmente por lo que se refiere a su legitimidad y «encaje» en el modelo de justicia constitucional europeo. En las páginas que siguen intentaremos analizar los principales instrumentos que el Derecho Constitucional Comparado europeo ofrece para enfrentarse al problema en examen. Pero antes nos detendremos, aunque necesariamente de forma breve, en el propio concepto de omisión legislativa (1).

En esta línea, hay que apuntar que único concepto de omisión legislativa relevante desde el punto de vista de su posible control es la omisión contraria a la Constitución. Por ello, y a efectos de este trabajo, partimos del entendimiento de la omisión legislativa inconstitucional como aquel silencio legislativo (o aquella regulación legislativa incompleta o parcial) que produce consecuencias no queridas por la Constitución, y por tanto puede considerarse que es objeto de una prohibición constitucional (2). Por lo demás, a mi juicio sólo puede hablarse de «omisión» desde el punto de vista del texto o disposición legislativa, pero no desde la perspectiva de la norma. Si el ordenamiento está en condiciones de dar una respuesta a cualquier supuesto que pueda plantearse (o incluso

---

(1) Sobre el concepto de omisión, y la inconstitucionalidad por omisión, puede citarse en la doctrina española la completa monografía de J. J. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho Comparado. El caso español*, Civitas, Madrid, 1998; igualmente hay que tener en cuenta el muy interesante trabajo de I. VILLAVERDE MENÉNDEZ: *La inconstitucionalidad por omisión*, McGraw Hill, Madrid, 1997; y el de M. GÓMEZ PUENTE: *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control*, McGraw Hill, Madrid, 1997. También de gran interés son los artículos de L. AGUIAR DE LUQUE: «El Tribunal Constitucional y la función legislativa: el control del procedimiento legislativo y de la inconstitucionalidad por omisión», en *Revista de Derecho Político*, núm. 24, 1987; y de M. A. AHUMADA RUIZ: «El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 8, 1991.

(2) En sentido similar, véase I. VILLAVERDE MENÉNDEZ: *La inconstitucionalidad por omisión*, McGraw Hill, Madrid, 1997, en especial págs. 20 y 35 y sigs.

si se piensa que la plenitud del ordenamiento no es más que una ficción, pero en definitiva el aplicador del Derecho debe actuar como si el ordenamiento fuera completo) es porque siempre hay una norma aplicable al caso. Si no hay texto legislativo que regule una materia, o si el existente resulta incompleto, la norma aplicable podrá hallarse de acuerdo con los criterios habitualmente usados en la interpretación (analogía, interpretación extensiva, interpretación *a contrario*, principios generales del Derecho..., o en su caso aplicación directa de la Norma constitucional), pero siempre ha de darse una solución normativa al supuesto planteado. No hay, por tanto, omisiones o lagunas en el plano de la norma. De manera que la omisión legislativa textual deberá siempre subsanarse encontrando una norma aplicable, mediante la interpretación. Si en el plano del ordenamiento infraconstitucional pueden encontrarse alternativamente varias normas, habrá que elegir la más acorde con la Constitución; y, en cualquier caso, habrán de descartarse todas las normas contrarias a la Norma fundamental. Si la única o únicas normas aplicables al caso en el plano del ordenamiento infraconstitucional son contrarias a la Norma suprema, entonces nos encontraremos ante una omisión inconstitucional en el sentido más estricto. De esta forma, el concepto de omisión que nos interesa, a los efectos de este trabajo, es el de *ausencia de texto o disposición legal —o carácter incompleto de la disposición legal existente— que puede generar una norma contraria a la Constitución*.

Tradicionalmente se ha distinguido entre omisiones absolutas y relativas (3) (o bien, totales y parciales). Las primeras se producen cuando falta toda disposición legislativa que desarrolle o dé cumplimiento al precepto constitucional, creando así una situación contraria a la norma fundamental; las omisiones relativas cuando existe una actuación del legislador —una ley— pe-

---

(3) WESSEL: «Die Rechtsprechung der BVerfG zur Verfassungsbeschwerde», en *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1952, citado y comentado por M. A. AHUMADA RUIZ: «El control de constitucionalidad...», *cit.*, pág. 172, que también se refiere a esta clasificación; C. MORTATI: «Appunti per uno studio sui remedi giurisdizionali contro comportamento omissivi del legislatore», en *Problemi di Diritto Pubblico nell'attuale esperienze costituzionale repubblicana. Raccolta di Scritti*, vol. III, Giuffrè, Milán, 1972, págs. 928 y sigs.; F. DELFINO: «Omissioni legislative e Corte costituzionale (delle sentenze costituzionali c.d. creative)», en *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, vol. II, Giuffrè, Milán, 1974, págs. 915 y sigs.; N. PICARDI: «Le sentenze "integrative" della Corte costituzionale», en *Scritti in onore di Costantino Mortati. Aspetti e tendenze del diritto costituzionale*, Giuffrè, Milán, 1977, pág. 604. En nuestra doctrina, además del mencionado trabajo de M. A. Ahumada, debe tenerse en cuenta J. J. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *La inconstitucionalidad por omisión...*, *cit.*, págs. 114 y sigs.; M. GÓMEZ PUENTE: *La inactividad del legislador...*, *cit.*, págs. 25-26; L. AGUIAR DE LUQUE: «El Tribunal Constitucional y la función legislativa...», *cit.*, págs. 25 y sigs., e I. VILLA MENÉNDEZ: *La inconstitucionalidad...*, *cit.*, págs. 41 y sigs.

ro la misma es parcial, incompleta o defectuosa desde el punto de vista constitucional. Las omisiones absolutas se corresponden con los «silencios del legislador» que generan situaciones contrarias a la Constitución; las omisiones relativas son «silencios de la ley» que provocan la misma situación inconstitucional.

Aunque las omisiones absolutas plantean no pocos problemas desde la perspectiva constitucional, en este estudio nos vamos a centrar en el problema del control de las omisiones legislativas relativas, que presentan como característica común de existencia de una disposición —si bien incompleta—, lo que facilita la posibilidad del control de constitucionalidad, que puede articularse, más que como un control por omisión, como un control por acción, si bien incompleta o defectuosa desde el punto de vista constitucional.

Pero antes de entrar en el comentario de las vías que el Derecho Comparado conoce para el control de las omisiones legislativas relativas, procede plantearse la cuestión del sujeto al que debe corresponder dicho control. Sin duda, un primer análisis sugiere que el mismo órgano encargado de enjuiciar la constitucionalidad de las leyes —normalmente el Tribunal Constitucional— se encargue también de señalar sus omisiones. Así parece suceder normalmente, y la mayoría de las soluciones que conoce el Derecho comparado parten de que el Tribunal Constitucional sea el sujeto del control. Pero esto no resuelve definitivamente la cuestión, ya que en algunos casos la omisión parcial de un *texto* legislativo plantea en realidad un «simple» problema de interpretación de la ley de acuerdo con la Constitución; en tales supuestos puede aceptarse que los órganos competentes para realizar dicho control o para «solucionar» la omisión sean los jueces y tribunales integrantes del Poder Judicial, ya que ellos son quienes principalmente realizan la labor de interpretación de la ley, en su aplicación a la decisión de conflictos concretos. Pero esta competencia de los jueces y tribunales ordinarios no excluye la intervención del Tribunal Constitucional, si ante éste se cuestiona —tanto en vía directa como incidental— la constitucionalidad de la ley «incompleta». En efecto, hay que admitir en principio que el Tribunal Constitucional puede señalar qué interpretaciones de un precepto legal son contrarias a la Constitución, mediante el uso de sentencias interpretativas (aunque éstas, desde luego, no están exentas de límites) (4). Distinta solución debe darse a los supuestos en los que la omisión textual supone en realidad una implícita exclusión, pudiendo hablarse de una «norma implícita» inconstitucional, derivada conjunta y necesariamente de la disposi-

---

(4) A la cuestión de la legitimidad y límites de las sentencias interpretativas he dedicado mi trabajo titulado *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lex Nova, Valladolid (en prensa).

ción legal. Se trata, por tanto, de supuestos en los que no cabe una «interpretación conforme», siendo precisa una declaración de inconstitucionalidad parcial del precepto legal «incompleto»; y esta declaración, en los sistemas europeos (con la excepción del sistema portugués) corresponde en exclusiva al Tribunal Constitucional. Por lo tanto, en este caso el Tribunal ostenta el monopolio para el control de la omisión legislativa inconstitucional.

En suma, a la cuestión de *quién* puede controlar las omisiones legislativas relativas, puede responderse afirmando en todo caso la competencia del Tribunal Constitucional. Ahora bien, esta competencia sólo será exclusiva en los supuestos en los que de la «omisión textual» (o, por mejor decir, del «texto legal incompleto») derive necesariamente una norma implícita contraria a la Constitución. En cambio, cuando exista la posibilidad de una interpretación de la ley «incompleta» conforme a la Constitución, que permita solucionar la omisión, la competencia puede corresponder tanto a los tribunales ordinarios, como al Tribunal Constitucional.

## 2. LAS «SOLUCIONES» QUE OFRECE EL DERECHO COMPARADO EUROPEO

Dejando a un lado estos supuestos en los que cabe una «interpretación conforme» de la ley incompleta, podemos entrar ya a analizar los instrumentos existentes en los principales sistemas constitucionales europeos para controlar las omisiones legislativas relativas contrarias a la Constitución. Pero antes conviene apuntar que dichas soluciones consisten básicamente en una serie de sentencias constitucionales que se ha dado en llamar «intermedias» (5), ya que no son puramente estimatorias o desestimatorias; ahora bien, estas «sentencias intermedias», siguiendo criterios establecidos por parte de la doctrina (6), pue-

(5) La denominación de «sentencias intermedias» o «tipos intermedios» para referirse a las sentencias que se apartan del modelo más simple de constitucionalidad-inconstitucionalidad con nulidad (y la propia denominación de «tipos simples» o «extremos» para aludir a las que forman parte de dicho modelo más simple), ha sido acogida por ejemplo en la *VII<sup>ème</sup> Conférence des Cours Constitutionnelles Européennes*, celebrada en Lisboa entre los días 26 y 30 de abril de 1987: véase J. M. CARDOSO DA COSTA: «Rapport Général» a la mencionada Conferencia, en *Annuaire international de justice constitutionnelle*, vol. III, 1987, págs. 27 y sigs. Desde entonces, la denominación «sentencias intermedias» ha sido utilizada con cierta frecuencia: por ejemplo, E. AJA: «Prólogo», y E. AJA y M. GONZÁLEZ BEILFUSS: «Conclusiones generales», en *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, Ariel, Barcelona, 1998, págs. XXX y 274 y sigs., respectivamente.

(6) Por ejemplo, E. AJA y M. GONZÁLEZ BEILFUSS: «Conclusiones generales», en E. AJA (ed.): *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador...*, op. cit, págs. 276 y sigs.,

den dividirse en dos grupos cuyas características y problemas son bien diferentes: *a)* los remedios unilaterales, que suponen la reparación inmediata de la omisión por la propia sentencia del Tribunal Constitucional, y entre los que se incluirían las sentencias interpretativas, y dentro de ellas las «manipulativas» (y más en particular, las aditivas); *b)* los remedios bilaterales, que suponen la necesidad de colaboración entre el Tribunal Constitucional y el legislador (aunque en algunos supuestos puede darse también la participación de los tribunales ordinarios). En este grupo estarían 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 intervención del legislador, y también las llamadas «sentencias aditivas de principio» o las «sentencias delegación».

Para el análisis de estas soluciones conviene hacer un breve repaso de los principales sistemas europeos, situando así estos instrumentos en el marco de las características propias de cada sistema. Nos referiremos a los ordenamientos austríaco, alemán, italiano y portugués, junto con el español, de los que se ha dicho que son los cinco Estados del occidente europeo que cuentan con un sistema completo de control de constitucionalidad (7), y son además los que ofrecen las soluciones más conocidas y útiles.

---

distinguen entre sentencias unilaterales, que resuelven por sí mismas la inconstitucionalidad, y sentencias bilaterales, que llaman a la colaboración del legislador; J. JIMÉNEZ CAMPO: «Qué hacer con la ley inconstitucional», en AA.VV., *La sentencia sobre la constitucionalidad de la ley*, Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, págs. 33 y sigs., distingue entre «reparación inmediata», a través de la anulación o de la interpretación, y reparación mediata, que requiere la participación del legislador, o de los tribunales ordinarios, con el Tribunal Constitucional.

(7) F. RUBIO LLORENTE: «La jurisdicción constitucional como forma de creación del Derecho», en *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, 20.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1997, pág. 466. Por diversas razones, excluye este autor de su análisis a los sistemas francés, suizo y belga, así como a otros más heterogéneos. Teniendo en cuenta el objeto de nuestro análisis, basta señalar que los sistemas que vamos a estudiar son los más próximos, así como los que han aportado soluciones más relevantes al problema de las omisiones legislativas. En cualquier caso, conviene justificar la exclusión, a los efectos de nuestro estudio, del sistema francés, que hoy puede considerarse en muchos aspectos equiparable a los que sí vamos a analizar. Pero hay que tener en cuenta que el sistema francés está basado en el control preventivo de constitucionalidad (el control *a posteriori* sólo existe —art. 37 de la Constitución— cuando las leyes inciden en la reserva reglamentaria y tiene unas características notoriamente diferentes a las propias de los restantes sistemas europeos). Pues bien, en un sistema de control preventivo el control de constitucionalidad de las omisiones relativas presenta perfiles claramente diferentes, ya que la declaración de inconstitucionalidad no puede producir un vacío legislativo —la ley aún no ha entrado en vigor—, ni cabe tampoco una «reparación inmediata» unilateral, pues es el legisla-

## 2.1. *El Tribunal Constitucional austríaco y el retraso de los efectos de la sentencia*

Dos conocidas características del sistema de control de constitucionalidad austríaco (8) permiten entender adecuadamente los remedios que en el mismo se utilizan frente a las omisiones legislativas parciales. En primer lugar, los efectos de la decisión de anulación de una norma se producen en principio *ex nunc*: excepto en el asunto que motivó la decisión del Tribunal, la norma anulada se aplicará en todos los supuestos de hecho producidos antes de la anulación (arts. 139.6 y 140.7 de la Constitución); los efectos de la sentencia son, por tanto, los propios de la derogación de la ley (más que los de la nulidad), como se corresponde con la configuración kelseniana del Tribunal como «legislador negativo». De todas formas, tras una reforma producida en 1975, el Tribunal puede disponer otra cosa en su fallo, lo que le permite conceder ciertos efectos retroactivos a su decisión. Sin embargo, esta posibilidad no se ha utilizado con frecuencia con efectos *erga omnes* (9), sino más bien para permitir que la ley inconstitucional deje de aplicarse no sólo en el procedimiento que da origen a la sentencia, sino también en otros procedimientos sobre la misma ley pendientes ante el propio Tribunal. De esta forma, la noción de *Anlaßfall*, que originariamente se refería sólo al caso que dio origen al pronunciamiento del Tribunal, se ha ido extendiendo hasta comprender todos los casos pendientes ante el Tribunal en el momento de la deliberación (10), que reciben el denomi-

---

tivo quien habrá de corregir, en su caso, la omisión inconstitucional. Hablaríamos siempre de una reparación «bilateral», pero que presenta perfiles y problemas no equiparables a los remedios bilaterales que aquí vamos a estudiar. En cualquier caso, puede verse sobre el sistema francés: «Conseil constitutionnel français», ponencia presentada a la *VII<sup>me</sup> Conférence des Cours Constitutionnelles européennes*, en *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, vol. III, 1987, págs. 139 y sigs. (en concreto, sobre las omisiones legislativas, pág. 146), o P. BON: «Francia», en E. AJA (ed.): *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador...*, cit., págs. 137 y sigs.

(8) Una exposición comentada de las competencias del Tribunal Constitucional austríaco y las características generales de este sistema, puede verse en H. SCHÄFFER (con la colaboración de T. HAAS): «Austria. La relación entre el Tribunal Constitucional y el legislador», en E. AJA (ed.): *Las tensiones...*, cit., págs. 1 y sigs. Especialmente centrada en los procedimientos de control de normas, también puede citarse la «Ponencia austríaca» presentada a la *VIII<sup>me</sup> Conférence des Cours Constitutionnelles européennes*, *Lisbonne, 26-30 avril 1987*, publicada en *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, vol. III, 1987, págs. 60 y sigs.

(9) A. A. CERVATI: «Incostituzionalità delle leggi ed efficacia delle sentenze delle Corti Costituzionali austriaca, tedesca ed italiana», en *Quaderni costituzionali*, núm. 2, 1989, pág. 276; «Ponencia austríaca» a *VIII<sup>me</sup> Conférence...*, cit., pág. 78.

(10) A. A. CERVATI: «Incostituzionalità...», op. cit., pág. 275.

nado «premio del recurrente» (*Ergreiferprämie*) (11). En segundo lugar, la propia Constitución permite que la eficacia *pro futuro* de la sentencia se matice aún más, concediendo al Tribunal Constitucional la posibilidad de retrasar los efectos de la anulación de la norma, hasta un máximo de dieciocho meses en el caso de las leyes (art. 140.5 de la Constitución, después de la reforma de 1992) (12).

Por ello, y aunque no existe en Austria una vía específica para que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre las omisiones del legislador —o de la ley—, lo cierto es que el amplio margen que el sistema ofrece al Tribunal para modular con bastante discrecionalidad los efectos temporales de sus sentencias, le ha permitido pronunciarse en algunos casos sobre omisiones legislativas relativas. Desde luego, en Austria existe la tipología habitual de sentencias: desestimación del recurso con declaración de conformidad de la ley a la Constitución, anulación de la ley, anulación parcial, interpretación conforme a la Constitución (13). Sin embargo, no se utilizan en el sistema austríaco las decisiones que declaran que la ley no es todavía inconstitucional, con apelación al legislador para modificar el régimen jurídico (14); y tampoco las de simple incompatibilidad sin declaración de nulidad, que como veremos son más propias de Alemania. Y ello precisamente por la posibilidad de retrasar los efectos de la anulación de la ley, hasta un máximo de dieciocho meses, entre otras opciones para adaptar los efectos de sus decisiones a las circunstancias de cada caso (15).

