

# ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

**Revista del Centro de Estudios Constitucionales**

Año 1 N° 1 ISSN 0718-0195

Universidad de Talca, Santiago, Chile, 2003



Universidad de Talca. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Centro de Estudios Constitucionales  
Dirección: Québec 415 esquina Avda. Condell, Providencia, Santiago, Chile  
Correo electrónico: [cecoch@utalca.cl](mailto:cecoch@utalca.cl) Página Web: [www.cecoch.cl](http://www.cecoch.cl)

## LAS OMISIONES LEGISLATIVAS Y LOS DERECHOS PRESTACIONALES

Rubén Hernández Valle (\*)

### RESUMEN

El autor en el presente artículo analiza las omisiones legislativas y la tipología de ellas, desarrollada por la jurisdicción constitucional de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica y la jurisdicción constitucional comparada.

Derecho público. Derecho constitucional. Jurisdicción constitucional. Interpretación constitucional. Inconstitucionalidad por omisiones legislativas.

### I. CONCEPTO DE OMISIÓN LEGISLATIVA

Sobre el concepto de omisión legislativa existen dos tesis. Una primera, recientemente sostenida en forma prolija por el profesor español **José Julio Fernández Rodríguez**, quien la preceptúa como “la falta de desarrollo por parte del Poder Legislativo, durante un tiempo excesivamente largo, de aquellas normas constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo, de forma tal que se impide su eficaz aplicación”.

Esta concepción restringida presenta varios defectos. Primero, está elaborada en forma teórica, sin fundamento en un ordenamiento específico, pues en España no está prevista legislativamente la inconstitucionalidad por omisión.

---

(\*) Abogado. Dr. en Derecho. Profesor de Derecho Público, Costa Rica.  
Artículo recibido el 21 de septiembre de 2003. Aceptado por el Comité Editorial el 24 de octubre de 2003.  
Correo electrónico: rhernandez@ghp.co.cr

En segundo lugar, tiene dos elementos que, en nuestro criterio, no corresponden a la realidad del instituto, al menos como está prefigurado en el ordenamiento costarricense.

El primero de ellos es la necesidad de que la omisión se haya producido, según el citado autor, “durante un tiempo excesivamente largo”. El tiempo de la inactividad legislativa no es realmente un criterio jurídico valedero para definir si una omisión es susceptible de ser impugnada por vicios de inconstitucionalidad. En realidad basta con la existencia de la omisión, sin que tenga ninguna trascendencia el tiempo transcurrido desde que se promulgó la Constitución y el momento en que se invoca jurisdiccionalmente aquella.

En efecto, la protección procesal de los derechos fundamentales no puede estar sujeta a que corran plazos excesivamente largos, sino que basta su violación para lograr su inmediata tutela jurisdiccional.

En segundo lugar, restringir la omisión sólo a aquellas «normas constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo» limita sin fundamento válido las posibilidades de aplicación de este instituto, pues en todo ordenamiento constitucional existen numerosos principios y disposiciones –sobre todo en materia cubierta por los mal llamados derechos prestacionales– que, sin estar concebidas como normas de concreto desarrollo, establecen directrices al Estado para satisfacer importantes pretensiones materiales de los ciudadanos.

Además, la expresión “obligatorio y concreto desarrollo” es, en el fondo, tautológica, pues todos los principios y normas constitucionales son de “obligatorio y concreto desarrollo”. De lo contrario habría que admitir que algunas de ellos carecen de eficacia jurídica.

Otra concepción más amplia y acorde con la regulación que dicho instituto tiene en el ordenamiento costarricense, la conceptúa como la abstención del legislador para desarrollar y dar cumplimiento a principios y preceptos constitucionales, independientemente de que sean de “obligatorio y concreto desarrollo”.

Esta concepción permite, por ejemplo, que la Sala Constitucional pueda tutelar más adecuadamente algunos derechos fundamentales, como el principio de igualdad ante la ley y la garantía de la irretroactividad de los actos públicos, como veremos en el tercer acápite.

## II. TIPOS DE OMISIONES LEGISLATIVAS

A diferencia de la laguna, la omisión se caracteriza siempre por el incumplimiento de una obligación, expresa o implícita, de desarrollar una disposición o principio constitucional.

La doctrina italiana distingue entre omisión absoluta y omisión relativa. La primera se produce cuando falta todo tipo de actuación normadora destinada a aplicar el precepto o el principio constitucional (**Mortati**).

En este caso, la inconstitucionalidad reside en la propia falta o insuficiencia de normativa por parte del Parlamento para dar actuación al “mandato al legislador” (**Rubio Llorente**), el cual puede ser expreso o implícito. En otros términos, existen preceptos y principios constitucionales que imponen al legislador la obligación de emitir una o un conjunto de normas que discipline algún aspecto del texto constitucional que allí sólo se encuentra delineado en sus rasgos más generales.

