

LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN Y LOS DERECHOS SOCIALES

Javier TAJADURA TEJADA*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El concepto de inconstitucionalidad por omisión.* III. *Argumentos a favor y en contra de la admisión del instituto de la inconstitucionalidad por omisión.* IV. *La inconstitucionalidad por omisión en el derecho constitucional europeo.*

I. INTRODUCCIÓN

Parece oportuno comenzar esta exposición justificando el porqué del tema escogido para mi colaboración en el presente volumen colectivo sobre “La inconstitucionalidad por omisión” coordinado por Miguel Carbonell, investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

El profesor Carlos de Cabo, uno de los más cualificados estudiosos del Estado social, y de su crisis, recordaba hace años en una obra ya clásica como “el Estado social no produce una estructura institucional garantista de los derechos sociales a la manera como el Estado liberal la construyó para los derechos individuales”. “El hecho —continuaba el Catedrático de la Universidad Complutense— es jurídicamente inatacable pero

* Profesor titular de derecho constitucional en la Universidad del País Vasco, España.

no se hace sin coste de legitimación y de erosión de credibilidad y del sentimiento constitucional".¹

Esas insuficiencias de la estructura institucional garantista del Estado constitucional son manifiestas y notorias en el ámbito de la justicia constitucional, instituto con el que el Estado constitucional alcanza su consolidación definitiva. La justicia constitucional fue concebida para coronar con éxito el grandioso y armónico edificio del Estado Constitucional liberal. Cuando sobre las ruinas de este, tras la Segunda Guerra Mundial, fueron erigidos los estados sociales contemporáneos, las Constituciones introdujeron sin cambios el modelo de justicia constitucional del Estado constitucional clásico.

Es este el contexto que lleva al profesor Pedro de Vega, en su brillante y sugerente prólogo a la obra de Schmitt sobre *La defensa de la Constitución*, a concluir que “las cuestiones y problemas que afectan a la fundamentación, legitimidad y coherencia de la justicia constitucional con el resto del sistema político democrático, distan mucho todavía de haber logrado una solución definitiva”.²

Las reflexiones citadas de los referidos maestros de la Universidad Complutense de Madrid, doctores Carlos de Cabo y Pedro de Vega, son las que me han conducido a explorar las posibilidades que la justicia constitucional presenta como mecanismo, sino garantizador, al menos dinamizador, de los derechos sociales en el contexto del Estado constitucional actual.

En este sentido considero que ante un tema fundamental cual es el análisis de la situación de los derechos fundamentales en Europa desde una perspectiva constitucional, y particularmente la problemática relacionada con los derechos sociales, el instituto de la “inconstitucionalidad por omisión”, a la luz de las distintas aportaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre el tema, podría configurarse en el futuro como un mecanismo dinamizador de los derechos sociales fundamentales de los ciudadanos europeos.

1 Cabo, Carlos de, *La crisis del Estado social*, Barcelona, 1986.

Esa erosión del sentimiento constitucional resulta preocupante en muchos sentidos. Sobre el papel que una enseñanza adecuada del derecho constitucional puede jugar en relación con el fortalecimiento del sentimiento constitucional, Tajadura, Javier, *El derecho constitucional y su enseñanza*, Lima, Griljey, 2001.

2 Vega, Pedro de, prólogo a Schmitt, Carl, *La defensa de la Constitución*, Madrid, 1983.

El tema es, evidentemente, complejo y simplemente me voy a limitar a exponer algunas consideraciones que pueden servir como marco de reflexión para un debate sobre el tema. A tal fin voy a dividir esta exposición en tres partes. Se trataría en primer lugar de dar una definición de lo que quepa entender por inconstitucionalidad por omisión, en segundo lugar, habría que analizar los argumentos a favor y en contra de la admisión de la figura y, finalmente, puede examinarse el estado de la cuestión en el derecho constitucional europeo.

Se trata reitero de unas pinceladas someras para suscitar el debate. Y termino esta breve introducción agradeciendo sinceramente a Miguel Carbonell la oportunidad que me brinda de exponer estas reflexiones en un colectivo publicado bajo la cobertura del prestigioso sello editorial del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, y de plantearlas en compañía de auténticos especialistas en la materia, como lo son los doctores Fernández Rodríguez y Villaverde Menéndez, autores de sendas y meritorias monografías sobre el tema que nos ocupa. De muchos de los planteamientos de estos últimos, como se verá a lo largo de mi exposición, soy deudor.

La publicación de este volumen en México es además muestra de una colaboración entre constitucionalistas de uno y otro lado del Atlántico que siempre me ha parecido fecunda.³ Una colaboración que a todos nos enriquece y que es necesario potenciar y consolidar. Obligado resulta mencionar como antecedente inmediato de esta obra, el valioso colectivo dirigido por el profesor Víctor Bazán, quien también colabora en éste, y que, precisamente con el título *Inconstitucionalidad por omisión*, recoge meritorios trabajos de los profesores Sagüés, Bidart Campos, Fernández Segado, Miranda, Fernández Rodríguez, y él mismo.⁴

II. EL CONCEPTO DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

¿Cuándo una omisión legislativa puede ser calificada como inconstitucional? Sin olvidar los trabajos clásicos de Wesel en Alemania y de

³ Mi modesta aportación ha consistido en coordinar juntamente con el profesor Torres del Moral un colectivo titulado *Los preámbulos constitucionales en Iberoamérica*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, y que recoge trabajos de especialistas de todos los países de la comunidad iberoamericana.

⁴ Bazán, Víctor, *Inconstitucionalidad por omisión*, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1997.

Mortati en Italia, debemos reconocer que ha sido la doctrina portuguesa la que principalmente se ha ocupado de esta cuestión. Así, Gomes Canotilho ha definido la omisión legislativa inconstitucional como el incumplimiento de mandatos constitucionales permanentes y concretos.⁵ De esta definición el autor extrae los siguientes elementos:

- A) Se trata, en primer lugar, de no reducir la omisión legislativa inconstitucional a un simple no hacer, a una mera abstención u omisión, sino de identificar una exigencia constitucional de acción. No basta un simple deber general de legislar para fundamentar una omisión inconstitucional. En sentido jurídico-constitucional, “omisión” significa no hacer aquello a lo que, “de forma concreta”, se estaba constitucionalmente obligado.
- B) En segundo lugar —y siguiendo la exposición de Gomes Canotilho— en cuanto que las omisiones legislativas inconstitucionales derivan del incumplimiento de mandatos constitucionales legislativos, esto es, de mandatos constitucionales concretos que vinculan al legislador a la adopción de medidas legislativas de concreción constitucional, han de separarse de aquellas otras omisiones de mandatos constitucionales abstractos, o lo que es igual, de mandatos que contienen deberes de legislación abstractos.

A título de mero ejemplo y sin ningún propósito de exhaustividad, podemos señalar que los artículos 41, 43. 2 o 50 de la Constitución española contienen mandatos constitucionales concretos (el mantenimiento de un régimen público de seguridad social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo; la organización y tutela de la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios; la garantía, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, de la suficiencia económica de los ciudadanos durante la tercera edad).