La opción por retrasar la entrada en vigor de la anulación se muestra como especialmente adecuada para resolver el problema creado por una ley que no es inconstitucional en sí misma, pero sí por lo que omite, o por no incluir a otras

(11) H. SCHÄFFER: «Austria...», cit., pág. 35.

(12) El plazo máximo de retraso para la entrada en vigor de la anulación de leyes era anteriormente de un año, pero fue ampliado a dieciocho meses por ley federal constitucional (BVG) BGBl. 1992/276, ya que el plazo de un año se consideraba insuficiente, sobre todo teniendo en cuenta que parte del mismo se perdía desde que se dictaba la sentencia (momento en que empezaba a contar el plazo) hasta la notificación de la misma o la publicación de la derogación (este plazo perdido alcanzaba el término medio de tres meses y tres semanas). Sobre el tema, H. SCHÄFFER: «Austria...», op. cit., pág. 32. Por otro lado, el plazo máximo constitucionalmente previsto para retrasar la entrada en vigor de la anulación de reglamentos es seis meses, o un año cuando sean necesarias actuaciones legislativas (art. 139.5 de la Constitución); para el caso de la anulación de tratados internacionales, dicho plazo puede ser de uno o de dos años, según los supuestos [art. 140.a) (1)].

(13) Véase «Ponencia austríaca» a la *VIIème Conference...*, op. cit., págs. 70 y sigs.

(14) H. SCHÄFFER: «Austria...», cit., pág. 37; «Ponencia austríaca» a la *VIIème Conference...*, cit., pág. 77.

(15) «Ponencia austríaca» a la *VIIème Conference...*, cit., pág. 77.



categorías a las que constitucionalmente les correspondería el mismo tratamiento que las previstas en la regulación legal. Con esta solución, la ley continúa vigente y se sigue aplicando (salvo, en su caso, en los *Anlaßfall*) hasta el transcurso del plazo señalado por el Tribunal, momento a partir del cual perderá su vigencia. Este plazo actuará en estos casos, al tiempo, como el plazo máximo del que dispondría el legislador para modificar esa regulación y adecuarla a la Constitución. De esta forma, aunque la solución del plazo no deja de plantear algunos problemas, al menos en el sistema austríaco la misma resuelve una de sus objeciones fundamentales en otros sistemas, cual es su falta de fundamentación o apoyo constitucional.

Ahora bien, no todos los supuestos de omisiones legislativas parciales se resuelven en Austria retrasando los efectos de una sentencia estimatoria. Por un lado, también ha habido algún supuesto en el que el Tribunal ha considerado aceptable una situación de desigualdad, en atención a su carácter transitorio y al proceso de eliminación de diferencias en que se enmarcaba, al tiempo que indicaba algunas sugerencias respecto a las posibles soluciones a dicha situación de desigualdad (16). Por contra, en otros casos la sanción utilizada ha sido la anulación de la norma afectada, o bien de la «parte» de la regla contraria a la Constitución. Y, por último, el Tribunal también ha emanado decisiones que han «completado» una ley ordinaria a la que faltaba algo para poder ser considerada acorde con la Constitución. Se trata por tanto de decisiones que podemos denominar aditivas (17), similares a las emanadas por la Corte constitucional italiana o por nuestro Tribunal Constitucional (18).

---

(16) VfSlg 8871, sentencia sobre las pensiones de los viudos, citada por H. SCHÄFFER: «Austria...», cit.; también comentada en la «Ponencia austríaca» a la *VIII<sup>ème</sup> Conference...*, cit., pág. 77.

(17) H. SCHÄFFER: «Austria...», cit.; «Ponencia austríaca» a la *VIII<sup>ème</sup> Conference...*, cit., págs. 75 y sigs.

(18) Por ejemplo, el Tribunal, al enjuiciar la constitucionalidad de la ley de telecomunicaciones, formuló una norma designada expresamente como un «complemento» a dicha ley, e incluso la redactó en un párrafo, estableciendo que las autoridades responsables de las telecomunicaciones no pueden conceder una autorización para la creación y explotación de una red de telecomunicación destinada a la explotación de un sistema audiovisual (VfSlg 9909, 1983). En otra decisión, el Tribunal establece la inconstitucionalidad del derecho electoral en las Universidades en Austria, ya que falta en el mismo una disposición legislativa ordinaria que permita la interdicción de las candidaturas del partido nacional-socialista; para el Tribunal, de la Constitución deriva la prohibición de toda actividad nazi, y esta consecuencia es aplicable directamente por toda autoridad del Estado en el ámbito de sus atribuciones, aunque la interdicción de estas actividades no se establezca expresamente en cada ley. Con ello, el Tribunal aporta tácitamente un complemento derivado de la Constitución a todas las leyes, y en concreto a todas las leyes electorales (VfSlg 10705, 29 de noviembre de 1985). Un comentario a los estos dos casos de sentencias «aditivas», que hemos seguido en este breve apunte, en «Ponencia austríaca» a *VIII<sup>ème</sup> Conference...*, cit., págs. 75-76.

En suma, lo más destacado del sistema austríaco en relación con las omisiones del legislador es la posibilidad de retrasar la entrada en vigor de la anulación ordenada por el Tribunal Constitucional. Pero también hay que mencionar la existencia de algunas sentencias que sancionan omisiones inconstitucionales, e incluso sentencias aditivas; e igualmente es llamativa la ausencia de otras soluciones como las «sentencias de apelación».

## 2.2. *El Tribunal Constitucional Federal alemán: la «mera incompatibilidad» y otras soluciones*

El Tribunal Constitucional alemán es probablemente el que más y más amplias competencias tiene encomendadas (19); por lo demás, en buena parte de los procedimientos puede realizarse un control sobre las leyes, bien sea directo o incidental. No es de extrañar por ello que, en relación con la constitucionalidad de las leyes, se haya ido formando una variada tipología de sentencias, buena parte de las cuales pueden utilizarse para resolver supuestos de omisiones legislativas inconstitucionales. Así, junto a las decisiones de conformidad y a las de nulidad (que pueden denominarse «tipos simples» o «extremos»), existen varios tipos de sentencias que pueden considerarse «intermedias», como las sentencias interpretativas, o de interpretación conforme a la Constitución (20). Pero para nuestro propósito tienen especial interés algunas de estas

---

(19) Un breve comentario a estas competencias puede encontrarse, por ejemplo, en H. SIMON: «La jurisdicción constitucional», en E. BENDA y otros: *Manual de Derecho Constitucional (Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Walter de Gruyter, Berlín, 1994) traducción y edición española de A. López Pina, IVAP- Marcial Pons, Madrid, 1996, págs. 833 y sigs.; A. WEBER: «Alemania», en E. AJA (ed.): *Las tensiones...*, cit., págs. 58 y sigs.; K. SCHLAICH: «El Tribunal Constitucional Federal alemán. Procedimientos y técnicas de protección de los derechos fundamentales», en L. FAVOREU y otros: *Tribunales Constitucionales europeos y derechos fundamentales*, traducción de L. Aguiar de Luque y M. G. Rubio de Casas, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, págs. 153 y sigs.; respecto a los procedimientos de control de constitucionalidad; W. ZEIDLER: «Cour Constitutionnelle Fédérale allemande», en *La justice constitutionnelle dans le cadre des pouvoirs de l'Etat (VII éme Conférence des Cours Constitutionnelles européennes*, Lisbonne, 1987), en *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, vol. III, 1987, págs. 37 y sigs.

(20) El principio a que obedecen este tipo de decisiones ha sido señalado por el propio Tribunal Constitucional Federal: «una ley no debe ser declarada nula si puede ser interpretada de acuerdo con la Constitución, porque no sólo hay una presunción en favor de la constitucionalidad de la ley, sino que el principio que aparece en esta presunción exige también, en caso de duda, una interpretación de la ley conforme a la Constitución». (BVerfGE 2, 266, 282, citado por K. SCHLAICH: «El Tribunal Constitucional...», *op. cit.*, pág. 203.

decisiones «intermedias», que se utilizan con cierta frecuencia para dar respuesta a omisiones del legislador, o a omisiones de la ley (21), y constituyen un amplio muestrario de soluciones posibles al problema que nos ocupa en este estudio (22). Comentaremos brevemente algunas de estas decisiones.

### 2.2.A) *Sentencias de mera incompatibilidad* (Unvereinbarkeit)

Se trata de un tipo de fallos, introducidos por la propia jurisprudencia constitucional, que no declaran la nulidad de una ley incompatible con la Constitución. Esta posibilidad ha sido admitida por la Ley del Tribunal Constitucional Federal, tras su reforma en 1970, que permite (parág. 31.2) declarar una ley compatible con la Ley Fundamental, incompatible o nula. No se deduce como consecuencia ineludible que una ley incompatible con la Constitución haya de ser declarada nula, aunque ésta será la solución en vía de principio (v. arts. 78 y 95.3 BVerfGG). Hay que tener en cuenta que la Ley Fundamental tampoco exige que la incompatibilidad con la Constitución conlleve la nulidad de la ley.

Este tipo de sentencias trata en su origen de dar respuesta a los supuestos en que la ley no incluye arbitrariamente a ciertas categorías en una situación de ventaja que la misma prevé (23), o bien, más en general, a cualquier caso en que una ley es en sí misma constitucional, pero tiene una laguna que ha de ser llenada por razones constitucionales (24): por ejemplo, una ley que regula el impuesto sobre la renta, favoreciendo a un grupo de ciudadanos, y excluyendo sin motivo a otros de las mismas ventajas, o una ley que regulaba los criterios de admisión a la Universidad, sin establecer los criterios para la elección de los

---

(21) Así lo destaca W. ZEIDLER: «Cour Constitutionnelle Fédérale allemande», *op. cit.*, pág. 40. El Tribunal Constitucional ha admitido la posibilidad de elevar una queja constitucional por omisiones del legislador o de la ley (BVerfGE 6, 257); un amplio comentario a la misma, en I. VILLAVARDE: *La inconstitucionalidad...*, cit., págs. 54 y sigs.; A. WEBER: «Alemania», *cit.*, págs. 63 y 66, destaca la posibilidad de controlar las omisiones legislativas relativas en los procedimientos de control abstracto y concreto, ya que estas omisiones implican la existencia de una norma susceptible de actuar como objeto del proceso.

(22) Sobre la tipología de las decisiones del Tribunal Constitucional Federal alemán, A. WEBER: «Alemania», cit., págs. 74 y sigs.; S. STUTH: «Il Bundesverfassungsgericht e il profilo tecnico delle sue pronunce», en *Quaderni costituzionali*, núm. 2, 1989; W. ZEIDLER: «Cour constitutionnelle...», *op. cit.*, págs. 40 y sigs. (especialmente, 43 y sigs.); A. A. CERVATI: «Incostituzionalità delle leggi ed efficacia delle sentenze delle Corti costituzionali austriaca, tedesca ed italiana», en *Quaderni costituzionali*, núm. 2, 1989, págs. 261 y sigs.

(23) A. A. CERVATI: «Incostituzionalità delle leggi...», *op. cit.*, pág. 262, nota 4.

(24) Aunque la declaración de incompatibilidad sin nulidad se ha utilizado también en otros supuestos: véase, por ejemplo, A. WEBER: «Alemania», cit., págs. 77-80.

aspirantes a los estudios (25). En estos supuestos, la declaración de nulidad de la ley podría crear una situación todavía más alejada de la Constitución que la existente con la aplicación de dicha ley (26) (por ejemplo, si se suprimen prestaciones o situaciones de ventaja que tienen fundamento constitucional), o bien producir un vacío legislativo provocado por la nulidad de toda la regulación, creando un problema mayor que el que trataba de resolver (27). Proceder directamente en su sentencia a mejorar al grupo al que se ha causado el perjuicio requeriría probar que el legislador, en caso de haber sido consciente de la situación jurídico-constitucional, habría realizado por sí mismo la ampliación del círculo de beneficiarios (28).

A pesar de que las circunstancias descritas pueden explicar la existencia de este tipo de sentencias (por otro lado, cada vez más frecuentes), las mismas plantean importantes problemas, sobre todo por lo que se refiere a sus efectos o consecuencias jurídicas. La ley no ha establecido dichos efectos para este tipo de decisiones (aunque con carácter general, toda decisión tiene carácter vinculante y «fuerza de ley»). La determinación de los mismos ha quedado por tanto confiada a la propia jurisprudencia, que ha utilizado dispositivos articulados y complejos, dando indicaciones sobre la aplicación o no aplicación de la ley en el período precedente a la entrada en vigor de la nueva disciplina, y, en su caso, fijando las alternativas o los principios que ha de seguir el legislador, o incluso estableciendo un plazo para la nueva regulación (29). Lo único que parece común a estas decisiones es que el Tribunal Constitucional impone al legislador la obligación de suprimir la situación inconstitucional (30); pero, en relación con la situación creada transitoriamente con la ley incompatible, las

---

(25) K. SCHLAICH: «El Tribunal Constitucional federal...», *op. cit.*, págs 195-196, que cita como ejemplos de este tipo de decisiones BVerfGE 25, 101; 51, 1; 8,1; 51, 193; 33, 303 (347 y sigs.). Véase también los ejemplos comentados por W. ZEIDLER: «Cour constitutionnelle...», *op. cit.*, págs. 48 y sigs.

(26) W. ZEIDLER: «Cour constitutionnelle...», *cit.*, pág. 48.

(27) En este sentido, por ejemplo, S. STUTH: «Il Bundesverfassungsgericht...», *cit.*, pág. 295.

(28) En este sentido, BVerfGE 8, 28, que señala que «una decisión que declare nula una parte de la disposición es admisible sólo cuando el BVerfG pueda suponer con certeza que el legislador habría optado, en observancia del art. 3 GG, por el texto que resta en vigor, es decir, habría extendido la ley, sin modificaciones, a todos los grupos que hubiera debido tener presentes según el art. 3 GG» (citada por M. A. AHUMADA RUIZ: «El control de constitucionalidad...», *cit.*, págs. 187-188). En sentido parecido, K. SCHLAICH: «El Tribunal Constitucional federal...», *op. cit.*, pág. 195.

(29) A. A. CERVATI: «Incostituzionalità delle leggi...», *cit.*, pág. 263.

(30) En este sentido, K. SCHLAICH: «El Tribunal Constitucional Federal ...», *op. cit.*, pág. 197.

soluciones han sido diversas (31). En general, se entiende que la ley declarada inconstitucional no puede ser aplicada desde ese momento por los tribunales y autoridades, soportando una «prohibición de aplicación»; los procedimientos en los que dicha ley debía aplicarse (incluido, en su caso, el procedimiento *a quo*) se suspenden hasta que se produzca la nueva regulación legislativa. Pero en otras ocasiones, el Tribunal ha señalado un plazo a la nueva intervención legislativa, indicando que la norma declarada inconstitucional siga siendo aplicada durante dicho plazo (32). Incluso, en algún caso ha indicado que el pronunciamiento de mera inconstitucionalidad tiene una eficacia similar a la de los pronunciamientos de nulidad, tanto para el futuro como para el pasado, de manera que la norma declarada inconstitucional «no debe ser aplicada más en la medida resultante de la parte dispositiva» (33), aunque parece que esta afirmación es realmente algo exagerada.

Lo normal es que deba dejar de aplicarse la ley sólo en la medida en que la misma es considerada inconstitucional; hay que tener en cuenta que buena parte de estas sentencias dan respuesta a omisiones, lagunas, o situaciones de ventaja de las que se excluye a alguien que debería estar incluido. En tales casos, la ley es inconstitucional sólo en cuanto omite o no incluye algo, pero lo que efectivamente regula o incluye no es en sí mismo inconstitucional. Por ello, el Tribunal establece con frecuencia un «bloque de aplicación» de la ley, constituido por la parte de su regulación que continuará aplicándose, debiendo en la parte de regulación que no forma parte de ese bloque esperarse a la nueva regulación, suspenderse los procedimientos en espera de la actuación legislativa (34), a la que en ocasiones se indica incluso un plazo. La aplicación provisional (en todo o en parte) de la disposición incompatible, hasta la nueva intervención legislativa, se fundamenta en motivos de derecho constitucional (y, especialmente, de certeza del derecho o de seguridad jurídica) que exigen que el precepto se mantenga en vigor durante el período transitorio, evitando una situación más inconstitucional que la presen-

(31) Véase A. A. CERVATI: «Incostituzionalità delle leggi...», *cit.*, págs. 264-270.

(32) Así lo destaca A. WEBER: «Alemania», *cit.*, pág. 80, que cita como ejemplos las sentencias 33, 303-305; 37, 217-218; 61, 319-321; 72, 330-333.

(33) BVerfGE 37, 217, citada por A. A. CERVATI: «Incostituzionalità...», *cit.*, pág. 265, y por K. SCHLAICH: «El Tribunal Constitucional Federal...», *cit.*, pág. 198.

(34) Por ejemplo, BVerfGE 37, 217, 261, en la que, a pesar de la afirmación antes transcrita en el sentido de que la simple inconstitucionalidad produce los mismos efectos que la nulidad, se afirma: «La regulación en vigor hasta hoy, continúa siendo válida en este caso en su contenido positivo, esto es, en la medida en que garantiza la nacionalidad alemana a los hijos legítimos que no tienen más que uno de los padres de nacionalidad alemana» (citada por K. SCHLAICH: «El Tribunal Constitucional...», *cit.*, pág. 197).

te (35). Esta aplicación provisional se ha ordenado no sólo para el «bloqueo de aplicación», sino en otras ocasiones para la disposición o regulación inconstitucional en su conjunto (36). En todo caso, si se indica un plazo dentro del que ha de producirse la nueva regulación legislativa, y el mismo transcurre sin dicha intervención, la disposición incompatible no podrá aplicarse más, ni siquiera con carácter provisional (37). Si la sentencia no indica plazo, el legislador es libre en la elección temporal, pero no debe por retardo culpable dejar en vigor una situación inconstitucional inalterada (38). En fin, no faltan casos en los que el Tribunal no dice nada sobre la disciplina aplicable hasta la intervención del legislador, o se limita a ordenar al juez competente la suspensión del juicio, o se dirige exclusivamente al legislador, dejando en duda los restantes efectos de su decisión (39).

