

# EL CONTROL POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE LAS OMISIONES LEGISLATIVAS LESIVAS DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD

Javier Vecina

*Universidad de Castilla-La Mancha.*

SUMARIO: 1. Introducción.—2. Las sentencias aditivas como medio de restablecer el principio de igualdad legislativamente vulnerado.—3. Sobre la actividad paralegislativa del Tribunal Constitucional.

## 1. Introducción



L objeto del presente comentario lo constituye el examen de un tipo de sentencia, calificada por la doctrina italiana como *aggiuntive* o *additive*<sup>1</sup>, del que recientemente ha vuelto a hacer uso el Tribunal Constitucional en sus sentencias 222/1992, de 11 de diciembre y 3/1993, de 14 de enero, con la finalidad de poner remedio a las

---

<sup>1</sup> *Vid.*, por todos, LAVAGNA, C.: “Sulle sentenze ‘additive’ della Corte costituzionale”, en *Giur. it.*, núm. IV/1969, p. 151, y ELIA, L.: “Le sentenze additive e la piú recente giurispru-

lesiones que al principio de igualdad pueden ocasionar las omisiones “relativas” provenientes del Poder Legislativo<sup>2</sup>. Omisiones que se producen, pues, no cuando falta todo desarrollo normativo de un precepto constitucional (omisiones absolutas), sino cuando la disposición legislativa, al regular ciertos supuestos, omite sin un fundamento objetivo incluir en la misma regulación, o someter al mismo tratamiento jurídico, otros casos idénticos, tal y como exigiría la finalidad enunciada y perseguida por el legislador, dando lugar con ello a una violación del principio de igualdad en su más simple y clásica aplicación<sup>3</sup>.

## 2. Las sentencias aditivas como medio de restablecer el principio de igualdad legislativamente vulnerado

Al contrario de lo que normalmente sucede, la inconstitucionalidad del enunciado legal se produce en estos casos por el hecho de contener el mismo un contenido normativo menor de aquel que constitucionalmente debería tener<sup>4</sup>. La oposición con la Constitución no resulta, por tanto, de lo que el precepto dice, sino de lo que no dice<sup>5</sup>, de una omisión “relativa” o “parcial” del legislador, y aquí radica precisamente el problema que suscita el restablecimiento del orden constitucional perturbado en estos supuestos.

En principio, frente a dos situaciones de hecho tratadas diversamente por la ley, el Tribunal puede eliminar las discriminaciones que crea injustificadas o irracionales, bien declarando la inconstitucionalidad de la disposición que establece una ventaja a favor de un sujeto o de una categoría, bien declarando inconstitucional la disposición misma en la parte en la cual no extiende la aplicación de la ventaja a otro sujeto o a otra categoría<sup>6</sup>.

Si se observaran escrupulosamente los postulados clásicos del modelo europeo de control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, tal y

---

denza della Corte Costituzionale (ottobre 81-luglio 85)”, en la obra colectiva *Scritti su “La giustizia costituzionale” in onore di Vezio Crisafulli*, vol. I, Padova, 1985, p. 299 y ss.

<sup>2</sup> Sobre la distinción entre omisiones legislativas absolutas y relativas *vid.* AHUMANDA RUIZ, M. A.: “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas”, en *REDC*, núm. 8/1991, pp. 172-173, y la bibliografía allí citada.

<sup>3</sup> D’ORAZIO, G.: “Aspectos y problemas de la Justicia Constitucional italiana”, en *RVAP*, núm. 31/1991, pp. 88-89.

<sup>4</sup> ZAGREBELSKY: *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, p. 298.

<sup>5</sup> RUBIO LLORENTE, F.: “La jurisdicción constitucional como forma de creación de Derecho”, en *REDC*, núm. 22/1988, p. 36.

<sup>6</sup> PIZZORUSSO, A.: “Las sentencias ‘manipulativas’ del Tribunal Constitucional italiano”, en la obra colectiva *El Tribunal Constitucional*, vol. I, Madrid, 1981, pp. 290-291.

como quedaron configurados por Kelsen, y en particular los consistentes tanto en la reducción del objeto del proceso constitucional al enunciado de la ley como la vinculación necesaria entre inconstitucionalidad y nulidad, la primera de las alternativas citadas parece la única aceptable en estos supuestos. De acuerdo con la concepción más tradicional, la sanción en el caso de que una ley lesione el principio de igualdad por establecer arbitrariamente la exclusión de una ventaja respecto a una cierta categoría de personas no podría ser otra, por tanto, que la declaración de inconstitucionalidad, y consiguiente nulidad, de la disposición legal en su totalidad<sup>7</sup>.