Por el contrario, frente a estos y otros mandatos constitucionales concretos, encontramos también en nuestra norma suprema preceptos que

⁵ Gomes Canhotillo, J. J., *Direito constitucional*, 6a. ed., Coimbra, Almedina, 1993, pp. 1089 y ss.

contienen deberes de legislación abstractos, que aunque configuren auténticos deberes de acción legislativa, no establecen, sin embargo, lo que el legislador debe hacer para que, en caso de omisión, pueda hablarse de omisión legislativa inconstitucional. Por ejemplo, artículos 9.2, 44, 48 y 130.1.⁶

- C) En tercer lugar, existe también omisión legislativa, a los efectos que nos ocupan, cuando la Constitución consagra normas sin suficiente densidad para que se conviertan en exigibles por si mismas, reenviando implícitamente al legislador la tarea de darles operatividad práctica. Por ejemplo, la ley a la que se refiere el artículo 105 de la Constitución Española.
- D) Por último, puede hablarse también de omisión inconstitucional cuando el legislador incumple lo que Gomes Canotilho denomina las “ordens de legislar”,⁷ esto es, aquellos mandatos al legislador que se traducen en una exigencia de legislar única, o lo que es lo mismo, concreta, no permanente, a cuyo través, por lo general, se ordena normativamente una institución. Por ejemplo, la ley a la que se refiere el artículo 131.2 in fine de la Constitución Española.

Completando las anteriores consideraciones, podrá apreciarse también la omisión cuando, aun existiendo la norma legislativa, sus carencias fueran tales que la convierten en inútil en relación con el mandato constitucional. De otro lado, es claro que la omisión no desaparece por el hecho de una eventual aplicación inmediata, realizada por los órganos jurisdiccionales o administrativos, de los mandatos constitucionales. Tal aplicación no exime en modo alguno al legislador de su deber de acción.

⁶ Ahora bien, frente a la distinción del eminentísimo profesor luso, entiendo que, como advierte en nuestro país Fernández Segado, el hecho de que sea en este plano de las normas finalistas que encierran mandatos abstractos (como los arriba citados artículos 9.2, 44 o 48) en donde debe desenvolverse, en gran medida, la confrontación política, y en donde cobran especial vigor los mecanismos de participación democrática de los ciudadanos, no obsta en modo alguno, a nuestro juicio, para reconocer el incumplimiento de los fines constitucionalmente consagrados como también contrarios a la Constitución, por lo que no debe excluirse la posibilidad de que se admita también aquí la omisión legislativa inconstitucional. Fernández Segado, F., *La dogmática de los derechos humanos*, Lima, Perú, Ediciones Jurídicas. p. 334.

⁷ Gomes Canotilho, J. J. *Direito constitucional..., op. cit.*, 1994, p. 1090.

Por otro lado conviene subrayar que existen dos tipos de omisiones legislativas: las absolutas y las relativas.⁸ Las primeras se producen cuando falta cualquier tipo de norma aplicativa del precepto constitucional mientras que las segundas derivan de una actuación parcial del legislador que regula sólo algunas relaciones y no otras análogas, con la consiguiente lesión del principio de igualdad. Esta distinción es importante a la hora de ver las soluciones jurisprudenciales a este tipo de problemas.

En la doctrina española es obligado referirse a las obras, relativamente recientes, de los profesores Villaverde Menéndez y Fernández Rodríguez⁹

El primero ha construido su teoría sobre la distinción entre el mero silencio del legislador y la omisión constitucional:

El silencio del legislador sólo se transforma en una omisión contraria a la Constitución... si el legislador con su silencio desplaza al pueblo soberano y se transforma en poder constituyente, es decir, si con su silencio altera el contenido normativo de la Constitución. Y esa transformación sólo tiene

⁸ La distinción es de Wessel y puede consultarse en Mortati, C., “Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore”, en Mortati, C., *Problemi di Diritto Pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana (Racolta di scritti)*, Milán, Giuffrè Editore, vol. III, 1972, pp. 923 y ss.

⁹ A primera vista resulta sorprendente que una problemática que conecta directamente con el principio jurídico fundamental del Estado constitucional, a saber, la supremacía de la Constitución haya recibido tan poca atención por la doctrina. Hasta no hace mucho los artículos de Luis Aguiar de Luque, “El Tribunal Constitucional y la función legislativa: el control del procedimiento legislativo y de la inconstitucionalidad por omisión”, *Revista de Derecho Político*, núm. 24, 1987 y de María de los Ángeles Ahumada Ruiz, “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 8, 1991, constituyan prácticamente las únicas aportaciones de la doctrina española sobre esta cuestión. Hubo que esperar a 1997 para que viera la luz la primera monografía sobre el instituto de *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, del profesor Ignacio Villaverde Menéndez de la Universidad de Oviedo. Más recientemente se publicó la segunda por el profesor de la Universidad de Santiago de Compostela, Fernández Rodriguez, José Julio, *La inconstitucionalidad por omisión: teoría general; derecho comparado; el caso español*, Madrid, Civitas, 1998. Se trata de una completa monografía que analiza exhaustivamente el tema, como el propio título de la obra indica, en su triple dimensión de, teoría general de la institución; de examen del derecho comparado tanto en lo que se refiere a los ordenamientos que acogen positivamente el instituto como de aquellos otros que lo reciben parcialmente por vía jurisprudencial; y finalmente, un completo estudio sobre el caso español. Obligado es recordar también las interesantes aportaciones del profesor Fernández Segado desde una perspectiva de derecho comparado, especialmente las contenidas en su obra *La dogmática de los derechos humanos*, Lima, Ediciones Jurídicas, 1994.

lugar cuando la norma constitucional, es decir, la voluntad normativa del pueblo soberano, ha decidido que determinada realidad se configure jurídicamente de cierta forma y el legislador con su silencio crea situaciones contrarias a lo querido por el soberano. Si se dan todas estas circunstancias el silencio del legislador se convierte en una omisión inconstitucional, que puede desembocar en una declaración de inconstitucionalidad por omisión.¹⁰

Por su parte Fernández Rodríguez define así el concepto de inconstitucionalidad por omisión: “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”. Fácilmente se advierte que la indeterminación del factor temporal es el elemento más problemático del concepto, pero no parece que pueda dejar de serlo:

Durante un tiempo excesivamente largo es una expresión que permite modulaciones, que puede entenderse como un tiempo irrazonablemente largo, y que a priori carece de concreción, por lo que queda en manos del órgano competente determinar si ha transcurrido o no ese tiempo teniendo presente las diversas circunstancias que existan, circunstancias de variada naturaleza.¹¹

Examinado el concepto veamos ahora los argumentos a favor y en contra de la admisión del instituto de la inconstitucionalidad por omisión.

¹⁰ Villaverde Menéndez, I.: *La inconstitucionalidad..., op. cit.*, nota 5, 1987, pp. 3 y 4. Caracteriza también a la obra de Villaverde su rechazo a las llamadas “tesis obligacionistas”, es decir, su negativa a admitir que el legislador esté obligado en determinados casos a actuar: “Para que la supremacía constitucional permanezca inalterada por una omisión inconstitucional no es necesario imponerle al legislador la obligación de legislar o sustituir al legislador en el ejercicio de la función legislativa. La supremacía constitucional queda garantizada con la negación de todo efecto jurídico a la omisión inconstitucional. La sanción a la omisión constitucional no debe consistir en una compulsión a legislar, ni siquiera a hacer responsable al legislador de sus silencios, basta con anular la norma implícita en el silencio legislativo”.