La doctrina ha criticado la incertidumbre e imprevisibilidad de las decisiones del Tribunal en cada caso, así como la excesiva elasticidad de los parámetros usados y la consiguiente discrecionalidad del Tribunal, con el riesgo de instrumentalización de las técnicas decisorias por fines políticos (40). Cabe indicar que la constatación de la simple inconstitucionalidad, sin la consiguiente nulidad, es explicable como medida para resolver situaciones de omisiones inconstitucionales, pero crea también problemas de difícil solución: aunque aparentemente se trata de una medida respetuosa con la libertad de configuración del legislador, no hay que olvidar que es el propio Tribunal quien determina cuál será la normativa aplicable en el período provisional o transitorio, actuando durante tal período como legislador (41). Por lo demás, en los supuestos en

---

(35) W. ZEIDLER: «Cour constitutionnelle...», *cit.*, pág. 51; S. STUTH: «Il Bundesverfassungsgericht...», *cit.*, pág. 294.

(36) BVerfGE 33, 303, 305: «El artículo 17 de la Ley sobre las Universidades es incompatible con la Ley Fundamental... La disposición debe, sin embargo, aplicarse hasta la elaboración de una nueva regulación legislativa, que como muy tarde tendrá lugar al comienzo del semestre del verano del año 1973». El Tribunal declara en esta sentencia incompatible con la Constitución, pero no nula, una disposición legal de un *Land* que limitaba la matriculación en la Universidad sin establecer criterios adecuados para la elección de las demandas presentadas; el establecimiento de que el precepto continúe en vigor, y la no declaración de nulidad, se justifica en que dicha declaración de nulidad produciría una situación todavía más lejana de la Constitución que la actual. (Sentencia citada y comentada por K. SCHLAICH: «El Tribunal Constitucional...», *cit.*, págs. 197-198)

(37) A. A. CERVATI: «Incostituzionalità...», *cit.*, pág. 266.

(38) S. STUTH: «Il Bundesverfassungsgericht...», *cit.*, pág. 295.

(39) A. A. CERVATI: «Incostituzionalità...», *cit.*, pág. 266, con cita de jurisprudencia.

(40) Así lo ha destacado A. A. CERVATI: «Incostituzionalità...», *cit.*, pág. 271, con cita de doctrina.

(41) K. SCHLAICH: «El Tribunal Constitucional...», *cit.*, pág. 198.

que los procedimientos han de suspenderse en espera de la nueva regulación, el respeto a la decisión del legislador puede conllevar intromisión en la actuación de los jueces ordinarios, y sobre todo perjuicio de los derechos de los justiciables, que han de esperar, en ocasiones sin plazo determinado, para recibir respuesta a sus demandas judiciales. Y en los casos en que excepcionalmente continúa aplicándose la normativa declarada inconstitucional, el respeto al legislador se produce a costa del sacrificio de las propias exigencias constitucionales. Por ello, si bien esta medida resulta explicable en la mayoría de los supuestos a los que pretende dar respuesta, no siempre resulta *justificable*: en realidad, creo que sólo encontrará justificación cuando no haya una solución más correcta o adecuada, o menos problemática, a la situación planteada.

### 2.2.B) *Sentencias que declaran que la ley «no es todavía inconstitucional»*

En ciertos casos, el Tribunal Constitucional Federal ha señalado la constitucionalidad actual de una ley, pero señalando que la misma puede en el futuro ser inconstitucional. Esta declaración viene acompañada de una llamada al legislador para que propicie una situación jurídica plenamente constitucional, o para evitar una eventual inconstitucionalidad futura; en ocasiones se señala un plazo para dicha intervención legislativa.

En realidad, entre las decisiones que señalan que una ley «no es todavía inconstitucional», realizando la correspondiente apelación al legislador, existen algunas que constatan en realidad la inconstitucionalidad de la ley, pero consideran necesario que la misma siga en vigor de momento, pues lo contrario produciría un vacío o una situación más inconstitucional: así, el Tribunal Constitucional señaló que las circunscripciones electorales adoptadas por el legislador se tornaron inconstitucionales a causa de la alteración de las cifras de población; sin embargo, consideró que la situación era todavía aceptable para la elección que acababa de tener lugar, instando al legislador a la adopción de una nueva regulación durante la legislatura en curso (42). En otros supuestos, la inadecuación a la Constitución se ha producido —o se está produciendo, o a punto de producirse— de manera por así decirlo gradual, en función de cambios sociales o de diversas circunstancias que han ido evolucionando. Por ejemplo, el Tribunal afirmó que no se podía entender que fueran en aquel momento incompatibles con la Constitución las condiciones más rigurosas que es-

---

(42) BVerfGE 16, 130, comentada por K. SCHLAICH: «El Tribunal Constitucional...», pág. 200, y W. ZEIDLER: «Cour constitutionnelle...», pág. 44.

tablecía la legislación entonces vigente para el acceso a la pensión de un viudo en comparación con las exigidas a la viuda; sin embargo, hizo una llamada al legislador para que encontrase una solución adecuada que excluyera en el futuro la contradicción con la Constitución. Consideró en este caso que la ley estaba en vías de ser inconstitucional, a la vista del cambio de papel de la mujer en la pareja y en la familia: la reforma era necesaria, pero era preciso dar tiempo al legislador para llevarla a cabo (43).

En todo caso, la afirmación de que una ley es «todavía constitucional» suele encerrar la idea de que la misma es ya incompatible con la Constitución, pero razones basadas en la imposibilidad de que el Tribunal regule la situación, en la conveniencia de evitar el vacío legislativo, o en general en las consecuencias políticas de su decisión, aconsejan al Tribunal dar un margen de actuación al legislador para que proceda a la adecuación a la Constitución. Pero, en realidad, la inconstitucionalidad se impone ya (44); incluso en los casos de modificación o evolución de las circunstancias de hecho, en los que el Tribunal señala una eventual inadecuación de la regulación a la Constitución en el futuro, dicha constatación se produce porque el mismo ya ha apreciado tal cambio de circunstancias (que ya se ha producido o está produciendo), y más bien parece que prefiere tomar una actitud prudente y deferente hacia el legislador, habida cuenta de que ha de ser éste quien proceda a la nueva regulación.

En cuanto a los efectos de este tipo de sentencias, en realidad no parece que pueda hablarse de un efecto jurídico directo o inmediato, ya que la regulación sigue estando en vigor y es aplicable (ciertamente, el Tribunal señala que la misma es constitucional... todavía), y solamente será derogada cuando el legislador apruebe la nueva regulación que la sustituya. Más bien parece que sus efectos se sitúan en el plano político, ya que contienen una llamada al legislador, y al tiempo una advertencia: en efecto, señalan que, en caso de que la regulación no se modifique (en su caso, en el plazo establecido) la misma se convertirá en inconstitucional, y probablemente el Tribunal habrá de proceder a declararla nula. Además, es probable que esta afirmación provoque en el futuro nuevos recursos, que den la oportunidad al Tribunal de volver a pronunciarse sobre la regulación, en el caso de que la misma no haya sido sustituida (45). Se ha dicho que, en realidad, estas decisiones no tienen autoridad de cosa juzgada (46).

---

(43) BVerfGE 39, 169, comentada por K. SCHLAICH: «El Tribunal Constitucional...», *cit.*, págs. 200-201; W. ZEIDLER: «Cour Constitutionnelle...», *cit.*, págs. 47-48.

(44) En este sentido, K. SCHLAICH: «El Tribunal Constitucional...», *cit.*, pág. 201.

(45) En este sentido, S. STUTH: «Il Bundesverfassungsgericht...», *cit.*, pág. 292.

(46) W. ZEIDLER: «Cour Constitutionnelle...», *cit.*, pág. 51.



## 2.2.C) Las apelaciones al legislador y el señalamiento de plazos

Como hemos apuntado, las sentencias que declaran una ley «todavía constitucional» vienen siempre acompañadas de una apelación al legislador, y en ocasiones de un plazo para que proceda a la nueva regulación. En rigor, el término *Appellentscheidungen* —«sentencia de apelación»— suele referirse precisamente a estas decisiones que señalan que una regulación «no es todavía inconstitucional», y por tanto se sitúan en el ámbito de las sentencias de conformidad con la Constitución (47); pero las apelaciones y los plazos pueden utilizarse también en supuestos de disconformidad con la Constitución en los que, sin embargo, por diversas circunstancias la inconstitucionalidad no determina la nulidad de la ley (48). Por tanto, estas apelaciones y plazos no constituyen en realidad un instrumento distinto a los que acabamos de ver, pero en todo caso conviene detenerse brevemente en su examen.

Zeidler (49) ha distinguido varios supuestos de sentencias de apelación: *a)* las que tienen como característica común el deseo de evitar la confusión en la política constitucional (por ejemplo, la ya citada relativa a las circunscripciones); *b)* las que declaran que una situación jurídica es todavía aceptable constitucionalmente, pero añaden una apelación al legislador para que realice una nueva regulación de todo un ámbito jurídico (por ejemplo, procurar condiciones iguales a los hijos naturales y a los legítimos, o los fundamentos esenciales de los derechos y deberes de los detenidos); y *c)* las que consideran que una regla legislativa es todavía aceptable, pero afirman claramente que la Constitución exige su modificación, ya que los cambios sociales o disparidades crecientes provocarán poco a poco una violación del principio de igualdad (así, en el caso ya mencionado de las pensiones de viudos y viudas).

Un problema fundamental que plantean estas apelaciones al legislador es la obligatoriedad de las mismas: ¿en qué medida el legislador puede considerarse obligado por las indicaciones del Tribunal Constitucional? Cabe entender que dicha obligación o deber deriva de la propia Constitución, limitándose el Tribunal a interpretar ésta señalando las obligaciones concretas que derivan de la Ley Fundamental. En todo caso, si dicha obligación no tiene un plazo concreto, su cumplimiento parece quedar, al menos en principio, en manos del legislador (aunque el Tribunal siempre podría declarar la nulidad de la regulación

(47) Así, S. STUTH: «Il Bundesverfassungsgericht...», *op. cit.*, pág. 291, o A. WEBER: «Alemania», *cit.*, pág. 80.

(48) Así lo destaca A. A. CERVATI: «Incostituzionalità delle leggi...», *cit.*, pág. 263, que no obstante distingue estas decisiones de las de *Unvereinbarkeit*.

(49) W. ZEIDLER: «Cour Constitutionnelle...», *op. cit.*, págs. 44 y sigs.

en una sentencia posterior, si se le vuelve a plantear la misma cuestión). Y si la sentencia establece un plazo para establecer la nueva regulación, el problema estará en determinar qué legitimidad asiste al Tribunal para imponer dicho plazo al legislador. En algún supuesto, el plazo puede derivar de la propia Ley Fundamental: por ejemplo, el art. 117.1 establece un plazo para proceder a la adaptación constitucional de las disposiciones contrarias a la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer (50). Pero, más allá de estos supuestos, los problemas de los plazos son numerosos; a veces el Tribunal ha otorgado simplemente un «plazo razonable» al legislador (51), lo que plantea varias cuestiones: ¿de dónde deriva la necesidad de ese plazo razonable? ¿quién puede apreciarlo?; y si es el Tribunal quien se reserva el derecho a preciar el cumplimiento del plazo ¿qué fundamento existe para esa competencia del Tribunal?

En realidad, en los supuestos de incompatibilidad no acompañada de nulidad, cualquier plazo es una consideración o deferencia no fácilmente comprensible desde el punto de vista jurídico: el legislador ya debía haber aprobado una regulación constitucional, y si la misma no es acorde con la norma fundamental, la consecuencia lógica habitual habría sido su nulidad, y la ausencia de toda apelación o plazo para proceder a una nueva regulación, aspecto irrelevante desde el punto de vista de la lógica jurídica. Pero lo cierto es que estas decisiones no se explican precisamente en términos de lógica jurídica, sino de necesidad o conveniencia de no proceder a la nulidad. Respecto a la conformidad con la declaración de una ley «todavía constitucional», ya hemos visto que en la mayoría de los supuestos lo cierto es que la ley es ya incompatible con la Constitución, con lo que serían trasladables las reflexiones que acabamos de hacer; en el caso de inconstitucionalidad «gradual» por cambio de circunstancias, cualquier plazo no puede ser otra cosa que una aproximación. En general, el problema de los plazos está en que es difícil apreciar un fundamento jurídico-constitucional a los mismos.

### 2.3. *La Corte constitucional italiana: de las sentencias aditivas a la búsqueda de otras soluciones*

Los «remedios» tradicionalmente utilizados por la Corte constitucional italiana frente a las omisiones legislativas han sido «sentencias unilaterales», y en

---

(50) El Tribunal Constitucional ha señalado que transcurrido el plazo indicado en el art. 117.1, queda derogado el derecho constitucional discriminatorio (por ejemplo, BVerfGE 3, 225). Sobre este tema, I. VILLAVERDE: *La inconstitucionalidad...*, cit., págs. 46 y sigs.

(51) Por ejemplo BVerfGE 6, 257. Un comentario sobre el «plazo razonable» en esta sentencia, en I. VILLAVERDE MENÉNDEZ: *La inconstitucionalidad...*, cit., págs. 56 y sigs.

particular, lo que se conoce como sentencias aditivas (o, más ampliamente, manipulativas, o interpretativas estimatorias). A mi juicio, dos factores explican este predominio: en primer lugar, el protagonismo casi absoluto que en el sistema italiano de justicia constitucional tiene la vía incidental (52); en segundo lugar, las dudas que la doctrina y la jurisprudencia han mantenido durante mucho tiempo sobre los efectos vinculantes de las sentencias desestimatorias. La primera característica ha provocado que las leyes de cuya constitucionalidad conoce la Corte hayan sido ya objeto de interpretación y aplicación por los jueces y tribunales, constituyendo *diritto vivente* (53), lo que en definitiva ha conllevado la frecuente necesidad de decisiones interpretativas. El segundo factor permite explicar que, entre las decisiones interpretativas, se hayan empleado con gran frecuencia las estimatorias.

### 2.3.A) *De las sentencias interpretativas a las sentencias aditivas*

En efecto, mientras que las sentencias que declaran la ilegitimidad constitucional de una ley producen la cesación de la eficacia de ésta desde el día siguiente al de la publicación de la resolución (art. 136 de la Constitución, arts. 30, 31 de la Ley de 11 de marzo de 1953, n. 87) (54), no se dispone nada sobre los efectos de las sentencias que no declaran dicha ilegitimidad constitucional. Ello plantea especiales dificultades por lo que se refiere a las sentencias

---

(52) Un análisis general de las competencias de la Corte constitucional puede encontrarse en la esencial obra de G. ZAGREBELSKY: *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bolonia, 20.<sup>a</sup> ed., 1988, especialmente págs. 101 y sigs.; véase también A. CERRI: *Corso di giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milán, 20.<sup>a</sup> ed., 1997, págs. 50 y sigs.; F. PIERANDREI: «Corte costituzionale», en *Enciclopedia del Diritto*, vol. X, Giuffrè, Milán, 1962.

(53) Sobre el *diritto vivente*, G. ZAGREBELSKY: «La dottrina del diritto vivente», en *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milán, 1988, págs. 97 y sigs.; A. ANZON: «La Corte costituzionale e il "diritto vivente"», en *Giurisprudenza costituzionale*, 1984, I, págs. 300 y sigs.; A. PUGIOTTO: «Dottrina del diritto vivente e ridefinizione delle sentenze additive», en *Giurisprudenza costituzionale*, 1992, págs. 3672 y sigs.

(54) Desde luego, el tema de los efectos de las sentencias estimatorias, sobre todo en su aspecto temporal, no deja de plantear numerosos problemas. Véase, por ejemplo, la obra colectiva *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Giuffrè, Milán, 1989, que contiene varios trabajos referidos específicamente a las sentencias de acogimiento; o F. DELFINO: *La dichiarazione di illegittimità costituzionale delle leggi. Natura ed effetti*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Nápoles, 1970. Pero lo que me interesa destacar es que las sentencias de acogimiento producen sin duda la inmediata cesación de la eficacia del precepto, con efectos *erga omnes*, mientras que dichos efectos, e incluso la vinculación de jueces y tribunales, es dudoso se produzcan en el caso de sentencias interpretativas de rechazo.

interpretativas de rechazo, que si bien son formalmente desestimatorias, en realidad están afirmando la inconstitucionalidad de una o varias —incluso todas menos una— de las interpretaciones o normas que pueden deducirse del precepto. Este tipo de sentencias comprenden un doble pronunciamiento (*doppia pronuncia*): la Corte declara legítima la norma que se deduce de la disposición impugnada según cierta interpretación (que normalmente no es la propuesta por el juez *a quo*), pero se pronuncia también sobre la norma que se deduce según otra interpretación (que suele ser precisamente la interpretación que dio lugar a la impugnación), declarándola eventualmente ilegítima. Sin embargo, como la sentencia es formalmente desestimatoria, la parte dispositiva deja «a la sombra» el segundo pronunciamiento (55), ya que el fallo sólo suele aludir a que el precepto es constitucional «interpretado en el sentido...» (56).

La cuestión —añadida al propio problema de los efectos del pronunciamiento desestimatorio— está en determinar cuáles son los efectos de ese segundo pronunciamiento, y en concreto si el mismo vincula a los jueces y tribunales ordinarios. Se trata de un aspecto controvertido en la doctrina, y también en la propia práctica jurisprudencial, al menos durante algunos años. En efecto, tras algunas sentencias interpretativas de desestimación pronunciadas en los primeros años de existencia de la Corte constitucional, que señalaban cuál era la interpretación que había de darse a la ley para que fuese acorde con la Constitución, algunos Tribunales, y especialmente la Corte de Casación, se resistieron a seguir dicha interpretación. Cuando la Corte constitucional tuvo ocasión de volver a pronunciarse sobre los mismos preceptos, comenzó a emitir pronunciamientos interpretativos de estimación, declarando la ilegitimidad constitucional del precepto, interpretado en el sentido que la Corte consideraba ilegítimo desde el punto de vista constitucional. Estos segundos pronunciamientos fueron lo que en sentido propio puede denominarse *doppia pronuncia*, ya que el pronunciamiento de ilegitimidad constitucional que en una sentencia interpretativa de desestimación quedaba «a la sombra», fuera del dispositivo y era en realidad implícito, se convierte en estas «segundas» sentencias interpretativas (de acogimiento) en un pronunciamiento expreso, y contenido en la propia parte dispositiva (57).