En cambio, se está en presencia de una omisión relativa cuando el legislador, al disciplinar cierto instituto sobre el cual interviene en el ejercicio de sus potestades discrecionales, omite respetar el principio de igualdad ante la ley.

En otros términos, en los casos de omisión relativa el legislador no está obligado a actuar un principio o precepto constitucional. Sólo después de la intervención discrecional del Parlamento puede surgir un problema de legitimidad constitucional en relación con el principio de igualdad, dado que la omisión relativa deriva de actuaciones parciales de aquél al disciplinar una materia sólo para algunas relaciones determinadas, excluyendo otras análogas.

También las omisiones relativas se producen en aquellos casos en que el legislador, al prohibir una determinada actividad que había sido válida hasta ese momento, olvida introducir disposiciones transitorias que reglamenten o respeten los derechos adquiridos de quienes lo habían ejercido anteriormente.

## III. LAS OMISIONES LEGISLATIVAS EN COSTA RICA

El artículo 75 inciso a) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional contempla la omisión legislativa no sólo contra leyes, sino también contra disposiciones administrativas, emanadas tanto del Poder Ejecutivo como de la Administración descentralizada.

La Sala Constitucional tuvo ocasión de fallar una acción de inconstitucionalidad por omisión del Poder Ejecutivo de reglamentar una ley y de nombrar las Comisio-

nes que evaluaran la actividad administrativa como medio de contribuir a la racionalización del gasto público, que determinaba la Ley de Equilibrio Financiero.

La Sala declaró con lugar la acción y en aplicación supletoria del artículo 49 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, que se refiere a los procesos de amparo, otorgó un plazo de dos meses al Poder Ejecutivo para que cumpliera con tales obligaciones legales (**Voto 1463- 90**).

Jurídicamente, la Sala sólo debió haber declarado con lugar el incumplimiento del Poder Ejecutivo de no reglamentar la Ley de Equilibrio Financiero, por cuanto se trató técnicamente de la omisión de promulgar una disposición general (reglamento), en tanto que respecto al nombramiento de las Comisiones se estaba en presencia de la omisión de dictar un acto administrativo subjetivo, lo cual es también objeto de la acción de inconstitucionalidad en virtud de lo estipulado en el inciso f) del mismo artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. Sin embargo, el recurrente no invocó esta última norma, sino tan sólo el inciso a) de la norma precitada.

Sin embargo, la veta más importante de la omisión legislativa se encuentra inexplorada por nuestra jurisprudencia constitucional. Lo cierto es que se han presentado algunos casos, pero invariablemente la Sala no los ha entendido y los ha desechado sin hacer ni siquiera mención en absoluto a la omisión legislativa.

En mi concepto son dos los campos en que este instituto puede tener una rica aplicación jurisdiccional cuando se trate de omisiones legislativas parciales: las violaciones del principio de igualdad y de la garantía de irretroactividad de los actos públicos.

En efecto, ocurre con frecuencia que el legislador otorga beneficios a una determinada categoría de personas, pero omite brindarle el mismo trato a otras ubicadas en la misma situación de hecho. Verbigracia, cuando una ley concede un incentivo laboral a los ingenieros agrónomos del Ministerio de Agricultura, pero guarda silencio respecto de los profesionales de la misma especialidad que prestan iguales servicios para otras instituciones del sector agrícola, tales como el IDA, etc. Es decir, la norma promulgada establece una verdadera discriminación, por omisión, entre sujetos ubicados en la misma situación de hecho.

En este caso los discriminados estarían legitimados para plantear una acción de inconstitucionalidad por omisión basada en la violación del principio de igualdad ante la ley.

La segunda hipótesis se presenta cuando una ley omite incluir un Capítulo de Disposiciones Transitorias con el fin de salvaguardar los derechos adquiridos al amparo de la legislación derogada.

Por ejemplo, una ley que introduce la prohibición de que operen válidamente los casinos a partir de su promulgación, sin establecer concomitantemente ninguna regulación en relación con los ya existentes. Los propietarios de los casinos afectados con la nueva normativa estarían legitimados para incoar una acción de inconstitucionalidad por omisión contra la nueva ley, basados en que ésta viola sus derechos patrimoniales adquiridos.

#### IV. LA TIPOLOGÍA DE LAS SENTENCIAS CONSTITUCIONALES EN MATERIA DE OMISIONES LEGISLATIVAS

El Derecho Procesal Comparado ha elaborado una tipología de sentencias constitucionales para hacerle frente al problema de las omisiones legislativas.