¹¹ Fernández Rodríguez, J. J., *La inconstitucionalidad..., op. cit.*, nota 5, 1998, pp. 81 y 85.

III. ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA DE LA ADMISIÓN DEL INSTITUTO DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

Los dos argumentos fundamentales que, en mi opinión, cabe alegar en defensa de la admisión del instituto de la inconstitucionalidad por omisión son los siguientes: el primero no es otro que el dogma sobre el cual se ha construido todo el edificio del moderno Estado constitucional, a saber, la supremacía constitucional, es decir, el carácter de norma suprema que la Constitución reviste en el derecho constitucional de nuestros días; el segundo, la función transformadora de la sociedad de los textos fundamentales del constitucionalismo social.

1. El carácter de norma suprema que la Constitución reviste en el derecho constitucional de nuestros días

Dada la reducida eficacia normativa de las Constituciones decimonónicas no puede causar extrañeza el hecho de que todavía en la época de Weimar se discutiera sobre si los textos constitucionales deberían ser entendidos más como un conjunto de principios orientadores de la vida política del Estado que como un verdadero sistema de normas jurídicas realmente vinculantes.

Finalizada la Segunda Guerra Mundial el tema quedó definitivamente zanjado desde una perspectiva teórica. Las sucesivas Constituciones que vieron la luz en la segunda postguerra fueron concebidas y aprobadas bajo la idea de que el Estado constitucional solo podía funcionar adecuadamente si dichas Constituciones eran comprendidas e interpretadas como auténticas normas jurídicas. Así, podemos recordar la obra de Paolo Barile sobre *La Costituzione come norma giuridica*, publicada tras la aprobación de la Constitución italiana de 1947 como una de las primeras aportaciones a la nueva orientación del constitucionalismo contemporáneo.

España, debido a dramáticas circunstancias históricas por todos sabidas tuvo que esperar cuarenta años para reincorporarse al mundo constitucional, y cuando lo hizo, en 1978, se dotó de un texto constitucional normativo y con vocación de eficacia jurídica real. En nuestro caso resulta obligado citar la obra del administrativista Eduardo García de En-

territorio *La Constitución como norma jurídica* como el más claro testimonio de los nuevos tiempos.

El principio de constitucionalidad aparece recogido en el artículo 90. de nuestro texto fundamental. Allí se afirma rotundamente que “los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”. Principio que queda confirmado por lo establecido en la disposición derogatoria tercera, en virtud de la cual “quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución”. El carácter de norma suprema, “fundamental y fundamentadora de todo el ordenamiento jurídico” en palabras de nuestro Tribunal Constitucional,¹² queda asegurado, por una parte, merced a la rigidez del texto constitucional que le otorga el título X dedicado a la reforma —título por lo demás sumamente desafortunado en su redacción como atinadamente ha puesto de manifiesto el profesor de Vega en su trabajo “La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente”—, y por otra, por el establecimiento de procedimientos de control de constitucionalidad de los actos y normas jurídicas, especialmente, de las normas con rango de ley.

Pues bien, en relación con esto último se encuentra el problema que nos ocupa. Como acertadamente ha señalado el profesor De Vega resulta evidente que la misión del Tribunal Constitucional, a la postre, “no es otra que la de impedir que ningún poder constituido pueda ir en contra de la voluntad soberana del pueblo, actuada y expresada, como poder constituyente, en la propia Constitución”.¹³ El legislador como poder constituido no puede ir en contra de la Constitución, obra del poder constituyente. Ahora bien, no menos evidente resulta que el legislador puede atentar contra esa voluntad del constituyente tanto cuando actúa como cuando no lo hace, porque de su inactividad también pueden derivarse consecuencias contrarias a esa voluntad, especialmente, cuando de las omisiones del legislador se deriva la falta de efectividad real y plena de los preceptos constitucionales.¹⁴

12 En la STC 16/1982, del 28 de abril, FJ 1, el Tribunal afirma lo siguiente: “Conviene no olvidar nunca que la Constitución, lejos de ser un mero catálogo de principios de no inmediata vinculación y de no inmediato cumplimiento hasta que sean objeto de desarrollo por vía legal, es una norma jurídica, la norma suprema de nuestro ordenamiento, y en cuanto tal tanto los ciudadanos como todos los poderes públicos... están sujetos a ella”.

13 Vega, Pedro de, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985, p. 53.

14 La supremacía constitucional, escribe Fernández Rodríguez, “no sólo se limita a convertir a la norma básica en referente negativo, frontera que no puede ser traspasada, tanto

El instituto de la inconstitucionalidad por omisión supone en última instancia extraer todas las consecuencias de la sustitución del dogma liberal de la soberanía del Parlamento por el de la soberanía del poder constituyente objetivada en la propia Constitución. La finalidad principal que el instituto que nos ocupa persigue no es otra que garantizar que la voluntad del Constituyente se realiza en su plenitud.

De lo dicho cabría concluir que la propia lógica del Estado constitucional parece exigir la admisión de la figura que nos ocupa. Esa exigencia se presenta todavía de forma más clara si nos atenemos a los perfiles propios del constitucionalismo social.

2. La función transformadora de la sociedad de los textos fundamentales del constitucionalismo social

Los autores que se han ocupado del tema han señalado que el instituto de la inconstitucionalidad por omisión encuentra su razón de ser en el nuevo perfil que las Constituciones nos ofrecen en nuestro tiempo.

A diferencia del siglo pasado —escribe Fernández Segado— los códigos constitucionales no son meros estatutos organizativos del poder que se limiten a precisar instrumentos de garantía frente al arbitrio de los poderes públicos, sino que las Constituciones han ampliado sus contenidos para intentar cumplir, con idénticas pretensiones de eficacia, funciones de promo-

desde el punto de vista formal como material, sino que también provoca que el proyecto que los constituyentes reflejaron en su obra sea de obligatorio cumplimiento. La falta de realización de semejantes obligaciones es también una violación de la supremacía constitucional al colocar a los poderes ordinarios en el mismo nivel que la carta magna desconociendo la subordinación que tiene que existir en nuestra actual construcción teórica... La vinculatoriedad de la obra del poder constituyente, en definitiva, se extiende también a la obligación de llevar a cabo aquellas actuaciones positivas que estableció ese poder constituyente al recoger el conjunto de valores ideas y convicciones que configuraban el particular ethos del pueblo. Por lo tanto, la aceptación del instituto de la omisión vulneradora de la norma *normarum* repercutiría de manera positiva en la finalidad de asegurar el real cumplimiento de la voluntad del poder constituyente, voluntad que no sólo se plasma en prohibiciones sino que también encuentra su reflejo en obligaciones de hacer para cuya efectividad está diseñado el instituto objeto del presente estudio”, Fernández Rodríguez, J. J., *La inconstitucionalidad...*, op. cit., 1998, pp. 138 y 142.

ción y redistribución del bienestar social y económico, en definitiva, las leyes superiores han asumido, globalmente considerada, una función transformadora de la sociedad.¹⁵

Las Constituciones no son, por tanto, un mero retrato de las relaciones actualmente existentes en la sociedad. No se resignan al conservatismo social. Quieren ser instrumentos útiles para la anticipación y la construcción del futuro. Para ello suministran los parámetros para la actuación de los poderes públicos.