(55) M. MONTELLA: *Tipologia delle sentenze della Corte Costituzionale*, Maggioli Editore, Rimini, 1992, pág. 62.

(56) Al «doble pronunciamiento» en las sentencias interpretativas, y a los efectos de éstas, me he referido con más detalle en *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lex Nova, Valladolid (en prensa).

(57) M. MONTELLA: *Tipologia delle sentenze....*, cit., pág. 62.

En esta situación de «pulso» o *braccio di ferro* (58) entre Corte constitucional y Corte de casación, denominada a veces «guerra de las dos Cortes», la Corte constitucional hizo frente a la «rebelión» de la Corte de casación y otros jueces y tribunales mediante estos «dobles pronunciamientos» que estimaban la cuestión (59). Probablemente, el primer ejemplo de esta situación pueda encontrarse en las sentencias de la Corte constitucional que se pronunciaron sobre la ley de seguridad pública, y en concreto sobre los poderes que la misma atribuye al Prefecto (60).

Sin embargo, como se ha destacado (61), con el tiempo la Corte ha ido abandonando en algunos casos la opción de la sentencia interpretativa de acogimiento como *doppia pronuncia* de una sentencia interpretativa de rechazo, pasando más bien a declarar la inconstitucionalidad *tout court* de la disposición cuando el juez no se atiene a la interpretación contenida en una sentencia interpretativa de desestimación; y ello porque basándose en la idea del *diritto vivente*, considera que la interpretación propuesta por el juez —y que la Corte entiende inconstitucional— es realmente la norma «viva» incorporada al texto de la disposición.

(58) C. COLAPIETRO: *Le sentenze additive e sostitutive della Corte costituzionale*, Pacini Editore, Pisa, 1990, pág. 7.

(59) Véase M. MONTELLA: *Tipologia...*, op. cit., págs. 64 y sigs., que examina algunos de los «dobles pronunciamientos» de la Corte, y distingue algunos en los que se produce un cambio de posición en la jurisprudencia de la Corte, de aquellos otros que representan sólo un desarrollo de una resolución precedente, aunque pasando de una sentencia de rechazo a una de acogimiento. Sobre los problemas de un contraste en la interpretación de la Corte de casación y de la Corte constitucional, véase el mismo trabajo citado, págs. 70 y sigs.

(60) Sentencias núm. 8, de 20 de junio de 1956 (interpretativa de rechazo), y núm. 26, de 23 de mayo de 1961 (*doppia pronuncia*, interpretativa de acogimiento). La primera de las sentencias declara constitucional el precepto impugnado, interpretando las medidas que puede tomar el Prefecto en el sentido (limitado y vinculado al ordenamiento) que ella misma indica. En la segunda, tras destacar que la ausencia de prescripción alguna en el precepto sobre el respeto a los principios del ordenamiento jurídico ha hecho posible en la realidad una aplicación de la norma contraria a los derechos de los ciudadanos, declara la ilegitimidad del precepto «en el sentido y con los límites indicados en la motivación», la cual afirma que la ilegitimidad existe sólo en cuanto el artículo atribuye al Prefecto el poder de emitir ordenanzas sin respetar los principios del ordenamiento jurídico. De esta forma, estas dos sentencias interpretan la disposición impugnada en el mismo sentido, pero emiten pronunciamientos diferentes. En realidad, sólo la «rebelión» frente a la sentencia anterior explica que el segundo pronunciamiento sea estimatorio. Entre las dos sentencias mencionadas, y a título de ejemplo, puede mencionarse la sentencia de la Corte de casación núm. 2068, de 16 de junio de 1958, que ignora la interpretación establecida por la Corte constitucional en la primera de ellas.

(61) R. ROMBOLI: «La tipología de las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en vía incidental», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 48, 1996, pág. 64.

Creo que todas estas razones permiten explicar el tránsito de las sentencias interpretativas de rechazo a las de acogimiento. Se ha dicho que la elección entre una u otra solución obedece a razones de oportunidad: las sentencias interpretativas de acogimiento permiten superar la resistencia mostrada por algunos sectores de la magistratura a acoger la interpretación correctiva formulada por la Corte, al tiempo que permite dar respuesta adecuada a la insensibilidad del legislador ante las peticiones, por parte de la Corte, de modificación de leyes, y a la exigencia de rellenar los vacíos creados (62). Lo cierto es que la Corte comenzó a utilizar cada vez con más frecuencia estos fallos «atípicos», dando entrada a una variada tipología de sentencias, algunas de las cuales han sido denominadas «manipulativas» porque alteran en cierto sentido el contenido normativo del precepto impugnado.

Dentro de este grupo se encuadran las sentencias aditivas, que adoptan con frecuencia un fallo parcialmente estimatorio, en el que se declara normalmente que el precepto es inconstitucional «en la parte en que...» o «en cuanto...» no prevé, no incluye, o excluye algo que constitucionalmente debería prever. Se trata de un remedio muy utilizado frente a las omisiones legislativas relativas, ya que precisamente estas omisiones implican la existencia de una disposición legislativa incompleta, en el sentido de que la misma «no prevé» o «no incluye» lo que debería prever de acuerdo con la Norma fundamental (con frecuencia, pero no siempre, dicha omisión se produce por una realización inadecuada de las exigencias del principio de igualdad, al concederse una situación de ventaja a determinados grupos o categorías, excluyendo a otros). Por ello, y por las especiales características del sistema italiano, las sentencias aditivas han sido —y aún lo son hoy— un instrumento muy frecuentemente utilizado por la Corte constitucional (63). De hecho, puede afirmarse que durante años han sido el

(62) C. COLAPIETRO: *Le sentenze additive...*, cit., pág. 9.

(63) En efecto, la Corte Constitucional comenzó a utilizar sentencias aditivas en torno a los años sesenta (las primeras interpretativas de acogimiento son de los últimos años cincuenta), y desde entonces a la actualidad su uso ha sido muy frecuente. A título de simple muestra, pueden destacarse las sentencias núm. 168, de 12 de diciembre de 1963; núm. 6, de 19 de enero de 1966; núm. 22, de 28 de febrero de 1967; núm. 190, de 10 de diciembre de 1970; núm. 63 y núm. 64, de 13 de abril de 1972; núm. 107, de 23 de abril de 1974; núm. 27, de 18 de febrero de 1975; núm. 202, de 15 de julio de 1976; núm. 95, de 12 de julio de 1979; núm. 190, de 25 de julio de 1985; núm. 561, de 10 de diciembre de 1987; y, más recientemente, núm. 43, de 10 de febrero de 1997; núm. 110, de 9 de abril de 1997; núm. 192, de 17 de junio de 1997; núm. 311, de 15 de octubre de 1997; núm. 27, de 23 de febrero de 1998; núm. 361, de 14 de octubre de 1998. C. COLAPIETRO: «Le sentenze additive e sostitutive...», cit., págs. 71-72, realiza un análisis cuantitativo de las sentencias aditivas recaídas en el período 1980-1988, contabilizando un total de 229 decisiones de este tipo en el período analizado, durante el que encuentra un total de 491 sentencias esti-

único remedio «italiano» frente a las omisiones legislativas. Pero las sentencias aditivas, que son una solución «unilateral» al problema, plantean no pocos problemas desde la perspectiva de la adecuada relación entre Tribunal Constitucional y legislador. Aunque en mi opinión ello no implica que supongan siempre y necesariamente una invasión de competencias legislativas, lo cierto es que en los últimos años la Corte constitucional —sin abandonar por completo la utilización de estas decisiones— ha buscado otras fórmulas que pudieran resultar más respetuosas con el legislador.

### 2.3.B) *A la búsqueda de nuevas técnicas decisorias*

En efecto, desde los últimos años ochenta la Corte ha comenzado a utilizar nuevas técnicas de decisión, algunas de las cuales son conocidas en el Derecho comparado europeo, mientras que otras son propias del sistema italiano, o bien «adaptaciones» al mismo de fórmulas extranjeras. Así, pueden citarse (64) las invitaciones y amonestaciones al legislador para que intervenga regulando una materia (en su caso, acompañadas con la amenaza de una eventual declaración de inconstitucionalidad en el futuro); las declaraciones de «inconstitucionalidad constatada, pero no declarada», en las que la Corte concluye el proceso con una decisión de falta de fundamento o de inadmisibilidad, pero afirma claramente que la normativa está en contraste con la Constitución (no procede a la declaración de inconstitucionalidad al entender que con ello se excedería de los límites de sus funciones, invadiendo la esfera reservada a la discrecionalidad legislativa) (65); o las declaraciones de que la ley impugnada es «todavía constitucional», aunque sólo en consideración al carácter temporal que se supone

---

matorias. Por lo tanto, en los nueve años considerados las sentencias aditivas ascendieron, si seguimos los datos ofrecidos en el mencionado estudio, a un 49,63 por 100 del total de las sentencias estimatorias, es decir, aproximadamente la mitad.

(64) Sobre estas nuevas decisiones de la Corte constitucional italiana, con cita de sentencias de los últimos años, R. ROMBOLI: «La tipología de las decisiones...», *cit.*, págs. 70 y sigs.; del mismo autor, «Italia», en E. AJA (ed.): *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, *cit.*, págs. 109 y sigs.; y, también de ROMBOLI: «El control de constitucionalidad de las leyes en Italia», en *Teoría y realidad constitucional*, núm. 4 (monográfico sobre el Tribunal Constitucional), 1999, págs. 190 y sigs. Véase también la monografía de G. PARODI: *La sentenza additiva a dispositivo generico*, G. Giappichelli, Turín, 1996, págs. 13 y sigs.

(65) Estas decisiones se diferencian de las sentencias de mera incompatibilidad, o de inconstitucionalidad sin nulidad, en que aquí no se produce declaración de inconstitucionalidad de la disposición impugnada, sino simplemente un reconocimiento o constatación explícita de dicha contrariedad con la Constitución.

que tiene. También pueden citarse las decisiones que retrasan en el tiempo los efectos de la declaración de ilegitimidad constitucional, bien en atención a que se considera que la regulación era constitucional en su origen, y sólo tras un cambio de circunstancias o tras ocurrir determinados acontecimientos ha devenido inconstitucional; o bien porque la Corte entiende que la declaración de ilegitimidad produciría efectos negativos en relación con otros valores constitucionalmente protegidos; en estos casos puede hablarse de ilegitimidad constitucional sobrevenida (66). Y, por último, hay que destacar las llamadas «sentencias delegación», en las que la Corte declara la inconstitucionalidad, pero no establece directamente la «nueva regulación», sino que «delega» este cometido en el legislador (al que en ocasiones se le señalan los principios constitucionales que ha de tener en cuenta); con un sentido muy similar —hasta el punto de que suelen utilizarse los términos como sinónimos— se ha hablado de «sentencias aditivas de principio» que, aun siguiendo la misma técnica de las sentencias aditivas, no introducen una regla inmediatamente aplicable, sino que se fijan un principio general que requiere la actuación del legislador; aunque, en ocasiones, se permite que el juez ordinario utilice dicho principio en la resolución de los casos concretos, dentro de ciertos límites (en sentido propio, la característica diferenciadora de las «sentencias aditivas de principio» sería precisamente esta posibilidad de aplicación judicial de los principios establecidos por la Corte) (67). También con significado equivalente o muy próximo se utilizan las expresiones «sentencias mecanismo» (68) (o «aditivas de mecanismo») y «sentencias aditivas con parte dispositiva genérica» (69).

(66) R. ROMBOLI: «La tipología...», *cit.*, pág. 71.

(67) R. ROMBOLI: «La tipología...», *cit.*, pág. 75; «Italia», *cit.*, pág. 123.

(68) E. CATELANI: «Tecniche processuali e rapporto tra Corte costituzionale e Parlamento. Spunti in margine alla dichiarazione di illegittimità costituzionale di meccanismo», en *Quaderni costituzionali*, 1994, págs. 148 y sigs.

(69) Sobre este tipo de decisiones, puede verse el amplio trabajo de G. PARODI: *La sentenza additiva a dispositivo generico*, *cit.* Entiende este autor por «sentencias aditivas con parte dispositiva genérica» o «decisiones meramente declarativas» (en sentido amplio ambas expresiones pueden resultar equivalentes o próximas), aquellas sentencias que tienen un fallo de tipo aditivo, pero que no identifica con precisión ni la norma inconstitucional, ni la norma omitida (pág. 7). Se trata por tanto de decisiones que declaran la inconstitucionalidad de la ley impugnada, pero con un dispositivo aditivo indeterminado y genérico (véanse págs. 23-25). Las sentencias aditivas con parte dispositiva genérica se enfrentan a una omisión legislativa, y proceden a declarar la inconstitucionalidad de normas inexpresas indeterminadas y genéricas (véanse págs. 160-166), estableciendo una solución integradora también genérica e indeterminada. Parodi propone una clasificación «empírica» de las sentencias de inconstitucionalidad con parte dispositiva genérica (págs. 253-258): a) cuando la «sugerencia» contenida en el fallo aditivo genérico es susceptible de concretización jurisprudencial, estamos en presencia de una «sentencia aditiva de principio»



Se ha destacado que algunas de estas decisiones no resultan del todo apropiadas para un sistema básicamente incidental como el italiano, ya que conllevan el peligro de descuidar los intereses presentes en el procedimiento *a quo*, que deberá resolverse en la mayoría de estos supuestos con una ley considerada inconstitucional por la Corte (70). En cualquier caso, hay que tener en cuenta que algunas «sentencias delegación» o «sentencias aditivas de principio», pueden actuar en ocasiones como un remedio «trilateral» frente a las omisiones legislativas, al permitir que los jueces ordinarios se basen provisionalmente en los principios establecidos por la Corte, hasta la nueva intervención legislativa.

En fin, aunque las circunstancias propias del sistema italiano provocaron en él el tránsito de las sentencias interpretativas desestimatorias a la más variada tipología de «sentencias manipulativas», lo cierto es que tampoco han sido desconocidas, sobre todo en los últimos tiempos, otros tipos de decisiones conocidas en el Derecho comparado, e incluso algunas nuevas decisiones «creadas» en Italia, buscando una mayor «deferencia» hacia el legislador. En todo caso, no puede hablarse más que de un cierto predominio —no tanto cuantitativo como en importancia—, o más bien «protagonismo», de determinado tipo de decisiones: desde luego, ni las sentencias interpretativas, ni las sentencias aditivas, ni el resto de las manipulativas pueden considerarse desaparecidas. En realidad, el sistema italiano ofrece una amplísima variedad de decisiones que pueden funcionar como remedio a las omisiones legislativas.

#### 2.4. *La inconstitucionalidad por omisión en el sistema portugués*

Desde el punto de vista del control de las omisiones legislativas, el sistema portugués presenta el interés de ofrecer una vía específica para su control ante el Tribunal Constitucional (71). Se trata, en efecto, del control de inconstitu-

---

en sentido propio; b) si la «sugerencia» de la Corte no es susceptible de concretización jurisprudencial, estamos ante una sentencia que en cierto sentido puede entenderse como meramente declarativa. En fin, el trabajo mencionado realiza un comentario de las sentencias de inconstitucionalidad con dispositivo genérico más destacadas de la Corte constitucional, entre 1987 y 1995 (págs. 73-106).

(70) R. ROMBOLI: «La tipología...», *cit.*, págs. 73-74; «Italia», *cit.*, págs. 112-113. G. PARODI: *La sentenza additiva a dispositivo generico*, *cit.*, pág. 23, refiriéndose en concreto a la inconstitucionalidad constatada, pero no declarada, destaca que la misma contrasta con la incidentalidad propia del sistema italiano, descuidando las exigencias del proceso *a quo* y sacrificando los intereses de las partes.

(71) Una exposición de las características generales de los distintos procesos de control de constitucionalidad en Portugal puede encontrarse en J. J. GOMES CANOTILHO: *Direito Constitu-*

cionalidad por omisión, procedimiento que, entre los más próximos al nuestro, sólo es conocido en el sistema portugués (72). En principio, podría parecer que un recurso o procedimiento específico resultaría una solución idónea al problema de las omisiones legislativas. Sin embargo, creo que ello no es así, por las peculiares características de este procedimiento, y especialmente por lo que se refiere a su objeto y a los efectos de sus sentencias. Por un lado, resulta dudoso que puedan ser objeto de este procedimiento las omisiones relativas. Pero sobre todo, la sentencia estimatoria carece de efectos vinculantes. Según la Constitución, el Tribunal «aprecia y verifica» la inconstitucionalidad por omisión, y cuando lo hace, se limita a «dar conocimiento» de dicha inconstitucionalidad al órgano competente (art. 283.2 de la Constitución, art. 68 de la Ley del Tribunal Constitucional) (73). Por tanto, las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de la omisión son meramente verificativas, carecen de cualquier efecto vinculante; si el legislador se ve obligado a legislar, dicha obligación deriva directamente del imperativo constitucional, y no de la sentencia, ya

---

*cional*, Almedina, Coimbra, 6.ª ed., 1993, págs. 1043 y sigs., y *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, Coimbra, 3.ª edición, 1999, págs. 915 y sigs.; J. MIRANDA: *Manual de Direito Constitucional*, tomo II, 3.ª ed. (reimpresión), 1996, págs. 435 y sigs.; L. NUNES DE ALMEIDA: «Le Tribunal Constitutionnel portugais», Ponencia presentada a la *VIIIème Conférence des Cours Constitutionnelles européennes, Lisbonne, 26-30 avril 1987*, publicada en *Annuaire international de justice constitutionnelle*, vol. III, 1987, págs. 197 y sigs.; del mismo autor, «El Tribunal Constitucional y el contenido, vinculatoriedad y efectos de sus decisiones», en *Revista de Estudos Políticos*, núm. 60-61, págs. 860 y sigs.; y también de L. NUNES DE ALMEIDA: «Portugal», en *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, Ariel, Barcelona, 1998, págs. 207 y sigs.