Ahora bien, esta solución, con ser la más coherente con el sistema concentrado originario de justicia constitucional, resulta muy problemática al poder derivarse de ella “no sólo otras situaciones de cuestionable licitud constitucional, sino perjuicios inmediatos para todos aquellos a los que el precepto en cuestión otorgaba derechos, como frecuentemente ocurre con la regulación de prestaciones de las que tácitamente se excluye a sectores o clases que, por exigencias del principio de igualdad, deberían también beneficiarse de ellas”<sup>8</sup>. Además, a la solidez de los motivos que se oponen a la estimación pura y simple a la pretensión de inconstitucionalidad y nulidad del precepto *in toto*, se une también en estos casos la imposibilidad de recurrir a las denominadas sentencias interpretativas, al no deducirse del enunciado legal impugnado varias y alternativas interpretaciones, de las que poder desechar aquellas que se opongan a la Constitución, sino tan sólo una única interpretación que, por lo demás, no es aceptable desde la óptica constitucional<sup>9</sup>.

Ante esta situación en la que, por un lado, no parece constitucionalmente adecuado declarar la nulidad de la disposición legal impugnada y, por otro, no resulta viable el recurso a las sentencias interpretativas, los Tribunales Constitucionales se han visto obligados a la creación de nuevos tipos de sentencias —o mejor, de dispositivos—, entre las que se encuentran las ya mencionadas sentencias aditivas.

---

<sup>7</sup> Fiel a estos postulados, el Tribunal Constitucional austríaco sanciona la lesión al principio de igualdad con la anulación por entero de la disposición legislativa. *Vid.* al respecto, D'ORAZIO, G.: *Aspectos y problemas...*, *op. cit.*, pp. 89-90.

<sup>8</sup> RUBIO LLORENTE, F.: *La jurisdicción constitucional...*, *op. cit.*, p. 36. No obstante, debe tenerse en cuenta que en Austria tales efectos perniciosos se amortiguan por la potestad discrecional que la Constitución atribuye al Tribunal Constitucional de diferir los efectos de su sentencia de anulación hasta el plazo máximo de un año (art. 140.5); entretanto, la ley reconocida inconstitucional continúa estando vigente, dándose de este modo oportunidad al legislador de reconstruir la situación de derecho. *Vid.* sobre este particular, ÖLINGER, T.: “La evoluzione della giurisdizione costituzionale in Austria”, en la obra colectiva *Costituzione e Giustizia Costituzionale nel diritto comparato (a cura di Giorgio Lombardi)*, Rimini, 1985, p. 52.

<sup>9</sup> En este sentido, ZAGREBELSKY: *La giustizia costituzionale, ob. cit.*, pp. 296-297, nota 94.

Mediante la utilización de este tipo de sentencias, frecuentemente asumida por la Corte Costituzionale italiana<sup>10</sup> y, en menor medida, también por el Tribunal Constitucional español<sup>11</sup>, no se hace sino optar por la segunda de las alternativas anteriormente citadas, de tal modo que el principio de igualdad se restablece incorporando al texto legislativo una norma que originariamente no contenía, a través de la cual se extiende también a los sujetos excluidos el beneficio o ventaja del que anteriormente carecían<sup>12</sup>. La forma de dispositivo utilizada en estos casos se reconoce externamente por contener una declaración de inconstitucionalidad de la disposición impugnada *en la parte en la cual* no prevé aquello que debería prever.

### 3. Sobre la actividad paralegislativa del Tribunal Constitucional

La adopción de sentencias aditivas por parte del Tribunal Constitucional ha recibido fuertes críticas desde ciertos sectores doctrinales, e incluso jurisprudenciales<sup>13</sup>, referidas fundamentalmente a la función paralegislativa que el Tribunal ejerce en estos supuestos.