Todo ello no es sino el lógico y necesario reflejo de un orden material de valores que antecede a la Constitución, lo que se traduce en la enérgica pretensión de validez de las normas materiales de aquella, que a todos los poderes vinculan y a cuyo logro último debe orientarse la actuación de los poderes públicos. Esta fuerte tendencia finalista, nos recuerda Fernández Segado, “acentúa la fuerza vinculante del programa constitucional, y en ello se ha de ver el germen de las construcciones teóricas de la omisión legislativa inconstitucional y del derecho subjetivo a la normación, como, lógicamente, de la búsqueda de vías procesales para convertir en realmente operativas esas categorías”.¹⁶

Efectivamente, el instituto de la inconstitucionalidad por omisión encuentra su fundamento en esa función transformadora de la sociedad propia de las Constituciones más avanzadas. Y por lo que respecta a la Constitución Española no olvidemos que esta desde su mismo preámbulo, texto que sintetiza las decisiones políticas fundamentales del Constituyente, proponga como objetivo el establecimiento de una sociedad democrática avanzada,¹⁷ para lo que asigna determinados fines al poder público. Paradigmático resulta en ese sentido el artículo 9.2 de la Constitución que inspirado en el artículo 3.2 de la Constitución italiana encomienda al poder público una función de transformación social:

Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean

¹⁵ Fernández Segado, F., *La dogmática..., op. cit.*, 1994, p. 329.

¹⁶ *Ibidem*, p. 330.

¹⁷ Sobre el valor jurídico y la función política de las disposiciones preambulares, Tajadura Tejada, J., *El preámbulo constitucional*, Comares, Granada, 1997, pp. 19-80. Sobre la concreta disposición citada, Tajadura Tejada, Javier, “La noción de sociedad democrática avanzada en la Constitución española de 1978”, *Sistema*, Madrid, núm. 147, 1998.

reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social". Proyección o concreción de esos mandatos genéricos es el reconocimiento de los derechos sociales, principalmente, en el capítulo tercero del título primero de la Constitución.

Ahora bien, Cascajo ha advertido con toda razón que la positivación jurídica de los derechos sociales, con ser importante, no es un dato definitivo para analizar el nivel de protección y eficacia que alcanzan estos derechos en los distintos ordenamientos.¹⁸

Es un hecho indiscutible que los derechos de la segunda generación encuentran un ámbito de tutela mucho más operativo en las medidas legislativas de promoción que en las intervenciones de los órganos jurisdiccionales, sin que, desde luego, ello implique olvidar que la jurisdicción civil y penal pueden contribuir también a la protección eficaz de algunos derechos sociales. Ahora bien, subraya Fernández Segado, "de esa primacía en la operatividad real de estos derechos de las medidas o actuaciones legislativas o reglamentarias promocionales, no debe derivarse que resulte vedado al ciudadano todo tipo de recursos con el fin de hacer frente a aquellas inacciones de los poderes públicos de resultas de los cuales los derechos que ahora analizamos queden convertidos *de facto* en meras entelequias".¹⁹ Como resulta evidente la problemática que el profesor Fernández Segado plantea no es otra que la de la inconstitucionalidad por omisión.

Cuando la Constitución ordena a uno de los poderes del Estado el ejercicio de una competencia, ese poder está obligado a ponerla en movimiento. Y cuando su abstención implica o involucra un daño o gravamen para una persona, dicha persona, debiera estar legitimada para impulsar a la jurisdicción constitucional a controlar al órgano renuente a cumplir con sus obligaciones.²⁰

18 Cascajo Castro, J. L., *La tutela constitucional de los derechos sociales. Cuadernos y debates*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, núm. 5, 1998, pp. 81 y 82.

19 Fernández Segado, F., *La dogmática..., op. cit.* 1994, pp. 267 y 268.

20 "La figura de la inconstitucionalidad por omisión podría ser la espada que, empuñada por el Tribunal Constitucional, o por la opinión pública, obligase al desarrollo de aquello que resta por hacer. De esta manera, tal vez se lograran positivas consecuencias, sin duda un tanto imprevisibles, que irían desde la misma realización del proyecto constitucional hasta la participación en la búsqueda de soluciones a la crisis del Estado social, crisis que también fomenta la del Estado democrático y la del Estado de derecho... Aceptar

Dicho con otras palabras, cuando la actividad jurídicamente relevante del legislador no se ciñe al marco jurídico-material de la Constitución, será perfectamente defendible constatar, en determinados supuestos, la existencia de una omisión material inconstitucional. Negar esta posibilidad sería tanto como retornar al neopositivismo de Weimar en el que la Constitución no sólo deja de estar situada por encima del legislador sino que se encuentra además a la libre disposición del mismo.

Como subrayara Mortatti en un trabajo ya clásico, frente al incumplimiento de los principios o normas constitucionales que reclaman para su plena operatividad de una actuación positiva del órgano legislativo, ni puede ser esgrimida la falta de medios de coerción aptos para doblegar la voluntad del órgano que omite su obligación legislativa, ni tampoco cabe aludir, para no censurar la omisión, a la discrecionalidad del legislador, que debe ceder frente a las prescripciones constitucionales que le impongan la obligación de proveer a la tutela de los derechos fundamentales.²¹

En resumen, podemos afirmar que tanto el principio jurídico de supremacía constitucional, como la función política de transformación social propia de las Constituciones de nuestro tiempo nos lleva admitir la conveniencia de aceptar el instituto de la inconstitucionalidad por omisión. Ahora bien, todo lo anterior no puede hacernos olvidar los innumerables problemas de orden teórico y práctico que la admisión de la inconstitucionalidad por omisión plantea. En este sentido es preciso tener en cuenta los distintos argumentos que se han alegado para rechazar la figura que nos ocupa:

- A) El primer argumento que suele esgrimirse contra la admisión de la figura es, simplemente, la inexistencia de una previsión expresa de la misma en el seno del ordenamiento que esté siendo considerado. Salvo la Constitución portuguesa ninguna

o recoger esta institución, no es algo, ni mucho menos, intrascendente para el devenir del sistema jurídico. Como queda apuntado, la construcción del Estado social y la función transformadora de la sociedad que ostenta hoy en día una carta magna, y que forman parte destacada del proyecto constitucional, recibirían un impulso difícil de valorar pero en todo caso importante”, Fernández Rodríguez, J. J., *La inconstitucionalidad..., op. cit.*, 1998, p. 34.

²¹ Mortati, C., *Appunti per uno studio..., op. cit.*, 1972, p. 992.

otra Constitución europea recoge mecanismos para proceder al control de este tipo de vulneración de la norma suprema. Ahora bien fácilmente se comprueba que el argumento no es tal, pues nada nos dice sobre si está justificado o no, sobre si es necesaria o no, la admisión de la figura. El pretendido argumento no es sino una simple constatación de lo obvio. Por otro lado es preciso tener presente que aun sin base positiva los Tribunales Constitucionales de Alemania e Italia a través de soluciones jurisprudenciales como sentencias manipulativas, interpretativas, etc. se han hecho eco de la institución.