(72) En realidad, además de en el sistema portugués, el control de constitucionalidad de las omisiones del legislador se ha previsto expresamente en otros sistemas, como la antigua Yugoslavia, Brasil, Argentina, Costa Rica, Hungría o Angola; al respecto, puede verse la monografía de J. J. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *La inconstitucionalidad por omisión...*, cit., págs. 241 y sigs. Específicamente sobre el caso brasileño, J. J. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: «La inconstitucionalidad por omisión en Brasil», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 42, 1995. J. M. CARDOSO DA COSTA: «Rapport général», ponencia presentada a la *VIIIème Conférence des Cours Constitutionnelles européennes, Lisbonne, 26-30 avril 1987*, publicada en *Annuaire international de justice constitutionnelle*, vol. III, 1987, pág. 22, mencionaba solamente —además del portugués— los sistemas yugoslavo y polaco (probablemente pensando sólo en Europa). En todo caso, el ordenamiento portugués es el único entre los más próximos al nuestro que prevé este control, y por lo demás es el modelo más conocido y de mayor interés.

(73) En la redacción originaria, la Constitución permitía al Consejo de la Revolución, como órgano competente para velar por la emisión de las medidas necesarias para el cumplimiento de las normas constitucionales, hacer recomendaciones a los órganos legislativos competentes, e incluso instar la emisión de medidas legislativas en un tiempo razonable [art. 146.b), y 279]. La redacción actual es, como se ve, más restrictiva.

que ésta no puede desencadenar *ipso facto* el procedimiento legislativo correspondiente (74). La inconstitucionalidad por omisión carece por tanto de sanción jurídica, ya que se viene negando al Tribunal competencia para apreciar el problema del tiempo o de las medidas legislativas necesarias (75). En la práctica, este procedimiento ha sido muy poco utilizado (76).

Con carácter general, creo que el establecimiento de un procedimiento específico de verificación de las omisiones legislativas no es un remedio jurídicamente eficaz frente a dichas omisiones. Por lo que se refiere a las omisiones absolutas, aunque las mismas excedan el objeto de este estudio, puede decirse que hay razones que no aconsejan el establecimiento de un recurso específico para realizar un control abstracto y concentrado de las mismas: peligro de que el mismo se convierta en un control político o de oportunidad sobre el legislador, dificultades para determinar el objeto de la impugnación, y sobre todo, dificultades para establecer los efectos de la sentencia estimatoria (77). Y, por lo que se refiere a las omisiones relativas, un procedimiento específico de control de inconstitucionalidad por omisión tampoco parece una alternativa adecuada a otros remedios que existen frente a las mismas, principalmente por la dificul-

---

(74) L. NUNES DE ALMEIDA: «Portugal», *cit.*, pág. 246.

(75) M. A. AHUMADA RUIZ: «El control de constitucionalidad de las omisiones...», *cit.*, pág. 194. Si bien J. J. GOMES CANOTILHO: *Direito Constitucional*, op. cit., pág. 1095, señala que la decisión del Tribunal puede considerarse una apelación, con significado político y jurídico, a los órganos legislativos competentes para que actúen y emanen los actos legislativos necesarios para dar efectividad a las leyes constitucionales, lo cierto es que la ausencia de sanción en caso de incumplimiento parece situar los efectos de la decisión en el ámbito político. El mismo autor parece admitir la ausencia de efectos jurídicos de la sentencia estimatoria en el proceso de inconstitucionalidad por omisión cuando afirma que «el instituto de la inconstitucionalidad por omisión debe mantenerse, no para deslegitimar Gobiernos y Asambleas inertes, sino para asegurar una vía de publicidad crítica y procesal contra la Constitución no cumplida» (J. J. GOMES CANOTILHO: «Revisar la/o romper con la Constitución dirigente? Defensa de un constitucionalismo moralmente reflexivo», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 43, 1995, pág. 19), con lo que sitúa la eficacia y utilidad de este procedimiento en el plano político.

(76) L. NUNES DE ALMEIDA: «Portugal», *cit.*, pág. 222, señala que, en 1997, solamente se había solicitado del Tribunal la verificación de la existencia de una inconstitucionalidad por omisión en seis supuestos y, de ellos, solamente en uno se pronunció favorablemente el Tribunal.

(77) En efecto, esta sentencia no puede compeler al legislador a aprobar leyes, ya que ello sería contrario al principio democrático; y sin esta compulsión, jurídicamente el legislador es libre, o al menos tan libre como antes de la sentencia, para cumplir el mandato constitucional en uno u otro sentido, o no hacerlo. Y si se entendiera que la sentencia que verifica la inconstitucionalidad por omisión habría de provocar el inicio de un procedimiento legislativo, aparte de las dificultades que podrían plantearse sobre la admisibilidad de dicha posibilidad, en todo caso el Tribunal no tendría forma de asegurar que dicha iniciativa llega a buen término. Puede verse, sobre este tema, I. VILLAVERDE MENÉNDEZ: *La inconstitucionalidad...*, op. cit., págs. 176 y sigs.

tad para dotar de efectos jurídicos vinculantes a la sentencia que declare la inconstitucionalidad de la omisión, ya que tales efectos serían difícilmente compatibles con la imprescindible libertad de configuración del legislador, y con la imposibilidad de que el Tribunal asuma funciones legislativas. Esta compatibilidad hace descartable la opción de que el Tribunal indique al legislador en qué sentido ha de cumplir el mandato constitucional, cuando existen varias opciones al respecto.

Por lo demás, el Tribunal Constitucional portugués también se ha enfrentado a leyes incompletas en vías distintas a la del control de constitucionalidad por omisión, en las cuales pueden encontrarse decisiones que son conocidas en otros sistemas: junto a las sentencias «simples» o «extremas», se han utilizado como «tipos intermedios» las sentencias interpretativas, las de inconstitucionalidad parcial, y las aditivas, mientras que no se han utilizado o no han sido tan frecuentes las decisiones de mera inconstitucionalidad, o las decisiones apelativas. A mi juicio, ello se debe a que, a diferencia de otros sistemas, en los que el objeto del pronunciamiento es la disposición (o, al menos, la cuestión no es pacífica o no está resuelta), en el sistema portugués se admite que el enjuiciamiento de constitucionalidad puede recaer sobre normas, con independencia de que las mismas se contengan en una sola o en varias disposiciones, o de que la norma objeto del pronunciamiento sea una entre varias de las que pueden extraerse de una disposición. Así se deduce de los artículos 204 y 277.1 de la Constitución (que se refieren a la inconstitucionalidad de las «normas» que infrinjan la Constitución), y sobre todo de la jurisprudencia y la doctrina constitucionales (78). Y éste es un presupuesto que contribuye a explicar y justificar la utilización de todas las sentencias que pueden calificarse como interpretativas.

---

(78) L. NUNES DE ALMEIDA: «Portugal», *op. cit.*, págs. 220 y sigs., destaca que las normas objeto de control pueden estar incorporados en un precepto legal específico, o extraerse de la conjunción de varios; comentando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, afirma que aunque éste ha señalado que la norma objeto de control ha de estar concretizada en un precepto, ha admitido la referencia a normas derivadas de disposiciones conjuntas, o contenidas en un precepto «cuando se pone en relación» con otras normas derivadas de otros preceptos, o «cuando se remite» a otro precepto. Concluye este autor que «el Tribunal siempre enjuicia una norma que necesariamente se contiene en uno o varios preceptos legales, o, en caso necesario, por el mero hecho de estar integrada en un sistema normativo», de manera que lo que no puede hacer el Tribunal es extender el objeto de su pronunciamiento a otras normas cuyo control de constitucionalidad no se le ha requerido directamente (pág. 221). J. J. GOMES CANOTILHO: *Direito Constitucional*, *op. cit.*, págs. 990 y sigs., señala que el objeto del control judicial son las normas, con independencia de su naturaleza, su forma, su fuente y su jerarquía, y entiende que el concepto de norma aplicable a estos efectos se refiere a la misma como padrón de comportamientos, y acto creador de reglas jurídicas para la decisión de conflictos.

## 2.5. España: entre las sentencias aditivas y la inconstitucionalidad sin nulidad

Después del alemán, nuestro Tribunal Constitucional es probablemente el que más competencias posee de entre los aquí analizados (79). Como es de sobra conocido, desde el punto de vista cuantitativo el procedimiento más importante de los que ante él se sustancian es el recurso de amparo (80), que en este

(79) Sobre las competencias de nuestro Tribunal Constitucional (y en particular, las referidas al control de constitucionalidad de la ley), pueden mencionarse entre otras obras: M. MONTORO PUERTO: *Jurisdicción constitucional y procesos constitucionales*, Colex, Madrid, 1991; P. CRUZ VILLALÓN, J. JIMÉNEZ CAMPO, L. LÓPEZ GUERRA, P. PÉREZ TREMP: *Los procesos constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992; M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y otros: *La jurisdicción constitucional en España. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: 1979-1994*, Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995; A. LATORRE SEGURA y L. DíEZ-PICAZO: «Tribunal Constitutionnel espagnol», ponencia presentada a la *VIIème Conférence des Cours constitutionnelles européennes*, publicada en *Annuaire international de justice constitutionnelle*, vol. III, 1987, págs. 85 y sigs.; J. GONZÁLEZ PÉREZ: *Derecho procesal constitucional*, Civitas, Madrid, 1980, especialmente págs. 241 y sigs.; J. ALMAGRO NOSETTE: *Justicia constitucional (Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 20.ª ed., 1989; F. CAAMAÑO RODRÍGUEZ, A. J. GÓMEZ MONTORO, M. MEDINA GUERRERO y J. L. REQUEJO PAGÉS: *Jurisdicción y procesos constitucionales*, McGraw-Hill, Madrid, 2.ª ed., 2000; ASOCIACIÓN DE LETRADOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: *La sentencia sobre la constitucionalidad de la ley*, Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997; F. RUBIO LLORENTE y J. JIMÉNEZ CAMPO: *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, McGraw-Hill, Madrid, 1998; J. JIMÉNEZ CAMPO: «España. Sobre los límites del control de constitucionalidad de la ley», en E. AJA (ed.): *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, Ariel, Barcelona, 1998, págs. 171 y sigs.; F. RUBIO LLORENTE: «La jurisdicción constitucional en España», y «Jurisdicción constitucional y legislación en España», en *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, 20.ª ed., Madrid, 1997, págs. 373 y sigs. y 409 y sigs., respectivamente; E. ESPÍN: «El modelo español de control de la constitucionalidad de las leyes», en *A l'entorn d'una Constitució*, Govern d'Andorra, 1992, págs. 45 y sigs.; del mismo autor, «Los recursos constitucionales», en G. TRUJILLO, L. LÓPEZ GUERRA y P. J. GONZÁLEZ TREVIJANO: *Constitución española de 1978. Balance de veinte años*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000. Aunque algo más específicos en su tema, también podemos citar a M. C. BLASCO SOTO: *La sentencia en la cuestión de inconstitucionalidad*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1995; A. GARCÍA MARTÍNEZ: *El recurso de inconstitucionalidad. El proceso directo de inconstitucionalidad*, Trivium, Madrid, 1992, y X. PIBERNAT DOMENECH: «Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad», en *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 4, 1987.

(80) Hasta el final de 1999, de un total de 55.837 asuntos ingresados en el Tribunal Constitucional, 53.578 fueron recursos de amparo (es decir, el 95,954 por 100). En cuanto a las sentencias pronunciadas, en el mismo período pueden encontrarse 3.331 sentencias de amparo, de un total de 3.984 sentencias; por tanto, el 83,609 por 100 fueron sentencias de amparo. (Datos tomados, hasta 1996, del anexo estadístico incluido por J. JIMÉNEZ CAMPO en «España. Sobre los límites...», *op. cit.*, págs. 202 y 204; para los años 1997-1999 se ha consultado *Tribunal Constitucional. Memoria 1999*, págs. 192 y 193).

sentido es el «protagonista» absoluto del sistema. Incluso dentro de los procedimientos de control de constitucionalidad, tampoco puede decirse que la cuestión de inconstitucionalidad tenga una mayor importancia cuantitativa que el recurso de inconstitucionalidad, desde una consideración global. Aunque sí es cierto que en los últimos años el número de cuestiones de inconstitucionalidad ingresadas en el Tribunal Constitucional supera con creces al de los recursos de inconstitucionalidad, habiendo experimentado una tendencia creciente (81), en cambio no sucede así en cuanto al número de sentencias que resuelven cuestiones, que es inferior a las que se pronuncian sobre recursos (y la diferencia es aún mayor si comparamos sentencias estimatorias) (82). Todo ello pone de manifiesto que la cuestión de inconstitucionalidad, que en principio sería el procedimiento más susceptible de producir sentencias interpretativas, aditivas y otros tipos de sentencias «intermedias», no ocupa en nuestro sistema la posición de primacía que tiene por ejemplo en el italiano.

Pero hay que tener en cuenta que también pueden producirse sentencias interpretativas, o incluso aditivas, como consecuencia de un recurso de inconstitucionalidad. Ciertamente, podría pensarse que este tipo de sentencias habrían de ser menos frecuentes en la vía de control directo, porque aquí la ley no llega al Tribu-

---

(81) Destacada por J. JIMÉNEZ CAMPO: «Algunos rasgos de la cuestión de inconstitucionalidad en España», en G. RUIZ-RICO RUIZ (ed.): *La aplicación jurisdiccional de la Constitución*, CGPJ-Universidad de Jaén-Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, págs. 87 y sigs.; entre otros datos, destaca que desde 1990 a 1994, las cuestiones de inconstitucionalidad superan el 50 por 100 de los asuntos de competencia del Pleno.

(82) De nuevo con datos hasta el final de 1996, el número total de cuestiones de inconstitucionalidad ingresadas ha sido de 813, frente a 447 recursos de inconstitucionalidad (a los que hay que sumar 13 recursos previos); sin embargo, es apreciable el creciente número de cuestiones de inconstitucionalidad ingresadas, mientras que los recursos de inconstitucionalidad, tras un cierto incremento en los años centrales de los ochenta, se han mantenido más o menos estables. Así, mientras en 1980 ingresaron 10 recursos de inconstitucionalidad y dos cuestiones, y en 1981 otros 10 recursos frente a seis cuestiones, en 1995 el número de recursos presentados fue de 18, frente a 81 cuestiones, y en 1996, 14 recursos frente a 102 cuestiones, con lo que en los últimos años, y en cuanto a asuntos ingresados, el número de cuestiones supera claramente al de recursos (en ambos casos hay que destacar el incremento que se produjo en los años centrales de la década de los ochenta: por ejemplo, 63 recursos y 103 cuestiones en 1985).

En cambio, en cuanto al número de sentencias que resuelven ambos tipos de procedimiento, no puede apreciarse tal superioridad de las cuestiones de inconstitucionalidad: en total, hasta 1996, 189 sentencias resolvieron recursos de inconstitucionalidad (a las que pueden añadirse otras siete que resolvieron recursos previos), frente a 178 que resolvieron cuestiones. Y lo que aún puede ser más significativo, las sentencias estimatorias fueron 113 en el caso de los recursos, y sólo un total de 49 en el caso de las cuestiones de inconstitucionalidad (como ejemplo, en 1996 se estimaron 13 recursos y sólo una cuestión de inconstitucionalidad (datos tomados del año estadístico incorporado por J. JIMÉNEZ CAMPO en «España. Sobre los límites del control...», *cit.*, págs. 203-204).

nal según se ha interpretado para aplicarla a casos concretos, sino que es objeto de una interpretación —siempre imprescindible— realizada en abstracto (83). No obstante, los hechos ponen de manifiesto que las sentencias interpretativas y aditivas que resuelven recursos de inconstitucionalidad son, en nuestro sistema, más frecuentes que las decisiones del mismo tipo que ponen fin a una cuestión de inconstitucionalidad (84). Creo que esta situación se explica, sobre todo, porque en la práctica nuestro recurso de inconstitucionalidad ha asumido, además de su función de control de constitucionalidad de la ley en sentido estricto, la de cauce procesal para la solución de conflictos competenciales de legislativo, de manera que conviven en el mismo procedimiento un recurso de inconstitucionalidad en sentido estricto y un recurso al servicio del orden constitucionalidad de distribución de competencias (85). En efecto, buena parte de las sentencias interpretativas recaídas en vía de recurso directo se producen en los que podríamos denominar «recursos competenciales», en los que las partes recurrentes suelen ser sujetos políticos, con un gran interés en eliminar cualquier atisbo de invasión de sus competencias por la ley recurrida, en cualquiera de sus eventuales interpretaciones, aunque éstas no sean actuales o reales, sino meramente hipotéticas.

Pero con la excepción de estos «recursos competenciales» que obligan al Tribunal a una «precisión» en la interpretación de los preceptos impugnados que a veces requiere la utilización de sentencias interpretativas, las caracterís-

---

(83) Sobre las diferencias entre recurso y cuestión de inconstitucionalidad, en relación con la interpretación de la ley objeto del control de constitucionalidad, véase J. JIMÉNEZ CAMPO: «Algunos rasgos...», *cit.*, págs. 99 y sigs.; «Consideraciones sobre el control de constitucionalidad de la ley en el Derecho español», en *La jurisdicción constitucional en España*, Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, págs. 75 y sigs. (también en F. RUBIO LLORENTE y J. JIMÉNEZ CAMPO: *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, *cit.*, págs. 65 y sigs.); el mismo autor, «Qué hacer con la ley inconstitucional», en *La sentencia sobre la constitucionalidad de la ley*, *cit.*, pág. 49, reitera que las sentencias interpretativas se acomodan mejor al carácter de la cuestión de inconstitucionalidad, en la que existe un diálogo con el «derecho vivo».

(84) Según las cuentas realizadas por el autor de este trabajo, y sumando las decisiones «intermedias» (interpretativas en sentido estricto, aditivas, inconstitucionalidad sin nulidad...) recaídas en procedimientos de control de constitucionalidad, hasta finales de 1999 podían computarse, salvo error u omisión, 74 sentencias en la vía del recurso de inconstitucionalidad, frente a 32 que resolvían cuestiones de inconstitucionalidad (no se tienen en cuenta las recaídas exclusivamente en conflictos de competencias; los recursos y cuestiones acumulados se han contabilizado en ambas vías). De manera que, por lo que se refiere a sentencias interpretativas y otras decisiones «intermedias», las recaídas en recursos de inconstitucionalidad suponen en torno al 70 por 100 de las pronunciadas en vías de control de constitucionalidad (el 30 por 100 restante serían cuestiones). Un listado completo de estas decisiones puede verse en el anexo de mi trabajo *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lex Nova, Valladolid (en prensa).