---

<sup>10</sup> Siguiendo la estadística citada por D'ORAZIO, G.: *Aspectos y problemas...*, *op. cit.*, p. 88, nota 60, en 1987, frente a 27-29 declaraciones de inconstitucionalidad pura y simple, se pronunciaron casi 50 sentencias con efectos aditivos; en 1988, 27 y 67, respectivamente; en 1989, 33 y casi 50.

<sup>11</sup> Junto a las ya mencionadas es posible citar como ejemplos de decisiones aditivas las SSTC 103/1983, de 22 de noviembre, y 104/1983, de 23 de noviembre, con las que el Tribunal extiende el derecho a una pensión de viudedad también a los varones.

<sup>12</sup> Así sucede, entre otras, en las citadas SSTC 222/1992, de 11 de diciembre, y 3/1993, de 14 de enero, recaídas ambas con ocasión del planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad. En la primera de ellas la duda de inconstitucionalidad recae sobre el artículo 58.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, de 24 de diciembre de 1964, en la parte del mismo en que se atribuye al "cónyuge" del arrendatario fallecido —no, por tanto, al miembro supérstite de una unión de hecho— la facultad de subrogarse en el contrato de arrendamiento; en la segunda, la cuestión de inconstitucionalidad surge en relación con el derogado artículo 162.2 de la Ley General de Seguridad Social, en la medida en que dicha disposición reconoce en exclusiva a las "hijas y hermanas", y por lo tanto, no atribuye a los hijos y hermanos del causante, el derecho al percibo de las llamadas prestaciones en favor de familiares.

A juicio del Alto Tribunal, la disposición cuestionada contiene en ambos casos un contenido normativo menor de aquel de debería tener desde la perspectiva constitucional (arts. 39.1, 47 y 41 de la CE); de ahí que su adecuación a la Constitución la realice mediante una doble y sucesiva operación, que por un lado es demolitoria o ablativa de la disposición legislativa en lo que esta tiene de norma excluyente y, por otro, reconstructiva, en cuanto aumenta el inicial contenido normativo de la disposición, introduciendo en la misma una norma positiva que sustituye a la originariamente negativa.

<sup>13</sup> *Vid.* los votos particulares formulados por los Magistrados don Alvaro Rodríguez Bejeiro y don José Gabaldón López a la sentencia 222/1992, de 11 de diciembre.

Para ciertos autores, en efecto, con el empleo de tales pronunciamientos el Tribunal Constitucional se aparta de la función que le es propia, limitada a expulsar del Ordenamiento jurídico los preceptos legales que se oponen a la Constitución, es decir, a actuar como “legislador negativo”, asumiendo un rol que constitucionalmente sólo corresponde ejercitar al legislador<sup>14</sup>. No puede, sin embargo, compartirse esta crítica tal y como ha sido formulada. Es cierto que un uso indiscriminado de las sentencias aditivas vulneraría claramente el principio de separación de poderes; sin embargo, de ahí no puede deducirse su total exclusión, sino tan sólo la reducción de su ámbito de aplicación. El problema en relación con el legislador se reduce, pues, a una cuestión de límites.

En este sentido, la utilización de las sentencias aditivas debe quedar reducida, en primer lugar, a aquellos supuestos en los que no sea posible ni realizar una interpretación conforme a la Constitución de la disposición legal impugnada, dada la claridad de su tenor literal<sup>15</sup>, ni tampoco eliminarla por entero, al poder crear el vacío jurídico real subsiguiente situaciones más inconstitucionales que aquella que intenta evitarse mediante la anulación<sup>16</sup>.

En segundo lugar, no es posible emanar este tipo de sentencias cuando sean varias las alternativas normativas viables para colmar la laguna real derivada de la eventual anulación de la ley<sup>17</sup>. En estos casos, el restablecimiento por el Tribunal Constitucional del orden constitucional perturbado mediante la elección de una de ellas constituiría una opción discrecional de política legislativa que por mandato constitucional sólo corresponde hacer al legislador (art. 66.2 de la CE). Por esta razón, sólo las decisiones manipulativas con contenido ya predeterminado por el Ordenamiento son admisibles.