- B) El segundo argumento está en relación con el anterior y consiste en el carácter de legislador negativo que suele atribuirse tradicionalmente a los tribunales constitucionales. Se olvida que mediante sentencias como las antes mencionadas, manipulativas, aditivas, etcétera, los tribunales constitucionales europeos, al menos el alemán y el italiano, hace tiempo que dejaron de ser legisladores negativos y se han convertido, en cierta medida, en legisladores positivos. En este sentido resulta esclarecedora la obra recientemente publicada bajo la dirección del profesor Aja sobre “Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual” (Ariel, Barcelona, 1998). Ocurre, sin embargo, que aunque la realidad no coincida con la teoría, como la obra citada demuestra, seguimos aferrándonos a aquella y en su nombre rechazamos, por ejemplo, la admisibilidad de la inconstitucionalidad por omisión.
- C) Un tercer argumento que suele alegarse en contra de la admisión de la inconstitucionalidad por omisión es la libertad de conformación del legislador. La relación que se establece entre la Constitución y el legislador no es equiparable a la existente entre la ley y el titular del poder reglamentario. La legislación no es en modo alguno mera ejecución de la Constitución. Esto ha llevado a hablar con toda corrección de la libertad de conformación del legislador. Este concepto alude al margen de maniobra temporal y material que ostenta el titular del Poder Legislativo para articular el programa constitucional y que es muy diferente al esquema que opera en la relación ley-administración.

Ahora bien, de dicha libertad no cabe deducir sin más la inadmisibilidad de la figura que nos ocupa. Aceptando la libertad de conformación del legislador, estimamos como Fernández Rodríguez que “esta libertad no debe ser entendida como una patente de corso para el legislador amparado en la mayoría parlamentaria-gubernamental de turno”. Por el contrario, es preciso “reconducir esta libertad a sus correctos cauces, que necesariamente han de circular entre la idea de normatividad de la Constitución y su vinculación más fuerte”. Se trata, en suma, de “hacer compatible el lícito margen de maniobra del legislador ordinario y los principios de supremacía constitucional, hoy incuestionable, y de distinción poder constituyente-poderes constituidos”. Ello resulta imprescindible cuando están por medio derechos fundamentales dada la especial carga material que suponen. Los términos de compatibilización entre la inconstitucionalidad por omisión y la libertad de conformación del legislador vendrán por el juicio temporal y por la comprensión de la relatividad que incide en la figura.²²

- D) Finalmente, también se menciona el respeto al principio de división de poderes como obstáculo para admitir en un ordenamiento la figura de la inconstitucionalidad por omisión. Ahora bien, supuesta la legitimidad de los tribunales constitucionales y admitido que sólo ellos (y no cualquier juez como ocurriría en un sistema difuso) son competentes para determinar la existencia de una inconstitucionalidad por omisión, el respeto al principio de división de poderes lo único que exige es que dichos tribunales no dicten normas legales provisionales. Nada hay que objetar a ello. Es más en aquellos escasos ordenamientos que admiten la existencia de la inconstitucionalidad por omisión.

²² La función del legislador no es la de mero ejecutor de la Constitución, como la que se predica de la administración respecto a la ley, sino que implica una labor creativa dotada de ciertos márgenes en el contexto de una Constitución abierta. “Pero lo que no puede hacer el legislador —escribe Fernández Rodríguez— es evadirse sin más de esta responsabilidad de llevar a cabo el proyecto de construcción socio-político que la ley fundamental atesora en su seno. Como medio de asegurar la adecuada transformación en el campo práctico de tales aspiraciones y, en el fondo, posibilitar el ejercicio de esta función transformadora, la admisión de la inconstitucionalidad sería un paso adelante en un mundo de exigencias cada vez más elevadas y, por lo tanto más arduas”, Fernández Rodríguez, J. J., *La inconstitucionalidad..., op. cit.*, 1998, pp. 170, 144 y 185 respectivamente.

sión los órganos jurisdiccionales competentes se limitan a emitir recomendaciones y a solucionar los casos particulares que se les presentan.

En última instancia, podemos afirmar que todos los aspectos problemáticos se reconducen siempre a un tema controvertido y recurrente: la legitimidad del Tribunal Constitucional. Evidentemente el tema es complejo pero esa legitimidad hay que darla por supuesta. En caso contrario no solo la inconstitucionalidad por omisión deja de tener sentido sino que el control de constitucionalidad en sí mismo considerado pierde su justificación. Si aceptamos que la Constitución es obra del poder constituyente y que todos los demás poderes son constituidos esto es limitados, preciso es admitir la existencia de un órgano defensor de la Constitución frente a posibles quebrantos por parte de los poderes constituidos. La legitimidad del Tribunal Constitucional, en principio, se deduce de la propia lógica del Estado Constitucional.²³ Ahora bien, en el caso que nos ocupa cierto es que el problema se agudiza debido a la relatividad, motivada por el factor tiempo (¿cuándo debe ser desarrollada la Constitución?), que envuelve a la inconstitucionalidad por omisión.²⁴

23 García de Enterría ha afirmado con rotundidad que la cuestión ha sido ya juzgada por el Tribunal de la Historia: “Su última legitimación se encuentra, en definitiva, en el ‘Tribunal de la Historia’, en el ‘plebiscito diario’ sobre el que una comunidad se asienta por la comunión en ciertos principios”, García de Enterría, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 3a. ed., 1985, p. 203. Esta opinión basada en la praxis se confirma por ejemplo en el hecho de que casi todas las nuevas Constituciones de Europa Central y Oriental del último decenio recogen la institución. Ahora bien en el plano teórico la cuestión no es tan simple. Véase nota siguiente.

24 Y no sólo el factor temporal sino también la imprecisión de algunos preceptos constitucionales. En este sentido ha sido también Pedro de Vega quien ha planteado en toda su crudeza la problemática relativa a la posición de los tribunales constitucionales en el Estado democrático. Con estas palabras concluye su brillante prólogo a la obra de Carl Schmitt *La defensa de la Constitución*, Madrid, Tecnos, 1983, “¿Cómo se puede compaginar la Justicia Constitucional, como Guardián de la Constitución, que requiere y presupone —según las palabras de Kelsen— una normativa constitucional clara y precisa, con estas características que son comunes a los nuevos y más modernos ordenamientos constitucionales?”. El autor se refiere a las cláusulas de transformación social a las que antes hemos hecho referencia y a los contenidos sociales de la parte dogmática en que aquellas se proyectan. “Es aquí —continúa el profesor De Vega— donde aparece en todo su dramatismo el dilema de la justicia constitucional contemporánea. Dilema que no ofrece otra alternativa que la de: o bien considerar que los tribunales constitucionales, como guardianes y supremos intérpretes de la Constitución, asumen con independencia absoluta la interpretación de una normativa ambigua, en cuyo caso, en cuanto legisladores negativos, en

Esta relatividad determinada por el factor tiempo es, en mi opinión, el problema más arduo que la figura que nos ocupa presenta.²⁵

Todo lo dicho hasta ahora cobra singular importancia en relación con el Estado social y los derechos sociales.