(85) En este sentido, y entre otros muchos, F. CAAMAÑO DOMÍNGUEZ *et alii*: *Jurisdicción y procesos constitucionales*, McGraw Hill, Madrid, 2.ª ed., 2000, pág. 23.

ticas propias del sistema español no favorecen especialmente, a mi juicio, la utilización de las «decisiones intermedias» que hemos ido analizando en el Derecho comparado. Para empezar, el ya aludido papel un tanto «secundario» del control incidental, unido a las dudas existentes sobre que el objeto del control de constitucionalidad pueda ser la norma (y no exclusivamente el texto o disposición), no favorecen el uso de las sentencias interpretativas de cualquier tipo. En particular, las sentencias interpretativas estimatorias o «manipulativas» no parecen exigidas por una necesidad de dotar de efectos vinculantes a la decisión del Tribunal. La eficacia de las sentencias desestimatorias, y en concreto de las interpretativas de rechazo, es claramente superior a la que tienen en sistemas como el italiano; lo mismo cabe decir de la vinculación de los tribunales ordinarios a dichas sentencias desestimatorias, aspecto éste que no justificaría, aisladamente considerado, el «tránsito» de las sentencias interpretativas de desestimación a las de acogimiento.

Pero por otro lado, los «remedios bilaterales» frente a las omisiones legislativas existentes en el Derecho comparado tampoco encontrarían una cómoda acogida en el sistema español, al menos si atendemos a la regulación legal del mismo. La conexión ineludible entre inconstitucionalidad y nulidad establecida en la LOTC parecería dejar fuera toda opción por las sentencias de mera incompatibilidad, o por cualquier otra que no conlleve la nulidad de la disposición declarada inconstitucional. La ausencia de previsión de cualquier matiz en la eficacia temporal de las sentencias estimatorias, y el establecimiento de la pérdida de vigencia como efecto de las mismas (art. 164.2 CE *a contrario*) parecen impedir cualquier posibilidad de retrasar en el tiempo los efectos de la pérdida de vigencia, y en general dificultan seriamente cualquier pronunciamiento que no conlleve la inmediata expulsión del ordenamiento de la disposición inconstitucional.

Por lo demás, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en contra de la admisibilidad en nuestro sistema de la inconstitucionalidad por omisión (86). No obstante, lo cierto es que en algunas ocasiones finalmente el Tribunal ha tenido que recurrir a algunas de estas soluciones «intermedias», como las propias sentencias aditivas, la declaración de inconstitucionalidad sin nulidad, y las advertencias al legislador en sus diversas formas, incluso con referencia a «plazos razonables». Comentaremos brevemente el uso que se ha hecho de ellos.

---

(86) Así, STC 24/1982, de 13 de mayo, FJ. 3 («no resulta fácil admitir la figura de la inconstitucionalidad por omisión»); STC 88/1995, de 6 de junio, FJ. 7 («nuestro ordenamiento no prevé específicos pronunciamientos de inconstitucionalidad por omisión»).



### 2.5.A) *Las sentencias aditivas*

Aunque cuantitativamente hablando, el «problema» de las sentencias aditivas no tiene en nuestro sistema dimensiones comparables con las que posee en Italia, lo cierto es que su uso por el Tribunal Constitucional tampoco ha sido extraño, pudiendo contabilizarse en torno a una decena de sentencias aditivas estimatorias, en sentido estricto (87). Además, desde el punto de vista del análisis de los instrumentos utilizados para el control de las omisiones legislativas relativas en los procedimientos de control de constitucionalidad, la importancia que cobran las sentencias aditivas es muy superior, ya que se trata de uno de los mecanismos más utilizados por nuestro Tribunal para hacer frente a este tipo de omisiones. De hecho, podría decirse que, hasta 1989, las sentencias aditivas han sido prácticamente el único mecanismo utilizado en los procesos de inconstitucionalidad (88) para «remediar» omisiones legislativas relativas reconocidas como tales por el Tribunal. A partir de esa fecha, y a medida que

---

(87) Pueden citarse las siguientes SSTC: 103/1983, de 22 de noviembre (cuestión de inconstitucionalidad), aunque en este caso el fallo adopta formalmente un pronunciamiento de estimación parcial que afecta a un inciso del texto de la disposición impugnada; 104/1983, de 23 de noviembre (cuestión de inconstitucionalidad, cuyo fallo se remite a la anterior); 29/1986, de 20 de febrero (recurso de inconstitucionalidad); 116/1987, de 7 de julio (cuestión de inconstitucionalidad); 48/1988, de 22 de marzo [recursos de inconstitucionalidad; los apartados 11.b), y 21.b) del fallo, son aditivos en relación con el FJ. 18]; 154/1989, de 5 de octubre (recurso de inconstitucionalidad); 142/1990, de 20 de septiembre (cuestión de inconstitucionalidad); 222/1992, de 11 de diciembre (cuestión de inconstitucionalidad); 3/1993, de 14 de enero (cuestión de inconstitucionalidad); 134/1996, de 22 de julio (recurso de inconstitucionalidad); 73/1997, de 11 de abril (recurso de inconstitucionalidad); 40/1998, de 19 de febrero (recurso de inconstitucionalidad, cuyo fallo contiene una parte aditiva y otra parte en la que, señalando la inconstitucionalidad de la omisión, se afirma que no corresponde al Tribunal Constitucional la determinación concreta de la exigencia constitucional). A estas sentencias podría sumarse alguna decisión formalmente interpretativa desestimatoria, pero que encubre en realidad un pronunciamiento materialmente aditivo (así, STC 74/1987, de 25 de mayo, recurso de inconstitucionalidad). Por lo demás, hay que tener en cuenta que existen algunos casos cuya clasificación como sentencias aditivas o reductoras puede resultar dudosa, ya que una aparente aditividad respecto al texto puede ir acompañada de un carácter reductor respecto al contenido normativo.

(88) Hay que tener en cuenta que en los recursos de amparo el problema de las omisiones legislativas relativas (también en el caso de las absolutas), se plantea de modo diferente, ya que el fallo del Tribunal no suele referirse expresamente a la ley o norma inexistente o incompleta, al limitarse, en su caso, a reconocer el derecho fundamental vulnerado y adoptar las medidas necesarias para el restablecimiento del recurrente en el mismo. En cualquier caso, no han faltado lo que podríamos denominar «amparos de efectos aditivos» (aunque su fallo no refleje expresamente dichos efectos); por ejemplo, SSTC 81/1982, de 21 de diciembre; 204/1988, de 7 de noviembre; 103/1990, de 4 de junio; 48/1998, de 2 de marzo.

avanzaba la década de los noventa, dichas sentencias han ido perdiendo «protagonismo» en favor de la inconstitucionalidad sin nulidad.

Las sentencias aditivas pueden encontrarse en España tanto en recursos como en cuestiones de inconstitucionalidad, y su pronunciamiento suele adoptar las fórmulas típicas de este tipo de decisiones, señalando que el precepto es inconstitucional y nulo «en cuanto no establece...» (89), «en cuanto excluye...» (90), «en cuanto omite...» (91), o utilizando expresiones similares. Si bien una buena parte de estas sentencias aditivas se enfrentan a una omisión legislativa parcial producida por la incompleta o incorrecta realización del principio de igualdad (al concederse determinadas ventajas o beneficios a determinados grupos o categorías, sin extenderlos a otras que deberían estar incluidos) (92), en otros supuestos la omisión que se trata de resolver no se relaciona con el principio de igualdad. Hay que destacar en este sentido las sentencias aditivas recaídas en asuntos competenciales o relacionados con la distribución territorial del poder (93), algunas de las cuales señalan la inconstitucionalidad de una omisión contenida en una ley autonómica, por no incluir todos los supuestos previstos en la legislación básica del Estado (94).

Desde luego, el problema fundamental que plantean las sentencias aditivas —que es común en la mayoría de los sistemas que las han utilizado— es el de su legitimidad constitucional. En efecto, al menos aparentemente estas decisiones pueden suponer una invasión de las competencias del legislador, pues al declarar la inconstitucionalidad de una omisión legislativa (o, más propiamente, de una norma implícita excluyente derivada del texto legislativo) producen un efecto de extensión de las consecuencias jurídicas establecidas en el precepto legal, a supuestos que el mismo no contempla. En mi opinión, para que esta técnica sea admisible esa «extensión» o «integración» de la norma debe ser consecuencia inmediata y necesaria de la anulación de la norma implícita que, derivada del precepto legal incompleto, excluía su aplicación a los supuestos no expresamente previstos. Pero además, para que la utilización de las sentencias aditivas no sea ilegítima, no debe existir margen de discrecionalidad

---

(89) STC 29/1986, de 20 de febrero.

(90) SSTC 116/1987, de 7 de julio, apartado primero del fallo; 142/1990, de 20 de septiembre; 222/1992, de 11 de diciembre (esta última declara sólo la inconstitucionalidad del precepto «en la medida en que excluye...»).

(91) SSTC 154/1989, de 5 de octubre, apartado 11 del fallo; 73/1997, de 11 de abril, apartado 21 del fallo.

(92) Así sucede en los casos resueltos por las SSTC 103/1983, 116/1987, 142/1990, 222/1992, 3/1993, 134/1996.

(93) Así, SSTC 29/1986, 40/1998, o las citadas en la siguiente nota a pie.

(94) SSTC 154/1989, 73/1997.

alguno en la aplicación de dichas consecuencias jurídicas a los supuestos que constitucionalmente debían haberse incluido. En los términos utilizados por la doctrina italiana, las sentencias aditivas han de ser *a rima obbligatoria*, es decir, han de establecer la única opción constitucionalmente impuesta para salvar —al menos parcialmente— la constitucionalidad de la ley. En efecto, hay que tener en cuenta que el Tribunal Constitucional se enfrenta a una opción legislativa ya adoptada, cuya constitucionalidad hay que salvar en la parte en que no sea estrictamente contraria a la Constitución; cuando para salvar dicha constitucionalidad es preciso extender las consecuencias ya establecidas por el legislador a los supuestos no previstos, ello puede realizarse si dicha extensión viene impuesta por la Constitución y no permite margen de discrecionalidad alguno (95). En cambio, cuando exista dicho margen de discrecionalidad, las sentencias aditivas no resultarán un remedio adecuado, debiendo preferirse la utilización de soluciones «bilaterales».

En cualquier caso, no puede ignorarse que es precisa una especial prudencia y cautela en la adopción de las sentencias aditivas, ya que las mismas mantienen en vigor un precepto, cuyo sentido normativo se ve en cierto modo «alterado» tras la intervención del Tribunal, de forma que el abuso en su utilización puede afectar al principio de seguridad jurídica (96).

### 2.5.C) *La inconstitucionalidad sin nulidad.*

A pesar de que la LOTC vincula claramente la declaración de inconstitucionalidad con la de nulidad, lo cierto es que el Tribunal Constitucional espa-

---

(95) Y ello es admisible aunque el legislador pudiera haber adoptado otra opción (por ejemplo, no establecer el beneficio, o establecerlo en distinta medida, si es que ello no choca con otros preceptos constitucionales), que por lo demás siempre podrá tomar en el futuro. Repito que el Tribunal debe limitarse a enjuiciar la constitucionalidad de la opción legislativa ya adoptada.

A las sentencias aditivas me he referido más extensamente en el capítulo 3 de *Las sentencias interpretativas...*, cit., lugar al que ahora me remito para un tratamiento más amplio del problema.

(96) Refiriéndose más en general a las sentencias interpretativas, y al fenómeno de la eliminación de normas no expresadas en las disposiciones legales, con la consiguiente creación de un cuerpo de normas distinto al derecho común de los ciudadanos, F. RUBIO LLORENTE realiza unas consideraciones que creo son también aplicables al fenómeno aún más limitado de las sentencias aditivas: «Ciertamente, desde el punto de vista cuantitativo estas normas (...) son una fracción minúscula, aunque desde luego en continuo aumento, de nuestros más que frondosos ordenamientos. Pero no es la cantidad lo que importa, sino la cualidad y por pequeño que su número sea, su mera existencia implica un reto que la ciencia jurídica no puede ignorar sin traicionarse» (en «La jurisdicción constitucional como forma de creación del Derecho», en *La forma del poder*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 20.ª ed., Madrid, 1997, pág. 504).

ñol ha declarado en ocasiones un precepto legal inconstitucional, sin acompañar a esta declaración la nulidad del mismo. Por un lado, hay supuestos en los que un procedimiento de inconstitucionalidad (habitualmente un recurso directo) encubre en realidad un conflicto de competencias legislativas, y por diversas razones no es procedente desde el punto de vista constitucional la declaración de nulidad del precepto, sino simplemente la declaración de que el mismo «no es de aplicación» o «es inaplicable» en el territorio de alguna o algunas Comunidades Autónomas (97); o bien «es de aplicación supletoria», o «no es de aplicación directa» en alguna Comunidad (98); o la declaración de que el precepto «desconoce el orden constitucional de competencias...», o «es contrario» o «vulnera» dicho orden constitucional de competencias (99); o, en fin, que el precepto «no tiene carácter básico», o «no es básico» (100). Dentro de estos supuestos, probablemente los más frecuentes —pero también los más alejados de la problemática que nos ocupa— cabe distinguir, por un lado, los que afirman la inaplicabilidad (o la aplicabilidad sólo supletoria) de una ley en el territorio de una Comunidad Autónoma, que desde mi punto de vista son casos en los que no procede declarar la nulidad, pero tampoco la inconstitucionalidad, pues el precepto no es inconstitucional en sí, sino simplemente inaplicable en parte del territorio del Estado. En realidad, la invalidez o nulidad sólo sería predicable del precepto implícito que establece la aplicabilidad general, sin excepción en territorio alguno; y, por la misma razón, si el ámbito de aplicación territorial de la ley se estableciera en una disposición expresa, procedería la declaración de inconstitucionalidad y nulidad de ésta (101).

Respecto a los casos en que se declara la contrariedad de un precepto con el orden constitucional de competencias, o su carácter de no básico, cabe distinguir a su vez aquellos supuestos en los que la competencia en cuestión —o

(97) Por ejemplo, véanse los fallos de las SSTC 179/1985, de 19 de diciembre, apartado 21; 29/1986, de 20 de febrero, apartado B); 330/1994, de 15 de diciembre (apartados 11 y 21); 43/1996, de 14 de marzo (apartado 11).

(98) Así, SSTC 227/1988, de 29 de noviembre [apartados 11.b) y c) del fallo]; 15/1989, de 26 de enero [apartado 11.b) del fallo]; 133/1990, de 19 de julio (apartado 11 del fallo).

(99) Así puede verse, entre otras, en el fallo de las SSTC 118/1996, de 27 de junio [apartado A), 7]; 195/1996, de 28 de noviembre (apartados 21, 31, 41 y 51). Las SSTC 330/1994, de 15 de diciembre (apartados 1 y 2 del fallo), y 43/1996, de 14 de marzo (apartado 1 del fallo), y 118/1996, de 27 de junio (apartado 7 del fallo), entre otras, declaran determinados preceptos viciados de incompetencia, deduciendo de esa declaración su inaplicación en una Comunidad Autónoma.

(100) Véanse, por ejemplo, los fallos de las SSTC 49/1988, de 22 de marzo [apartado 11, C)]; 132/1989, de 18 de julio (apartado 41); 214/1989, de 21 de diciembre (apartado 31); 118/1996, de 27 de junio (apartados A, 2 y 3).

(101) En este sentido, R. PUNSET BLANCO: «Canon, carácter vinculante...», *cit.*, pág. 93.

bien la competencia de desarrollo de las bases— corresponde sólo a alguna Comunidad Autónoma, en cuyo caso son válidas las mismas reflexiones ya hechas (el precepto será simplemente inaplicable en aquella Comunidad), de aquellos otros en los que la competencia corresponde a todas las Comunidades Autónomas, supuesto en el que creo procedería como consecuencia de la contrariedad al orden de competencias, o del carácter no básico, la declaración de inconstitucionalidad y nulidad del precepto. Aunque no podemos detenernos en la cuestión, hay que tener en cuenta el cambio jurisprudencial producido sobre el entendimiento de la cláusula de supletoriedad que puede reducir muy sensiblemente el ámbito de estos fallos en los que no se declara la inconstitucionalidad y nulidad por razones competenciales o territoriales, aunque creo que en todo caso no llegarán a desaparecer (102).

Otros supuestos en los que el Tribunal Constitucional ha procedido a la declaración de inconstitucionalidad, sin acompañarla de la nulidad, son aquellos en los que ha entendido que la declaración de nulidad provocaría una situación más perjudicial que la existente dejando la norma en vigor, teniendo en cuenta los perjuicios que provocaría a los intereses generales la anulación de preceptos de importante alcance, que además ya han agotado sus efectos. Así ha sucedido cuando se han declarado inconstitucionales determinadas partidas presupuestarias correspondientes a ejercicios económicos ya cerrados (103).

---

(102) Esta nueva orientación, como es sobradamente conocido, fue anticipada en la STC 147/1991, de 4 de julio, y se ha desarrollado en las importantes SSTC 118/1996, de 27 de junio, y 61/1997, de 20 de marzo, e implica en esencia que el Estado no puede aprobar normas jurídicas con carácter meramente supletorio cuando carezca de título competencial específico para ello, y tampoco puede hacerlo en el caso de las competencias compartidas, excediéndose de su ámbito competencial. Las consecuencias de esta doctrina se aprecian muy claramente en el fallo de la STC 61/1997, que declara la inconstitucionalidad y nulidad de determinados preceptos aprobados con carácter básico, sin serlo según la Constitución, y de otros aprobados con carácter supletorio fuera del ámbito competencial del Estado. Pero en mi opinión, como no es excluible la existencia de competencias no asumidas por todas las Comunidades Autónomas, en este caso pueden seguir existiendo fallos de no aplicabilidad de determinados preceptos en el ámbito de un territorio.