En general existen dos tipos de sentencias constitucionales que pueden remediar las omisiones legislativas: a.- las apelativas o de recomendación al legislador y b.- las aditivas.

##### 1. Las sentencias apelativas o de recomendación al legislador

Sobre el particular existen dos modalidades: la primera, contemplada en el artículo 283 de la Constitución del Portugal, la cual crea un control abstracto de inconstitucionalidad por omisión.

Los sujetos legitimados para incoar el proceso son el Presidente de la República, el Defensor del Pueblo y, en su caso, los Presidentes de las Asambleas Regionales. Al Tribunal Constitucional le corresponde únicamente verificar si se ha producido un incumplimiento inconstitucional, como consecuencia directa de no haberse adoptado las medidas legislativas necesarias para actuar efectivamente la Constitución.

La sentencia estimatoria, en su caso, es meramente declarativa, pues se dirige a constatar la inconstitucionalidad por omisión y a comunicarlo al órgano legislativo para que tome las medidas del caso.

En una segunda vertiente, tales sentencias, que reciben diferentes nombres según el país (“apelativas” en España; “monito” en Italia y “Appellentschidungen” en Alemania), se caracterizan porque dirigen recomendaciones al Parlamento de cómo legislar una determinada materia o de cuándo deben hacerlo, de manera que se repare una inconstitucionalidad por omisión legislativa, tanto en los casos en que sólo se reconoce parcialmente y en favor de un determinado número de personas un derecho de contenido prestacional, o bien cuando no exista ninguna legislación en la materia.

Su eficacia es bastante dudosa, por lo que en Italia se terminaron construyendo las denominadas “doppia pronuncia”, porque en una primera sentencia la Corte Costituzionale advierte al Parlamento que si no legisla para equiparar a los excluidos del derecho prestacional dentro del plazo señalado en la sentencia, se dictará una nueva que declarará la inconstitucionalidad de la norma originalmente impugnada por omisión legislativa.

En otros términos, la sentencia original otorga un plazo al Parlamento para que colme el vacío legislativo parcial denunciado en la acción de inconstitucionalidad. Si el legislador no cumple dentro de ese plazo con lo indicado por el tribunal constitucional, entonces éste dicta una segunda sentencia que declara inconstitucional la omisión legislativa. Se produce entonces una “doppia pronuncia”, sea una sentencia inicial desestimatoria condicionante y, una segunda, de carácter estimatorio, si el legislador no cumple la condición contenida en la advertencia dirigida a él en la primera sentencia, por lo que en Italia, de manera irónica, se ha terminado llamándolas “sentenze-delega”.

En relación con los derechos prestacionales, este tipo de sentencias presenta dos hipótesis diferentes : en la primera de ellas, cuando se refieren a una omisión legislativa parcial, otorgan un plazo al Parlamento para que llene el respectivo vacío legislativo, a fin de satisfacer la pretensión material contenida en la norma constitucional actuada parcialmente. Si dentro del plazo fijado al efecto el Parlamento no emite la normativa correspondiente, en tal hipótesis la segunda sentencia declara inconstitucional la norma impugnada por omisión legislativa y reconoce el derecho prestacional originalmente denegado a los recurrentes.

En cambio, cuando se trata de una omisión legislativa absoluta, dado que no existe una norma previa que pueda ser declarada contraria a la Carta Política, sólo se dicta una sentencia que indica al Parlamento que debe colmar el vacío legislativo existente.

## 2. Las sentencias aditivas

En el caso de las omisiones legislativas pueden darse dos hipótesis: la primera es aquella en que la omisión se entiende como exclusión y, por tanto, la adición lo que provoca es la admisión.

En esta hipótesis la ausencia de normativa no crea ningún problema en principio. Sólo después de la intervención positiva discrecional del legislador podría surgir eventualmente una cuestión de inconstitucionalidad por violación del principio de igualdad. En tal hipótesis, por tratarse de una omisión legislativa parcial, se recurriría al mecanismo de las sentencias de recomendación al legislador, analizadas en el acápite anterior.

El tema, sin embargo, se sitúa en una zona limítrofe entre las potestades propias de los tribunales constitucionales y las funciones que corresponden a los Parlamentos.

Es evidente que el monopolio en la elaboración de la legislación es tarea de aquéllos, sin que los tribunales constitucionales pueden, en ningún caso, sustituir a los órganos legislativos en sus tareas de fijar objetivos-fines y de la determinación de unos medios al servicio de aquéllos, que se materializan en la producción de normas primarias con eficacia *erga omnes*.

Pero, por otra parte, los tribunales constitucionales son los supremos garantes del Derecho de la Constitución, lo que los obliga a amparar cualquier violación, positiva o negativa, de sus preceptos.