Uno de los rasgos característicos del Estado social es que el individuo ya no es sólo titular de los clásicos derechos subjetivos que le otorgaba el constitucionalismo liberal, sino que también posee unos derechos que exigen una prestación por parte del Estado, que reclaman la interpositio legislatoris.

buena medida pasan a ocupar el papel del Parlamento, lo que el mismo Kelsen criticaba con dureza; o bien, entender que los tribunales constitucionales, condicionados por presiones políticas, o autolimitados por renuncias propias, establecen un modus operandi de compromiso con el resto de los poderes del Estado, en cuyo supuesto su condición de órganos independientes y de guardianes de la Constitución queda definitivamente lastimada. Es en estas circunstancias en las que, a mi juicio, se puede afirmar que las cuestiones y problemas que afectan a la fundamentación, legitimidad y coherencia de la justicia constitucional con el resto del sistema político democrático, distan mucho todavía de haber logrado una solución definitiva”, p. 24.

25 Me refiero a problemas técnico-jurídicos. El factor tiempo en cuanto indeterminado introduce incertidumbre y ello puede resultar incompatible con la certeza exigible en el mundo del derecho, es decir, con la seguridad jurídica. Dejo de lado otros problemas de índole política o económica. Así, por ejemplo, no cabe duda de que la hipotética injerencia en el programa político del gobierno y de la mayoría parlamentaria que lo sustenta, puede movilizar al partido en el poder contra el instituto de la inconstitucionalidad por omisión. Igualmente, no deja de ser cierto que la inconstitucionalidad por omisión, en la medida en que garantiza obligaciones de desarrollo constitucional sería objeto de rechazo por el simple coste económico que supondría dar efectividad a dichas obligaciones. Ahora bien, de mayor gravedad y trascendencia, tanto desde un punto de vista jurídico como político, es el problema generado por el rechazo del instituto. Éste no es otro, como muy bien ha advertido Fernández Rodríguez, que el fraude constitucional: “El gran peligro de no aceptar el instituto de la infracción de la carta magna por inactividad legislativa reside en que se abren las puertas al fraude constitucional, es decir, al engaño con el que se perjudica todo el proyecto de futuro de la Constitución. Tal engaño al poder constituyente supone, en una correcta línea de pensamiento democrático, un atentado al pueblo detentador de la soberanía, en representación del cual actuó aquel poder. Los valores, aspiraciones y anhelos de los ciudadanos que fueron depositados en la Norma Básica pueden quedar reducidos a vagas ideologías o pensamientos altruistas plasmados en unas hojas de papel, mientras que la Constitución real caminaría por otro orden. Nada más descorazonador para el derecho constitucional” Fernández Rodríguez, J. J., *La inconstitucionalidad...*, op. cit., 1998, p. 203.

Los derechos fundamentales en vigencia bajo las condiciones del Estado de prestaciones sociales —ha escrito H. P. Schneider— cristalizan como directrices constitucionales y reglas de actuación legislativa, de las cuales se desprende la obligación —no accionable, pero sí jurídicamente vinculante— de una determinada puesta en marcha de la actividad estatal”.²⁶

Fácilmente se comprueba que la introducción de la inconstitucionalidad por omisión podría servir para activar los derechos sociales de manera directa puesto que estos derechos se configuran como normas constitucionales de eficacia limitada que se traducen en concretas obligaciones de desarrollo ulterior.

Sin pretender entrar en el complejísimo tema de la verdadera naturaleza de los derechos sociales, considero necesario afirmar que los derechos sociales constitucionalizados son auténticas normas jurídicas y no es lícito concebirlos como meros principios programáticos que no vinculan a los poderes públicos, aunque a veces en la praxis se confirme esta idea.

En este sentido el autor argentino Vanossi ha señalado gráficamente lo siguiente:

A finales del siglo pasado, los constitucionalistas se consideraban realizados, como dirían los psicólogos, sancionando constituciones, sancionando normas. Hoy el problema es de efectividad; la demanda, el requerimiento social, el emplazamiento concreto, está en buscar medios de efectivización, medios de protección real y concreta, frente a todo ese “catálogo de ilusiones”, que aparece en los conjuntos normativos.²⁷

En el ámbito de los derechos sociales, la virtualidad del instituto de la inconstitucionalidad por omisión para promover la actividad del poder público aporta indudablemente un respaldo importante y útil a la construcción del Estado social. Con este mecanismo el por muchos aludido contraste estructural entre el Estado de derecho y las obligaciones del Estado social se atenuaría.

Ahora bien es preciso reconocer que la articulación práctica de la inconstitucionalidad por omisión no es tarea fácil.

26 Schneider, H. P., “Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 7, 1979, p. 32.

27 Vanossi, J. R., “Acción de amparo y acción de inconstitucionalidad en el derecho público federal argentino”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núms. 133-135, 1984, t. XXXIV.

Resulta evidente que el régimen jurídico de la omisión inconstitucional posee una cierta dosis de relatividad, derivada, como ya ha sido apuntado, de la indeterminación del factor temporal. Será el Tribunal Constitucional el llamado a dar solución a la casuística que se presente. En síntesis el órgano de justicia constitucional podría actuar de tres formas distintas.

- A) Una sería dictar la norma legal necesaria para dar plena efectividad al precepto constitucional, la vigencia de esa norma sería provisional y tocaría a su fin cuando el legislador actuase.
- B) Otra sería que el Tribunal Constitucional ordenara al legislador dictar la norma.
- C) Una tercera sería formular una recomendación al legislador en tal sentido.

Los autores que se han ocupado del tema optan por esta última. Tiene la ventaja de no perturbar el equilibrio entre los poderes. La solución puede parecer modesta, pero un pronunciamiento del Tribunal Constitucional recomendando al legislador actuar en un sentido, difícilmente podría ser inatendido sin un alto coste político. La importancia de la opinión pública y de una ciudadanía activa es en este sentido, muy grande. Esto quiere decir que pese a la importancia de este instituto no podemos configurarlo como la garantía última, ni siquiera la primera, para llevar a cabo la construcción de un auténtico Estado social. Dicha garantía no puede sino residir en la conciencia jurídica, política y social del pueblo, es decir en lo que Lucas Verdú, ha denominado “sentimiento constitucional”.²⁸ En cualquier caso, la existencia de ese sentimiento constitucional se vería claramente reforzada con la admisión de la figura de la inconstitucionalidad por omisión. Los gobiernos y mayorías parlamentarias no comprometidos con el programa constitucional de transformación social, no comprometidos con los derechos sociales, se verían desautorizados ante la opinión pública, es decir ante el electorado, por el Tribunal Constitucional. Las consecuencias políticas de dichos pronunciamientos del órgano de justicia constitucional no pueden ser minusvaloradas.

²⁸ Lucas Verdú P., *El sentimiento constitucional*, Madrid, Reus, 1985; Tajadura Tejada, Javier, “El sentimiento constitucional”, *Claves de Razón Práctica*, núm. 77, 1997.

Vistas las ventajas y los inconvenientes que la admisión de la inconstitucionalidad por omisión plantea procede realizar un examen del derecho comparado sobre el tema.