(103) El Tribunal ha argumentado que «la anulación de tales partidas presupuestarias podría suponer graves perjuicios y perturbaciones, también en Cataluña, a los intereses generales, afectando a situaciones jurídicas consolidadas y particularmente a la política económica y financiera del Estado», de manera que la pretensión «puede estimarse satisfecha mediante la declaración de inconstitucionalidad de aquellas partidas presupuestarias que han invadido sus competencias, sin necesidad de anular los citados preceptos presupuestarios ni menos todavía las subvenciones ya concedidas al amparo de los mismos. Por todo ello, el alcance de los efectos generales de la declaración de inconstitucionalidad acordada se limita a los futuros ejercicios presupuestarios posteriores a la fecha de publicación de esta sentencia...» (STC 13/1992, de 6 de fe-

Dejando a un lado estos supuestos, y aquellos otros en los que la no declaración de nulidad obedece a un simple descuido o inadvertencia sin consecuencias prácticas (104) (ya que la nulidad surge en tal caso *ope legis*, al no motivarse de modo expreso la ausencia de este efecto) (105), obviamente el supuesto que nos interesa es aquél en el que la no declaración de nulidad se produce ante una omisión legislativa, justificándose expresamente esta ausencia de declaración en la no invasión de competencias legislativas, y acompañando normalmente la declaración de una llamada al legislador para que proceda a la regulación normativa. Este tipo de solución fue utilizado por primera vez en 1989, y pueden encontrarse nuevos ejemplos en la década de los noventa, de forma que en los últimos años parece haber desplazado a las sentencias aditivas como remedio frente a las omisiones legislativas.

Sin duda el caso más importante, y el primero en el tiempo, es el resuelto por la sentencia número 45 de 1989 (106). Se trataba en esencia de valorar la constitucionalidad del régimen de tributación conjunta de la unidad familiar en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, con la correspondiente acumulación de todos los rendimientos. La idea central del Tribunal Constitucional es que el régimen de la tributación conjunta no es constitucionalmente adecuado en ciertos supuestos, en los que resulta discriminatorio, aunque no puede decirse que sea inconstitucional con carácter general. Hay que tener en cuenta que de la Constitución no deriva cuál debe ser el régimen que sustituya al pre-

---

brero, FJ. 17; en parecido sentido, STC 16/1996, de 1 de febrero, FJ. 8; STC 68/1996, de 18 de abril, FJ. 14). También se ha declarado en ocasiones la inconstitucionalidad sin nulidad en otros ámbitos, con la misma finalidad de evitar una situación más perjudicial que la permanencia en vigor de la norma, como sería la provocada por el vacío normativo que generaría la nulidad; como ejemplos de los últimos años pueden mencionarse las SSTC 195/1998, de 1 de octubre, o 208/1999, de 11 de noviembre.

(104) Por ejemplo, SSTC 88/1986, de 11 de julio (apartado 11 del fallo); 627/1990, de 30 de marzo (apartado 11 del fallo); 183/1992, de 16 de noviembre (apartado 11 del fallo); 385/1993, de 23 de diciembre (apartado 21 del fallo); 185/1995, de 14 de diciembre (apartados 11, 21 y 31 del fallo).

(105) En este sentido, J. JIMÉNEZ CAMPO: «Qué hacer...», *cit.*, pág. 34.

(106) STC 45/1989, de 20 de febrero. Un comentario a la misma puede encontrarse en M. C. BLASCO SOTO: *La sentencia en la cuestión de inconstitucionalidad*, *cit.*, págs. 320 y sigs.; R. PUNSET: «Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de las leyes: consideraciones sobre la posible reforma de los artículos 39.1 y 40.1 de la LOTC», en *Anuario de Derecho constitucional y parlamentario*, núm. 7, 1995, págs. 39 y sigs.; J. J. ZORZONA PÉREZ: «Aspectos constitucionales del régimen de tributación conjunta en el IRPF», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 27, 1989, págs. 163 y sigs.; M. J. MONTORO CHINER: «Protección de la familia y fiscalidad (A propósito de la STC 45/1989, de 20 de febrero)», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 28, 1990, págs. 223 y sigs.

visto por la ley, ya que la Norma fundamental sólo impide un régimen de tributación conjunta absoluto, que no prevea ciertas circunstancias o excepciones. Por otro lado, el régimen de tributación conjunta viene establecido en una serie de preceptos, relacionados entre sí. Y en fin, también en este caso la nulidad con efectos *ex tunc* presentaría graves inconvenientes. Todo ello obliga al Tribunal a emitir un fallo muy detallado y fundamentado que, por lo que se refiere al régimen de tributación conjunta, contiene dos importantes pronunciamientos (107):

a) La declaración de inconstitucionalidad y nulidad (aunque esta última tan matizada que en propiedad no puede hablarse de tal) de aquellos preceptos de la ley que regulan la sujeción conjunta de una manera constitucionalmente inaceptable porque incrementa la cuota de manera claramente discriminatoria, estableciendo además la obligación solidaria de pago de todos los integrantes de la unidad familiar (108). Ahora bien, como digo esta declaración de nulidad no es realmente tal, porque la sentencia matiza extraordinariamente los efectos temporales de la misma, reduciendo al mínimo la retroactividad, al establecer que (además de las situaciones decididas mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada, lo que es la regla general) no podrán revisarse las situaciones administrativas firmes, y ni siquiera podrá afectar a los pagos hechos en virtud de autoliquidaciones o liquidaciones provisionales o definitivas acordadas por la

---

(107) En la sentencia que comentamos también había de enjuiciarse la constitucionalidad del precepto que establecía la sujeción conjunta con acumulación de rentas para quienes constituyesen matrimonio a la fecha de devengo del impuesto (31 de diciembre) con independencia del momento en que lo hubieran contraído, y sin prever por tanto la posibilidad de una declaración individual hasta la fecha del matrimonio (a diferencia de lo que sucedía en el caso de la disolución del matrimonio). El fallo del Tribunal (apartado 31) declara la inconstitucionalidad de este precepto «en cuanto que no incluye entre los períodos impositivos inferiores a un año el correspondiente a los matrimonios contraídos en el curso del mismo». Este apartado del fallo plantea los mismos problemas que el segundo, referido a la sujeción conjunta obligatoria, y en general le serían aplicables al mismo las consideraciones que hacemos en el texto.

(108) Los preceptos declarados inconstitucionales y nulos son el artículo 7.3 de la ley, que determinaba la acumulación de todos los rendimientos e incrementos de patrimonio de todos los miembros de la unidad familiar, cualquiera que sea el régimen económico del matrimonio; el artículo 31.2, que establecía que «los sujetos pasivos que componen la unidad familiar están solidariamente obligados frente a la Hacienda Pública al pago de la deuda tributaria que corresponda a la acumulación de rendimientos e incrementos previstos en el artículo 7.3 de la ley»; y el artículo 34, apartados 31 y 61, que establecía la presentación de una declaración única para cada unidad familiar, suscrita por los dos cónyuges (lo que conlleva, por ejemplo, la obligación de declarar aunque ninguno de ellos supere individualmente los rendimientos mínimos que prevé la ley), así como, para el caso de que por discrepancias se haga imposible la declaración única, la presentación de declaraciones individuales de sus propios elementos de renta y de todos los restantes de la unidad familiar, disponiendo además un incremento adicional del quince por ciento.

Administración (109). El Tribunal realiza una llamada al legislador para sea él quien adapte o modifique el régimen legal del impuesto, «sirviéndose para ello de su propia libertad de configuración normativa que... no puede ser ni desconocida ni sustituida por este Tribunal Constitucional» (110). Ahora bien, esta llamada al legislador viene implícitamente acompañada de una limitación temporal, puesto que el Tribunal indica que la regulación declarada inconstitucional no puede ser aplicable al ejercicio de 1988, que en el momento de pronunciarse la sentencia (febrero de 1989) ya estaba devengado, aunque todavía no liquidado ni exigido, con lo que la reforma habría de producirse antes de proceder a dicha liquidación.

b) En relación al precepto que establecía la sujeción conjunta y solidaria de todos los miembros de la unidad familiar al impuesto como sujetos pasivos (art. 4.2 de la ley), el Tribunal declara su inconstitucionalidad «en cuanto que no prevé para los miembros de la unidad familiar, ni directamente ni por remisión, posibilidad alguna de sujeción separada» (111). Se trata del fallo propio de una sentencia aditiva. Sin embargo, este pronunciamiento no puede considerarse como tal. El Tribunal explica con cierto detalle el significado de este apartado del fallo, señalando que el precepto es inconstitucionalidad solamente en la medida en que no prevé en modo alguno la sujeción separada, ni siquiera para aquellos supuestos en que la sujeción conjunta es imposible o carece de justificación. Tras indicar que caben al legislador varias opciones al respecto, el Tribunal justifica que en este caso la inconstitucionalidad no vaya acompañada de nulidad, ya que el precepto no vulnera la Constitución en la mayoría de los supuestos. Y es en este punto donde realiza algunas consideraciones más generales de gran importancia, al señalar que, a pesar de lo dispuesto en la LOTC, «ni esta vinculación entre inconstitucionalidad y nulidad es, sin embargo, siempre necesaria, ni los efectos de la nulidad en lo que toca al pasado vienen definidos por la ley...», y, en concreto, que «la conexión entre inconstitucionalidad y nulidad quiebra, entre otros casos, en aquellos en los que la razón de la inconstitucionalidad del precepto reside, no en determinación textual alguna de éste, sino en su omisión» (112).

Esta afirmación es de extraordinaria importancia, porque con ella el Tribunal abre, de cara al futuro, una nueva vía para enfrentarse al problema de las omisiones legislativas. La declaración del Tribunal no conlleva de inmediato ninguna posibilidad de sujeción separada, no añade ningún supuesto ni ningu-

---

(109) STC 45/1989, de 20 de febrero, FJ. 11.

(110) STC 45/1989, de 20 de febrero, FJ. 11.

(111) Apartado 21 del fallo de la STC 45/1989, de 20 de febrero.

(112) STC 45/1989, de 20 de febrero, FJ. 11.



na regulación no previstos por la ley. Y ello es así, en mi opinión, porque la situación dejada tras la declaración de inconstitucionalidad (acompañada, no lo olvidemos, de la declaración de nulidad de una serie de preceptos relacionados, que en definitiva configuraban el régimen existente) genera un vacío para el cual la Constitución no ofrece una única solución, sino que existen variadas opciones, entre las cuales sólo puede elegir el legislador. En cambio, si atendiendo a la regulación legal, sólo cabe una opción constitucional para corregir la omisión, la decisión del Tribunal podría haber sido imponer esa opción (o, según se mire, indicar cuál es) (113).

En fin, nuestro Tribunal Constitucional ha emitido pronunciamientos de inconstitucionalidad sin nulidad frente a omisiones legislativas en otras ocasiones posteriores, en las que con cierta frecuencia el problema de fondo ha sido el desconocimiento por parte de una ley de competencias autonómicas, o la ausencia de previsión de mecanismos de participación de las Comunidades Autónomas en la toma de determinadas decisiones (114).

### 2.5.C) *Las apelaciones al legislador y los plazos*

Nuestro Tribunal Constitucional ha utilizado con alguna frecuencia las advertencias, recomendaciones o apelaciones al legislador, acompañadas o no de la indicación de que debe proceder a la regulación dentro de un plazo de tiem-

---

(113) Por otro lado, autores como M. C. BLASCO SOTO: *La sentencia...*, cit., págs. 326-327, han señalado que la sentencia que comentamos no se enfrentaba realmente a una omisión, ya que el artículo 4.2 establecía taxativamente la sujeción conjunta al impuesto de todos los miembros de la unidad familiar, de manera que la insuficiencia de la norma es consecuencia de la actuación positiva del legislador.

Desde luego, debe reconocerse que el «reconocimiento» de una omisión relativa es algo que tiene que ver mucho con el enfoque, y sobre todo con la interpretación, ya que dependiendo de los criterios que se utilicen para dicha interpretación podrán encontrarse exclusiones o inclusiones implícitas. Pero en el caso que comentamos, y teniendo en cuenta que la sujeción conjunta como régimen general no es en sí inconstitucional —según señaló el propio Tribunal— creo que puede entenderse adecuadamente que la omisión está precisamente en la no previsión de las excepciones o supuestos que constitucionalmente deberían estar incluidos en dicho régimen. Aunque es cierto que también podría entenderse el supuesto como de inconstitucionalidad «por exceso», o «por indiferenciación» (al establecer un único régimen sin excepción alguna), creo que las reflexiones hechas en torno al modo de resolver dicha situación siguen siendo válidas en tal caso; si bien quizás la forma que podría haber tomado el fallo sería la de declaración de inconstitucionalidad del precepto «en cuanto no distingue», o «en cuanto incluye» todos los supuestos en el régimen de sujeción conjunta.

(114) Pueden citarse las SSTC 96/1996, de 30 de mayo; 40/1998, de 19 de febrero (apartado 2 del fallo, inciso primero); o 235/1999, de 16 de diciembre.

po. Esta técnica se ha utilizado en situaciones muy diversas y con pronunciamientos no coincidentes, por lo que resultaría conveniente una clasificación de los distintos «modelos» a que pueden responder estas apelaciones, siempre teniendo presente el problema de las omisiones legislativas. Las apelaciones, recomendaciones y referencias a plazos han sido relativamente numerosas, por lo que, en cada supuesto, citaremos sólo alguna a título de ejemplo.

a) En primer lugar, estarían los supuestos en los que, tras señalar que el precepto impugnado es inconstitucional, pero no proceder a la declaración de nulidad, realizan una llamada al legislador para que regule la materia, indicando en su caso un plazo para dicha regulación, que normalmente será un «plazo de tiempo razonable». A este esquema responden la mayoría de las sentencias que hemos comentado al tratar la inconstitucionalidad sin nulidad. Incluso en algún caso el TC ha establecido un término implícito; como vimos, así sucedió en la STC 45/1989, al disponer que la nueva regulación ha de producirse antes de proceder a la liquidación y pago del impuesto ya devengado.

b) En segundo lugar, cabe mencionar los supuestos en los que la apelación al legislador se produce para que colme una laguna que acaba de crear el Tribunal con la declaración de inconstitucionalidad y nulidad de un precepto, o de algún inciso del mismo. Como ejemplo podríamos citar la sentencia que declaró inconstitucional el art. 15 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, reguladora del procedimiento aplicable en el ejercicio de la facultad de corrección o reforma, en la que el Tribunal, consciente de que creaba «una situación normativa oscura o incluso un vacío normativo que únicamente la actividad del legislador puede llenar de manera definitiva», subrayaba «la imperiosa necesidad de que las Cortes procedan a reformar la legislación tutelar de menores» (115); o la sentencia que declaró inconstitucional el inciso del art. 153 de la Ley General Presupuestaria que preveía que los criterios para la distribución territorial de determinadas subvenciones se fijarían o por los Ministerios «ó las Comunidades Autónomas», al considerar que esta forma de participación es insuficiente, pero el Tribunal no podía «determinar, ni tan siquiera insinuar», cuál habría de ser la fórmula cooperativa adecuada (116).

c) Una variante del supuesto anterior, pero que por sus propias características se configura como un supuesto muy diferente, se produce en el caso en que, durante la vigencia del recurso previo de inconstitucionalidad, el Tribunal declara la inconstitucionalidad de un precepto legal, indicando que el legislador debe proceder de nuevo regular el aspecto declarado inconstitucional, e in-

---

(115) STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ. 6.

(116) STC 68/1996, de 18 de abril, FJ. 11.

cluso permitiéndose aconsejar cuál podría ser el contenido de la nueva regulación. Como es sabido, el ejemplo más representativo de esta actuación se encuentra en la sentencia sobre el aborto, en la que el Tribunal se pronuncia sobre la insuficiencia de las garantías previstas en el proyecto para la práctica del aborto en los supuestos despenalizados, e incluso «sugiere» cuáles podrían ser las garantías constitucionalmente adecuadas, al indicar, por ejemplo, que «el legislador debería prever que la comprobación del supuesto de hecho en los casos de aborto terapéutico y eugenésico, así como la realización del aborto, se lleve a cabo en centros sanitarios públicos o privados, autorizados al efecto, o adoptar cualquier otra solución que estime oportuna dentro del marco constitucional» (117).

Estas «recomendaciones» (118) que se realizan al legislador son rechazables cuando limitan innecesariamente su margen de decisión política; en este caso, son especialmente inadecuadas en el curso de un procedimiento como el recurso previo de inconstitucionalidad, en el que el efecto de la declaración de inconstitucionalidad es el reenvío del texto al legislador, que obviamente se verá condicionado por las «sugerencias» del Tribunal (en la práctica así fue), y por lo tanto afectado en su libertad de configuración. Por lo demás, lo que parece más criticable de la sentencia que hemos comentado es que la inconstitucionalidad del precepto por ausencia de previsión de garantías suficientes tiene un fundamento o conexión constitucional demasiado «remoto», lo cual es un problema distinto al que aquí nos interesa (119).

---

(117) El Tribunal, probablemente consciente de las críticas de que podía ser objeto su actitud, añade que «no es misión de este Tribunal sustituir la acción del legislador, pero sí lo es (...) indicar las modificaciones que a su juicio —y sin excluir otras posibles— permitieran la prosecución de la tramitación del proyecto por el órgano competente» (STC 53/1985, de 11 de abril, FJ. 12).

(118) En general, sobre estas recomendaciones, y distinguiendo varios supuestos, F. TOMÁS Y VALIENTE: «Notas sobre las recomendaciones al legislador», en *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, págs. 101 y sigs.

(119) También en el marco del recurso previo de inconstitucionalidad, pueden citarse ciertas recomendaciones que realiza el Tribunal en la sentencia sobre la LOAPA: «convendría que el legislador precisase el alcance de la referencia que en el artículo 31.2 se hace a la pertenencia de los funcionarios transferidos a sus Cuerpos o Escalas de origen...» (STC 76/1983, de 5 de agosto, FJ. 40); «es necesario que el legislador elimine la ambigüedad del texto (se refiere al art. 34.2), ya que en la primera de las interpretaciones es inconstitucional» (FJ. 41); «el legislador debe precisar el contenido de la referencia al artículo 35 hecha en el artículo 36 *in fine*» (FJ. 46). Lo significativo de estas recomendaciones es que el Tribunal no declara la inconstitucionalidad de los preceptos a los que las mismas se refieren en sí mismo considerados; lo que parece en realidad es que el Tribunal «aprovecha» la devolución íntegra del Proyecto para indicar otras correcciones de menor importancia (de hecho, no imprescindibles) que ayudarían a perfeccionar el texto legal.

d) En otros supuestos, las apelaciones o recomendaciones al legislador no son consecuencia de una declaración de inconstitucionalidad, sino que, a pesar de entender que la ley es conforme a la Constitución, se considera que la regulación es susceptible de ser perfeccionada, o de ser aún más acorde con la Norma fundamental.