---

<sup>14</sup> En este sentido, por ejemplo, NIGRO, M.: “Le giurisdizioni sui pubblici poteri fra sistema normativo e spinte fattuale”, en *Diritto processuale amministrativo*, núm. 4/1984, p. 454; PIBERNAT DOMENECH, X.: “La sentencia constitucional como fuente del Derecho”, en *RDPol*, número 14/1987, pp. 82-83, y RUBIO LLORENTE, F.: *La jurisdicción constitucional...*, *op. cit.*, pp. 37-38.

<sup>15</sup> Sobre la imposibilidad de realizar una interpretación conforme a la Constitución ante enunciados legales claros, o cuando mediante ella se convierta el precepto impugnado en superfluo, *vid.*, entre otras, las SSTC 22/1985, de 15 de febrero, FJ 5; 76/1983, de 5 de agosto, FJ 12, y, por lo que aquí más interesa, la ya citada 222/1992, de 11 de diciembre, FJ 2, b).

<sup>16</sup> A este respecto conviene recordar, como señala MODUGNO: “I criteri della distinzione diacronica tra norme e disposizioni in sede di giustizia costituzionale”, en *Quad. cost.*, número 1/1989, p. 39, que el deber institucional del Tribunal es eliminar las leyes inconstitucionales del ordenamiento, pero sin producir situaciones de mayor inconstitucionalidad, sin que los éxitos de sus juicios sean más perjudiciales todavía para el ordenamiento. De ahí que también la necesidad de evitar peligrosos vacíos legislativos asuma, como tal, un valor constitucional imprescindible.

<sup>17</sup> *Vid.* ZAGREBELSKY, G.: *La giustizia costituzionale*, *cit.*, p. 304, y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional italiano allí citada.

Si se respeta este último límite, las críticas relativas a una función paralegislativa del TC en el uso de las sentencias aditivas tienden a desaparecer, ya que su utilización se reduce al supuesto en el que la extensión del beneficio legal a todos los excluidos por la norma resulta constitucionalmente obligada en atención a ciertos preceptos de la Constitución. La norma que el Tribunal incorpora “manipulando” la ley no deriva en estos casos de una inadmisibles obra de legislación, sino de una actividad de interpretación cuyo contenido es simplemente declarado (no creado) por el Tribunal<sup>18</sup>. Como diría Crisafulli<sup>19</sup>, el Tribunal no crea libremente (como haría el legislador) la norma, sino que se limita a individualizar aquella implicada en el sistema y deducible del mismo. Por esta razón, si de creación de nuevo derecho se pudiese hablar, debería añadirse que se trata de una legislación *a rime obligate*, porque la Corte no inventa nada que, al menos en estado latente, no se halle presente en el Ordenamiento<sup>20</sup>.

La invasión del ámbito de discrecionalidad legislativa se produciría, por contra, si las sentencias aditivas se utilizasen para incorporar el Ordenamiento una de las varias normas que, desde la perspectiva constitucional, serían susceptibles de recomponer el orden constitucional vulnerado. Actuando así, el Tribunal Constitucional asumiría una verdadera función legislativa que en modo alguno le corresponde. Por eso, en aquellos supuestos en los que ni la

<sup>18</sup> ZAGREBELSKY, G.: *La giustizia costituzionale*, cit., p. 301.

<sup>19</sup> CRISAFULLI, V.: “Relazione generale”, en la obra colectiva *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Bologna, 1978, p. 84.

<sup>20</sup> Si se analiza con detenimiento la motivación que induce al Tribunal Constitucional español a inclinarse por este tipo de pronunciamiento en las SSTC 222/1992, de 11 de diciembre, y 3/1993, de 14 de enero, puede observarse como no es una actividad discrecional del Tribunal la que da lugar a la extensión del beneficio legal a la categoría de personas excluidas inicialmente por el precepto impugnado.