IV. LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO

Un examen del derecho constitucional comparado del último medio siglo nos muestra que en este tiempo sólo tres Constituciones —dos de ellas europeas— han contemplado el instituto de la inconstitucionalidad por omisión. Esta situación, como ha advertido el maestro argentino Bidart Campos, ha provocado un cierto des prestigio de la norma constitucional: “Uno de los mayores descréditos de la parte dogmática de las Constituciones, y específicamente de sus cláusulas económico-sociales, suele ser en todas partes el proveniente de la falta de funcionamiento de las normas de asignación de fines a favor de sus beneficiarios por ausencia de la necesaria legislación complementaria”.²⁹

Constituyen, por tanto, una meritoria excepción los ordenamientos que recogen el instituto de la inconstitucionalidad por omisión.³⁰ Corresponde el honor de haber sido el primero a un texto trágicamente desaparecido en la vorágine destructora de Constituciones y estados del último decenio. Nos referimos a la Constitución de la República Socialista Federativa de Yugoslavia del 21 de febrero de 1974. Ahora bien la importancia de dicho texto radica en que fue el inspirador de otro actualmente vigente: la Constitución portuguesa del 2 de abril de 1976. El Constituyente portugués que plasmó un techo ideológico no muy alejado de la realidad yugoeslava y de su ordenamiento recogió esta figura que aunque fue ob-

29 Bidart Campos, G. J., “La justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión”, *Anuario Jurídico*, México, núm. VI, 1979, p. 14. También su obra *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, Ediar, 1995, pp. 348 y ss.

30 En el momento de revisar este texto para su definitiva publicación tengo conocimiento de que la ley reguladora del Tribunal Constitucional de Hungría también se hace eco de esta institución. Por dificultades obvias relativas a mi desconocimiento de la lengua magiar no me es posible en este lugar exponer, siquiera sea someramente, tal regulación. En cualquier caso, podemos decir que se trata de una muestra de que el nuevo constitucionalismo de la Europa central y oriental presenta novedades de indudable interés y proporciona un campo de estudio sumamente sugerente para los estudiosos del constitucionalismo comparado.

jeto de una amplia reforma cuando el espíritu revolucionario dió paso a la consolidación del régimen, fue mantenido (Ley Constitucional 1/1982, del 30 de setiembre). Y de Portugal la institución cruzó el Océano y fue acogida por la Constitución brasileña de 1988 en un caso paradigmático de recepción constitucional (Haberle). Por lo demás es el brasileño el ordenamiento en el que la institución que nos ocupa reviste más importancia práctica siendo de interés otro instituto conectado con aquel como es el “mandado de injunçao”.

1. Portugal

Dado que el portugués es el único ordenamiento constitucional de los países miembros de la Unión Europea que recoge expresamente la figura de la inconstitucionalidad por omisión, vamos a ver su regulación concreta.

La regulación de la inconstitucionalidad por omisión, tras la importante revisión constitucional de 1982³¹ se ubica en el artículo 283 que establece lo siguiente:

³¹ El texto inicial de la Constitución portuguesa establecía un control político por parte del “Conselho da Revolução”, órgano colegiado, de carácter político-militar, al que correspondía asesorar al presidente de la República y garantizar la observancia de la Constitución. En virtud de los artículos 142 y 146 dicho Consejo tenía competencia para adoptar las medidas necesarias en el cumplimiento de las normas constitucionales. El artículo 279, por su parte, establecía lo siguiente: “Quando a Constituição não estiver a ser cumprida por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais, o Conselho da Revolução poderá recomendar aos órgãos legislativos competentes que as emitam em tempo razoável”.

El complemento de la actuación del Consejo se hallaba en la Comissão Constitucional, órgano consultivo de carácter técnico-jurídico que en virtud del artículo 284 emitía “pareceres” dirigidos a dicho Consejo, en los que daba su opinión acerca de la existencia de una omisión inconstitucional. Las opiniones de la Comisión en cuanto no vinculantes podían ser rechazadas por el Consejo. De todo ello se deduce que el procedimiento para declarar una inconstitucionalidad por omisión tenía dos momentos estrechamente ligados: un juicio (político) efectuado por el Consejo de la Revolución, precedido de la preceptiva opinión (jurídica) de la Comisión Constitucional. En cualquier caso lo que importa es señalar que la declaración del Consejo era una mera recomendación, su naturaleza era meramente declarativa, exenta, por tanto, de coactividad. El Consejo no sustituía a la Asamblea de la República, ni ostentaba la iniciativa legislativa. Ahora bien la autoridad del Consejo atribuía un valor político indudable a sus “recomendaciones”.

1. A requerimiento del presidente de la República, del defensor del pueblo o, con fundamento en una violación de los derechos de las regiones autónomas, de los presidentes de las asambleas legislativas regionales, el Tribunal Constitucional deberá examinar y comprobar el incumplimiento de la Constitución por omisión de las medidas legislativas necesarias para hacer efectivas las normas constitucionales. 2. En el supuesto de que el Tribunal Constitucional compruebe la existencia de inconstitucionalidad por omisión, dará conocimiento al órgano legislativo competente.³²

La doctrina ha puesto de manifiesto que desde un punto de vista jurídico el quid de la solución práctica de un caso de inconstitucionalidad por omisión radica en determinar si el tiempo transcurrido desde la aprobación de la Constitución es suficiente para poder hablar de incumplimiento.³³ El correcto análisis y enjuiciamiento del tiempo transcurrido determinara la relevancia jurídica de la omisión.³⁴

Igualmente, la doctrina ha señalado que la institución así regulada puede de no tener una gran virtualidad práctica en tanto que la puesta en conocimiento del órgano legislativo de las omisiones inconstitucionales carece de coactividad. Y es que efectivamente el Tribunal Constitucional se limita a comprobar o verificar la existencia de una omisión vulneradora de la Constitución, tras lo cual informa al órgano legislativo. Pero de la actuación del Tribunal no se deriva la eliminación de la inconstitucionalidad. La eficacia jurídica de la institución puede por tanto ser puesta en cuestión. Ahora bien ello no nos puede hacer olvidar la importancia de los efectos políticos que la declaración de una inconstitucionalidad por omisión puede producir. En este sentido, Fernández Rodríguez escribe:

Este tipo de sentencias no traen como consecuencia el inicio de un procedimiento legislativo dado que esta decisión de inconstitucionalidad carece de vinculatoriedad en estricto sentido jurídico, recayendo la coacción en los predios de la política... Será la hipotética presión de la opinión pública la que actúe con mayor fuerza para lograr la actividad del legislador, amén

³² *Constituciones de los Estados de la Unión Europea*, Edición a cargo de F. Rubio Llorente y Mariano Daranas Peláez, Barcelona, Ariel, 1997. En la nota a este artículo M. Daranas no puede dejar de subrayar que “la figura de inconstitucionalidad por omisión es insólita desde el punto de vista del derecho comparado”, p. 453.

³³ Miranda, J., *Manual de direito constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, vol. II, 1993, p. 521.