De ahí que en cada caso concreto, los tribunales constitucionales, en aplicación de la vieja técnica de la Supreme Court norteamericana del "*self restraint*", deban valorar si pueden dictar sentencias aditivas de equiparación, o si ello es una opción política que corresponde al legislador de manera exclusiva.

La segunda hipótesis, en cambio, se produce en los casos de omisión legislativa absoluta. Aquí el contraste con la Constitución viene provocado por la inexistencia de una regla de actuación, por lo que el tribunal constitucional se ve obligado a integrar la laguna.

En esta hipótesis, por tratarse de una violación al "mandato al legislador" pareciera que, en principio, los tribunales constitucionales están obligados a integrar el ordenamiento para el caso concreto, con el fin de actuar los principios y preceptos constitucionales violados con la omisión legislativa absoluta.

Sin embargo, cuando se trata de derechos prestacionales es evidente que los tribunales constitucionales no pueden colmar la laguna legislativa, pues estarían invadiendo materia propia de la esfera del legislador. Como dice un autor italiano, hoy juez constitucional de su país, "No existe ningún monopolio de la Corte que la habilite para declarar en vía exclusiva los preceptos implícitos en la legislación, ni siquiera para enuclear el alcance de las reglas constitucionales...si la norma está presente en el sistema, corresponde al sistema (a todos los jueces) explicitarla; si no existe, corresponde al legislador (sólo al legislador) crearla. Interviniendo la Corte, en cambio, en el primer caso viola la esfera de competencia de los jueces; en el segundo caso, la del legislador" (**Zagrebelky**).

Si aceptáramos la posibilidad de que el juez constitucional pueda emitir sentencias aditivas en materia de derechos prestacionales, es evidente que aquél asumiría una función típicamente legislativa, pues ejercería una potestad discrecional, de naturaleza política, que dentro de los ordenamientos constitucionales modernos corresponde ejercitar exclusivamente a los Parlamentos.

Legislar sobre derechos prestacionales implica valorar una serie de aspectos políticos, sociales y económicos que sólo los órganos políticos del Estado están en capacidad técnica de realizar, además de ser los únicos legitimados para ello dentro de un Estado democrático de Derecho.

En efecto, en el caso de la omisión legislativa estamos en presencia del incumplimiento de una obligación del Estado, lo cual es jurídicamente diverso de las lagunas normativas, las cuales corresponde colmar al Parlamento en el ejercicio de sus potestades discrecionales como legislador.

Por tanto debe concluirse que las sentencias aditivas no son jurídicamente posibles en el ámbito de los derechos prestacionales, porque ello implicaría convertir a los tribunales constitucionales en legisladores a secas, competencia atribuida por los ordenamientos jurídicos modernos, de manera exclusiva, a los Parlamentos.

### 3. La solución en el ordenamiento costarricense

En primer término, consideramos que en el ordenamiento costarricense sólo son posibles las sentencias de recomendación al legislador, dado que las aditivas serían contrarias al principio constitucional consagrado en el artículo 105 de la Constitución de que la potestad de legislar reside en el pueblo, el cual la delega mediante el mecanismo de sufragio, en la Asamblea Legislativa. Además, la atribución de tal competencia a la Sala Constitucional violaría también el principio de la división de poderes consagrado en el numeral 9 de la Carta Política, dado que la Sala Constitucional forma parte del Poder Judicial y, en tal hipótesis, estaría invadiendo una competencia propia del órgano legislativo.

Por ello, en el evento de que la Asamblea Legislativa no acatare la decisión de la Sala Constitucional dentro del plazo fijado al efecto, en tal hipótesis se tendrían por agotados los procedimientos internos a fin de que el o los afectados pudieran acudir a la Jurisdicción Interamericana en tutela de sus derechos, de conformidad con lo estipulado en el artículo 46.a del Pacto de San José.

Los favorecidos con una declaratoria de inconstitucionalidad por omisión podrían también acudir a la vía del recurso de amparo para hacer valer sus derechos. En el ejemplo citado de la ley que prohíbe la operación de casinos a partir de su promulgación, los propietarios de los ya existentes tendrían la posibilidad de plantear un recurso de amparo, basados en que la ley que los prohibió fue declarada inconstitucional por violación de la garantía de irretroactividad de los actos públicos, a fin de que se tutelaran sus derechos patrimoniales adquiridos bajo la legislación derogada.

La Sala Constitucional tendría, en tal caso, una disyuntiva: o permitiría a los casinos seguir operando como lo venían haciendo hasta ese momento, o bien obligaría al Estado a indemnizarlos, por cuanto la citada prohibición de operación constituiría una expropiación por sus efectos de su actividad empresarial.