En la primera de ellas, la subrogación no puede considerarse en sí misma un privilegio, sino antes al contrario una manifestación del deber constitucional que recae sobre los poderes públicos de proteger la familia, tanto la que tiene su origen en el matrimonio como la formada al margen del mismo (art. 39.1 de la CE). Por esta razón, la situación discriminatoria que se deriva del artículo 58.1 de la LAU no puede restablecerse expulsando del Ordenamiento jurídico dicho precepto, sino únicamente incorporando a su ámbito de aplicación también al miembro superviviente de una pareja de hecho. En la segunda, la norma que la disposición cuestionada establece —la prestación en favor de los familiares— no sólo no es inconstitucional en sí misma considerada, sino que al regular una situación de necesidad se conecta con la obligación impuesta a los poderes públicos por el artículo 41 de la CE, de mantener un régimen de Seguridad Social que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes en situaciones de necesidad. De ahí que el restablecimiento del principio de igualdades vulnerado por el artículo 162.2 de la CE ni puede llevarse a cabo anulando el precepto en su totalidad —pues el vacío resultante crearía una situación contraria al artículo 41 de la CE—, ni de otro modo diferente al consistente en extender el ámbito de los beneficios también a los “hijos o hermanos” del causante, que es lo que finalmente realiza el Alto Tribunal mediante un dispositivo que, sin embargo, no es el habitualmente empleado en este tipo de sentencias.

nulidad de la disposición resulta conveniente, ni el uso de las sentencias aditivas posible, la solución debe buscarse en otro tipo de sentencias, que dependiendo de las posibilidades que la normativa de cada país ofrezca, pueden adoptar básicamente una de estas tres formas: sentencias de mera inconstitucionalidad, utilizadas por el Tribunal Constitucional alemán, y a partir de 1970 bajo la cobertura de su Ley reguladora (arts. 31.2 y 79 BVerfGG)<sup>21</sup>; sentencias de anulación diferida, a las que frecuentemente recurre el Tribunal Constitucional austriaco con fundamento en el artículo 140.5 de la Constitución<sup>22</sup>; “sentencias desestimatorias con declaración de inconstitucionalidad”, por las que finalmente ha optado la Corte Costituzionale italiana ante la imposibilidad de seguir los ejemplos alemán y austriaco sin una modificación previa del artículo 136 de la Constitución<sup>23</sup>. El elemento común de todas ellas consiste en postergar las consecuencias de la anulación de la disposición inconstitucional, dado tiempo al legislador para adecuar la normativa contraria a la Constitución mediante la elección de una de las múltiples alternativas posibles.



<sup>21</sup> Acerca de las decisiones del BVerfG mediante las cuales se declara la incompatibilidad del precepto legal con la Constitución (“Unvereinbarkeit”), pero no su nulidad, *vid.* STUTH: “Il Bundesverfassungsgericht e il profilo tecnico delle sue pronunce”, en *Quad. cost.*, número 2/1989, pp. 292 y ss. y CERVATI: “Incostituzionalità delle leggi ed efficacia delle sentenze delle Corti costituzionali austriaca, tedesca ed italiana”, en *Quad. cost.*, número 2/1989, pp. 261-273.

<sup>22</sup> *Vid.* ÖHLINGER, T.: “La evoluzione della giurisdizione costituzionale in Austria”, en la obra colectiva *Costituzione e Giustizia Costituzionale nel diritto comparato (a cura di Giorgio Lombardi)*, Rimini, 1985, p. 52, y CERVATI: *Incostituzionalità delle leggi...*, *op. cit.*, pp. 274-277.

<sup>23</sup> Sobre este tipo de sentencias, *vid.*, muy críticamente, PINARDI, R.: “La Corte e il legislatore: spunti e riflessioni in tema di efficacia pro futuro delle sentenze di accoglimento”, en *Giur. cost.*, número 1/1991, p. 795 y ss.; y POLITI, F.: “Principio di continuità dell’ordinamento giuridico e dovere di eliminazione delle norme incostituzionali: “giusta preoccupazione” o “eccessivo timore” della giurisprudenza costituzionale per gli effetti di una declaratoria di incostituzionalità?”, en *Giur. cost.*, número 4/1992, pp. 3171 y ss. Expresan la dificultad que existe en Italia de separar la vinculación que el artículo 136 de la Constitución establece entre inconstitucionalidad y nulidad PINARDI, R.: *La Corte e il legislatore...*, *op. cit.*, pp. 824-825, nota 116; y POLITI, F.: “Principio di continuità dell’ordinamento giuridico e dovere di eliminazione delle norme incostituzionali: “giusta preoccupazione” o “eccessivo timore” della giurisprudenza costituzionale per gli effetti di una declaratoria di incostituzionalità?”, en *Giur. cost.*, número 4/1992, p. 3182.