Como ejemplo, puede citarse la sentencia que se pronunció sobre el art. 170 de la Ley de Procedimiento Laboral, que imponía la obligación, sólo al empresario, de consignar el importe de la condena incrementado en un 20 por 100, como requisito del recurso de casación. El precepto sólo fue declarado inconstitucional por lo que se refiere al incremento del 20 por 100, pero el Tribunal indicó que «sería conveniente que el legislador, para superar la excesiva rigidez de la norma, reformara el artículo 170 y conexos, para que evitara la imposibilidad de recurso en supuestos de falta de medios o de simple falta de liquidez, a través, en este último supuesto, de medios conocidos y seguros empleados en la práctica económica —aval bancario, depósito de valores, etc.—...» (120), añadiendo que, entre tanto se produzca la reforma, los tribunales ordinarios y el propio Tribunal Constitucional habían de realizar una interpretación progresiva y casuística, de acuerdo con los derechos de tutela judicial efectiva y el principio de gratuidad de la justicia cuando se acredite la insuficiencia de recursos económicos (arts. 24 y 119 de la Constitución). Esta sentencia aparentemente no tiene que ver con el problema de las omisiones legislativas, ya que declara que el precepto es constitucional; pero para llegar a la misma solución también podría haberse entendido que el precepto era inconstitucional «en cuanto no prevé» excepción alguna a la obligación de consignación por parte del empresario. En realidad, lo que viene a hacer el Tribunal, además de las recomendaciones al legislador, es permitir que, vía aplicación del precepto a los casos concretos, esas excepciones se vayan introduciendo, con lo que en cierto modo se interpreta el precepto en un sentido flexible, aunque dicha interpretación no se refleja en el fallo (121).

---

(120) STC 3/1983, de 25 de enero, FJ. 5.

(121) Otro ejemplo de este tipo de sentencias sería la STC 108/1986, de 29 de julio, en relación con la regulación legal del Consejo General del Poder Judicial, aunque aquí, más que de recomendaciones, podría hablarse de «insinuaciones». En efecto, señala el Tribunal que con la opción elegida por el legislador (elección de todos los miembros del CGPJ por las Cortes Generales) «se corre el riesgo de frustrar la finalidad señalada en la norma constitucional», en el caso de que las Cámaras distribuyan los puestos a cubrir en atención sólo a la división de fuerzas existente en su propio seno, y añade: «la existencia y aun la probabilidad de este riesgo, creado por un precepto que hace posible, aunque no necesaria, una actuación contraria al espíritu de la norma constitucional, parece aconsejar su sustitución, pero no es fundamento bastante para declarar su invalidez...» (FJ. 13).

e) En fin, hay que hacer referencia a algunas sentencias que, frente a una omisión absoluta del legislador, han acudido a la idea del «plazo razonable» para regular la cuestión, pero no para ofrecer este plazo al legislador, sino para decir que el mismo ya ha concluido, y basarse en esta circunstancia para estimar un recurso de amparo, aplicando directamente el contenido que deriva de la Constitución. Un ejemplo de este tipo de decisiones es la sentencia número 216 de 1991, en relación con la imposibilidad de acceso de la mujer a las Fuerzas Armadas. El Tribunal entiende que el art. 14 de la Constitución «exige a los poderes públicos, enfrentados a una situación de desigualdad de origen histórico, la adopción de una actitud positiva y diligente tendente a su corrección; de tal modo que, si bien no cabe, por lo general, mesurar *ex Constitutio*ne la falta de celo y presteza del legislador en la procura de aquella corrección cuando una desigualdad de hecho no se traduce en una desigualdad jurídica, la concurrencia de esta última por la pervivencia en el ordenamiento de una discriminación no rectificadas en un lapso de tiempo razonable habrá de llevar a la calificación como inconstitucionales de los actos que la mantengan» (122). El Tribunal, considerando que el tiempo transcurrido desde la aprobación de la Constitución es suficiente para haber procedido a la corrección de la desigualdad, concede el amparo a la recurrente a quien se había denegado el acceso a las pruebas de admisión en la Academia General del Aire (123).

En cambio, en otros supuestos de omisiones legislativas el Tribunal concedió el amparo sin acudir a la teoría del «plazo razonable», y considerando sim-

(122) STC 216/1991, de 14 de noviembre, FJ. 5.

(123) Un supuesto parecido es el referido a la ausencia de regulación, durante cierto tiempo, de la televisión local por cable, lo que provocó la práctica imposibilidad legal del ejercicio de la libertad de expresión por este medio. El Tribunal Constitucional, resolviendo un recurso de amparo, constata la existencia de la omisión del legislador impeditiva del ejercicio del derecho, afirmando que «lo que no puede el legislador es diferir *sine die*, más allá de todo tiempo razonable y sin que existan razones que justifiquen la demora, la regulación de una actividad (...) que afecta al ejercicio de un derecho fundamental...» (STC 31/1994, de 31 de enero, FJ. 7). La jurisprudencia de esta sentencia, referida a la televisión por cable, ha sido reiterada varias veces: SSTC 47/1994, de 16 de febrero; 98/1994, de 11 de abril; 240/1994, de 20 de julio; 281/1994, de 17 de octubre; 47/1996, de 25 de marzo... Sobre este particular, véase el muy interesante trabajo de M. E. REBATO PEÑO: «Inconstitucionalidad por omisión y libertad informativa», en E. ESPÍN y F. J. DÍAZ REVORIO (COORDS.): *La Justicia constitucional en el Estado democrático*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 111 y sigs.; también de interés, los comentarios jurisprudenciales de F. SANTAOLALLA: «Televisión por cable y control de omisiones del legislador», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 41, 1994, págs. 173 y sigs.; y J. J. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: «Consideraciones en torno a la jurisprudencia constitucional de 1994 sobre la televisión por cable en relación a la inconstitucionalidad por omisión», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 48, 1996, págs. 227 y sigs.

plemente que los preceptos constitucionales son origen inmediato de derechos y obligaciones. Así sucedió en relación a la ausencia de regulación legal de la objeción de conciencia, aspecto sobre el que el Tribunal se pronunció en 1982, señalando que ese principio general de aplicación inmediata, sin necesidad de esperar a la *interpositio legislatoris* «no tendrá más excepciones que aquellos casos en que así lo imponga la propia Constitución o en que la naturaleza misma de la norma impida considerarla inmediatamente aplicable» (124).

La aplicación de la teoría del «plazo razonable» presenta aspectos dudosos, como los criterios para la determinación del mismo, cuando de la propia Constitución no deriva plazo alguno para el cumplimiento de sus preceptos; por ello algún autor ha entendido que la decisión sobre el momento oportuno para realizar las encomiendas constitucionales corresponde al legislador, y ese juicio de oportunidad no puede ser sustituido por el Tribunal Constitucional; el supuesto «plazo razonable» habrá transcurrido en realidad en el momento en que exista infracción constitucional, aunque el legislador pueda decidir el momento para intervenir (125). Ciertamente, creo que no existen criterios constitucionales para determinar cuál es el «plazo» para que el legislador apruebe las regulaciones exigidas para dar efectividad a la Constitución, al menos en materia de derechos fundamentales. Por ello, me parece preferible —al menos en este ámbito— la doctrina según la cual, haya o no intervenido el legislador, los mismos deben ser aplicados de manera inmediata; cuando no exista tal regulación legal, dicha aplicación habrá de hacerse en base a las exigencias mínimas que derivan de la Constitución, pero sin necesidad de esperar dicha intervención legislativa. En consecuencia, la aplicación jurisdiccional de la Constitución, y el propio recurso de amparo, parecen configurarse como remedios adecuados frente a las omisiones absolutas, en las cuales no cabe, por su propia naturaleza, la impugnación de precepto legislativo alguno. Por ello serán los jueces ordinarios, y en su caso el Tribunal Constitucional, quienes podrán controlar dichas omisiones, con motivo de la aplicación a los casos concretos de la norma implícita que deriva del silencio legislativo, y que podrán invalidar si resulta contraria a la Constitución (126).

En suma, las apelaciones al legislador, o el establecimiento de plazos, sólo parecen tener sentido frente a las omisiones legislativas relativas como complemento a otros «remedios» que ya hemos visto: la declaración de inconstitucionalidad sin nulidad; la declaración de que el precepto es «todavía constitu-

---

(124) STC 15/1982, de 23 de abril, FJ. 8.

(125) I. VILLAVERDE MENÉNDEZ: *La inconstitucionalidad...*, cit., págs. 43 y sigs.

(126) En este sentido, I. VILLAVERDE MENÉNDEZ: *La inconstitucionalidad...*, cit., págs. 142 y sigs., 188 y sigs.

cional», pero puede dejar de serlo con el cambio de las circunstancias; o el retraso de la entrada en vigor de los efectos de la sentencia. Este último remedio no parece admisible en nuestro sistema; y los otros no dejan de plantear aspectos dudosos y problemáticos; de manera que la valoración de estas apelaciones en nuestro sistema estará relacionada con la que se haga sobre estos «remedios», y dependerá por lo tanto de las circunstancias o supuestos en los que se utilice. Fuera de los supuestos de inconstitucionalidad sin nulidad o declaración de que el precepto es «todavía constitucional», las apelaciones o recomendaciones al legislador, a veces pueden llegar a ser «peligrosas», y siempre resultan innecesarias desde el punto de vista jurídico (aunque, en ocasiones, puedan resultar convenientes desde otras perspectivas). Ello es así tanto si el precepto se considera constitucional (y sin peligro de convertirse en inconstitucional) y la apelación o recomendación se refiere a cuestiones de puro perfeccionamiento técnico, o de «mayor aproximación» a la Constitución, como si el precepto es considerado inconstitucional y nulo, y la apelación pretende simplemente indicar al legislador que debe proceder a una nueva regulación, indicando en su caso los criterios. En cuanto al establecimiento de plazos, en nuestro sistema parece que no hay fundamento constitucional sólido para el mismo, al menos por lo que se refiere a los derechos fundamentales; en cambio, sí es cierto que la Constitución establece también otros mandatos cuyo desarrollo es irremediamente progresivo, y nunca del todo acabado (por ejemplo, el mandato de promover las condiciones para conseguir la igualdad real del artículo 9.2).

### 3. CONCLUSIONES

No hay acuerdo a la hora de señalar cuál puede ser la solución más adecuada al problema de las omisiones legislativas relativas. Mientras que algún autor se ha manifestado por las sentencias interpretativas como remedio (127), también pueden encontrarse opiniones que consideran inadecuado cualquier intento de reparar la omisión relativa de manera inmediata por el Tribunal Constitucional (128), y otras más matizadas (129). Quizá la tendencia mayoritaria vaya

(127) I. VILLAVARDE MENÉNDEZ: *La inconstitucionalidad...*, cit., págs. 199-200.

(128) En este sentido, J. JIMÉNEZ CAMPO: «Qué hacer...», cit., pág. 54.

(129) E. AJA y M. GONZÁLEZ BEILFUSS: «Conclusiones generales», cit., págs. 288 y sigs., se pronuncian por articular la colaboración entre Tribunal Constitucional y legislador en la reparación de las omisiones legislativas, a través de los distintos tipos de sentencias bilaterales o de otras soluciones, aunque admiten la reparación unilateral cuando sólo sea posible una solución constitucional, o cuando un caso concreto pueda resolverse con la aplicación directa de la Constitución.

en la línea de las soluciones «bilaterales», aparentemente más respetuosas con las funciones del legislador; pero ni estas soluciones están exentas de problemas, ni puede afirmarse con carácter general que «cuenten con ventaja» respecto a algunas soluciones unilaterales. En mi opinión, pueden apuntarse las siguientes ideas esenciales sobre los remedios frente a las omisiones inconstitucionales relativas:

1) No existe ninguna solución que pueda considerarse perfecta o aplicable a todos y cada uno de los supuestos imaginables —y menos aún a todos los supuestos reales— de omisiones relativas. Hemos señalado que el sistema originario de control de constitucionalidad en Europa no preveía la posibilidad del control de las omisiones legislativas, de forma que esta posibilidad ha tenido que ir «encajándose» con dificultades en los actuales sistemas europeos. Por ello creo que todos los remedios expuestos en este trabajo pueden tener cierta utilidad, en función de los concretos supuestos a que haya de darse respuesta. Aunque es arriesgado realizar afirmaciones generales en este terreno, me parece que, en principio, podría afirmarse que, mientras una reparación mediante una sentencia unilateral sería admisible, en principio, cuando sólo quepa una opción constitucionalmente impuesta para solucionar la omisión, la reparación mediata o mediante la colaboración será imprescindible cuando esté en juego la libertad de configuración del legislador para regular el aspecto hasta entonces omitido, eligiendo entre todas las opciones constitucionalmente admisibles.

2) Las características propias de cada sistema constitucional condicionan de manera decisiva los remedios aceptables en el mismo. Así, el retraso de los efectos de las sentencias, dando un plazo al legislador, es una solución aceptable en Austria, pero no en España; la inconstitucionalidad sin nulidad tiene cobertura suficiente en Alemania, pero no en nuestro sistema; y lo mismo cabe decir del recurso específico frente a las omisiones absolutas, sólo admisible en Portugal (aunque este remedio no parece resultar muy operativo).

En un sistema basado en la vía incidental, como el italiano —y, más en general, en todos los sistemas, cuando el problema de la omisión se plantea por esta vía— las soluciones bilaterales plantean problemas especialmente delicados respecto a la solución que haya de darse a los casos concretos planteados ante los tribunales hasta la intervención legislativa (no sólo, aunque principalmente, respecto al suscitado en el proceso *a quo*). En efecto, resolver estos supuestos con una normativa declarada inconstitucional no parece muy respetuosos con la Constitución; suspenderlos hasta la aprobación de la nueva regulación puede resultar contrario a la necesaria tutela judicial, provocando normalmente importantes dilaciones; y resolverlos de acuerdo con los nuevos criterios o «normas» que disponga el Tribunal Constitucional, supone que éste



sustituye, siquiera transitoriamente, al legislador, con lo que se difumina la principal ventaja de los remedios bilaterales.

3) En consecuencia, y pensando más específicamente en el sistema español, una reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional permitiría la adopción de algunas soluciones que hasta ahora se han tomado forzando —o, simplemente, contradiciendo— las disposiciones de dicha ley: en concreto, la inconstitucionalidad sin nulidad, remedio que parece idóneo en varios supuestos (particularmente, cuando existan varias opciones a la hora de reparar la omisión, y todas ellas sean constitucionalmente aceptables), encontraría con tal reforma la cobertura legal necesaria, que hoy no puede tener de acuerdo con el art. 39.1 LOTC (130). A mi juicio, dicha modificación no necesariamente debería introducir de manera expresa todos o la mayoría de los remedios que hemos analizado. Por un lado, algunos podrían estimarse inadecuados en nuestro sistema (por ejemplo, el recurso frente a las omisiones del legislador, o incluso el aplazamiento de los efectos de la sentencia, justificado en un sistema como el austríaco, que siempre ha partido de los efectos *ex nunc* de las sentencias que declaran la inconstitucionalidad). Y por otro lado, las situaciones en las que puede apreciarse una omisión relativa son demasiado variadas como para pretender prever todas ellas vía legislativa. Por ello, más bien bastaría con una reforma que modulara el actual rigor con que vienen configurados en nuestro sistema los efectos de las sentencias estimatorias, permitiendo la declaración de mera incompatibilidad (131), y la matización de los efectos retroactivos de las sentencias, y dejando al Tribunal la concreción de dichos efectos en cada caso concreto en que ello sea necesario.

4) No creo que puedan descalificarse de manera absoluta e incondicionada las soluciones unilaterales —y en particular las sentencias aditivas— como

---

(130) Por lo demás, la mayoría de la doctrina parece estar de acuerdo en la necesidad de reformar el art. 39.1 LOTC en cuanto establece la necesaria conexión entre inconstitucionalidad y nulidad. Pueden verse, en este sentido, las respuestas que la mayoría de los autores encuestados dan a la segunda pregunta del «Cuestionario sobre la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional», en *Teoría y realidad constitucional*, núm. 4, monográfico sobre el Tribunal Constitucional, 1999, págs. 31 y sigs.

(131) En este sentido, R. PUNSET: «Las sentencias declaratorias...», cit., pág. 47, señala que el art. 39.1 LOTC debe reformarse para prever que las sentencias estimatorias puedan contener: a) la declaración de inconstitucionalidad y nulidad o, cuando fuere preciso, la de simple inconstitucionalidad de los preceptos impugnados; y b) tratándose de leyes del Estado, la declaración de inaplicabilidad directa de dichos preceptos en el ámbito territorial de una o varias Comunidades Autónomas. En cuanto a los efectos retroactivos, Punset considera conveniente que el art. 40.1 especificase la resistencia de los actos administrativos firmes anteriores a una sentencia estimatoria.

remedio frente a las omisiones inconstitucionales. La crítica de invasión de competencias legislativas que suele hacerse a estas decisiones presupone que existe siempre un margen de discrecionalidad a la hora de reparar la omisión. Pero ello no es así en todos los casos, ya que en ciertos supuestos puede existir una «solución constitucionalmente obligada» a la hora de adecuar a la Norma suprema una ley parcialmente omisiva. Y por otro lado, si bien hay otras opciones que en general podrían parecer más respetuosas con la libertad de configuración del legislador, también es cierto que dichas opciones suelen ser menos respetuosas con la plena e inmediata efectividad de los mandatos constitucionales, cuyas consecuencias retrasan o posponen, incluso a veces *si-ne die*, provocando en ocasiones importantes problemas respecto a la regulación que ha de darse a los casos concretos en el inevitable período transitorio hasta la intervención del legislador. Desde luego, habrá supuestos en los que las soluciones unilaterales no sean el remedio más adecuado, por los motivos que ya hemos apuntado; pero también podrán encontrarse casos en los que resulte una solución equilibrada —o al menos, «la menos mala» de las soluciones» respecto a los valores en juego (respeto al legislador, necesidad de no demorar las consecuencias derivadas de la Constitución).