³⁴ Gomes Canotilho, J. J. y Martins Moreira, V., *Constituição da República Portuguesa anotada*, Coimbra, Coimbra Editora, 1993, pp. 1046 y ss.

del propio juego entre partidos (gobierno versus oposición). El órgano legislativo está obligado a legislar, pero semejante obligación no proviene de la sentencia del Tribunal sino del propio precepto constitucional no exigible por sí mismo. De persistir la ausencia de regulación nada parece obstar a que se pronuncie de nuevo el Tribunal Constitucional acerca de semejante omisión vulneradora de la Ley Básica, lo que acrecería el problema político.³⁵

Todo ello nos conduce nuevamente a cuestiones ya apuntadas, a saber: en primer lugar, la importancia del sentimiento constitucional del pueblo en orden a la realización del proyecto constitucional; y en segundo lugar, la conveniencia de designar como miembros del Tribunal Constitucional a personas de intachable trayectoria dotadas de unas cualidades que puedan revestir a sus decisiones de una autoridad moral y política que compense la falta de vinculatoriedad jurídica.

En cualquier caso, en el país vecino, desde 1982 solamente tres sentencias constitucionales han abordado directamente la institución:

- A) Acórdao 182/1989, del 1º. de febrero: esta sentencia analiza los derechos de los ciudadanos ante la utilización de la informática. En concreto el artículo 35.4 de la Constitución exige un desarrollo legislativo posterior para definir el concepto de datos personales a efectos de registro informático. El Tribunal entiende que se produce vulneración de la Constitución por omisión en la falta de previsión legal que fije el concepto de datos personales, necesario para dar exigibilidad a la garantía consistente en la prohibición de acceso de terceros a los datos personales contenidos en soportes informáticos.
- B) Acórdao 276/1989, del 28 de febrero: esta sentencia analiza los crímenes de responsabilidad de los titulares de cargos públicos. En concreto el artículo 120.3 de la Constitución prevé una ley que los determine y que recoja las sanciones y los efectos. Una vez incoado el proceso se aprobó la Ley 34/1987, del 16 de julio que desarrollaba el precepto constitucional citado por lo que el Tribunal cuando resolvió no pudo ya apreciar omisión inconstitucional alguna.

³⁵ Fernández Rodríguez, J. J., *La inconstitucionalidad..., op. cit.*, 1998, p. 261.

- C) Acórdao 36/1990, del 14 de febrero: esta sentencia analiza las consultas directas a los ciudadanos en el ámbito local previstas en el artículo 241.3 de la Constitución y que exigen una regulación legal futura. El Tribunal desestima la inconstitucionalidad por omisión por existir proyectos de ley en marcha sobre ese tema. No toda la doctrina compartió este razonamiento del Tribunal.

Compartimos la perplejidad de Fernández Rodríguez ante la escasa operatividad práctica de la figura en Portugal, lo cual “no deja de ser llamativo habida cuenta las posibilidades de la institución que estamos considerando, cuyo peso específico se ve acrecido por la existencia de un sistema político joven y democrático que ansía aportar unas fuertes dosis de actuación social”.³⁶

2. Soluciones jurisprudenciales: Alemania, Italia y España

A pesar de ser Portugal el único Estado europeo cuya Constitución recoge expresamente la figura de la inconstitucionalidad por omisión, la moderna dogmática constitucional europea aun partiendo del principio de que la actividad de los Tribunales Constitucionales debe ceñirse al control de las normas o actos emanados de los órganos estatales, ha desarrollado encomiables esfuerzos en la dirección de habilitar mecanismos con los que hacer frente a aquellas ilegitimidades constitucionales que tienen su origen en la inercia de los órganos legislativos en orden a la efectiva y necesaria concretización de los principios establecidos en la norma suprema.

Así, el Tribunal Constitucional alemán admite el recurso de queja constitucional contra la omisión del Legislativo si el recurrente puede alegar, satisfactoriamente, la violación de un derecho fundamental (artículos 1o.-19 de la ley fundamental) o de alguno de los derechos recogidos en los artículos 20.4, 33, 38, 101, 103 y 104 en virtud del incumplimiento de un deber constitucional de legislar. También cabe apreciar omisiones legislativas inconstitucionales en el curso de un proceso relativo a conflictos entre el Bund y los Länder, o a conflictos entre órganos constitucionales,

36 *Ibidem*, p. 271.

cuando el actor afirme que el demandado al dejar de promulgar una determinada ley violó un deber constitucional.

Evidentemente resulta imposible declarar la nulidad de una omisión legislativa, por lo que la jurisdicción constitucional debe limitarse a constatar la inconstitucionalidad. Así, el Tribunal Constitucional Federal ha desarrollado la técnica de la declaración de inconstitucionalidad sin la consecuencia de la nulidad. En tal caso, la declaración de inconstitucionalidad exige de la intervención del legislador con la finalidad de suprimir la situación de inconstitucionalidad.

Las consecuencias de esta construcción jurisprudencial las resume así Hans Peter Schneider:

De forma semejante a los mandatos explícitos dirigidos al legislador por la ley fundamental, el Tribunal Constitucional sólo puede, en un primer momento, emitir una ordenanza de ejecución; si el legislador continúa inactivo, puede censurar su pasividad y fijarle un plazo reglamentario, y finalmente, declarar al legislador incurso en violación constitucional... En la mayoría de los casos resueltos hasta ahora ha bastado que el Tribunal simplemente amenazase con un veredicto de violación constitucional, para activar al legislador. De ahí que no se pueda, de entrada descalificar como ineficaz en el Estado social la función de los derechos fundamentales entendidos como reglas de actuación legislativa.³⁷

Además, en las exigencias constitucionales susceptibles de ser cumplidas, la jurisprudencia constitucional alemana ha reconocido a los tribunales la facultad de, en los casos de omisión, atribuir eficacia plena a los preceptos constitucionales a través del proceso de concretización.

Resulta paradigmática en este sentido y es obligado referirse a ella por la repercusión que tuvo desde un punto de vista doctrinal la sentencia 26/1969, del 29 de enero. El punto de partida de la misma es el artículo 6.5 de la ley fundamental, que establece que la ley debe asegurar al hijo ilegítimo condiciones de desarrollo físico, espiritual y social idénticas a aquellas otorgadas a los legítimos. Hasta la fecha de la sentencia el precepto carecía de desarrollo legal por lo que, al tratarse de un precepto constitucional preciso, se determina que veinte años de retraso es una demora del legislador suficiente como para convertirse en inconstitucio-

³⁷ Schneider, H. P., "Peculiaridad y función de los derechos fundamentales...", *op. cit.*, p. 32.

nal. El caso se resuelve a través de la aplicación directa de la ley fundamental y se exhorta al legislador federal a llevar a cabo la reforma exigida por el artículo 6.5 antes de que finalice la Legislatura (otoño de 1969).

En Italia y España los tribunales constitucionales han tenido que recurrir también a una serie de técnicas para hacer frente al problema de las omisiones legislativas: recomendaciones al legislador, sentencias aditivas, interpretativas, manipulativas declaración de la inconstitucionalidad parcial de una norma por vulneración del principio de igualdad y sentencias que declaran la inconstitucionalidad sin nulidad. Entre las sentencias del Tribunal Constitucional español cabría destacar, por su importancia, las que afectan a derechos fundamentales, como es la STC 15/1982, del 23 de abril sobre objeción de conciencia y las diversas recaídas en 1994 sobre la televisión por cable.

De todo lo expuesto podemos concluir que la figura de la inconstitucionalidad por omisión, de una u otra forma, se va abriendo paso en Europa. Y que, aunque todavía no ha desarrollado todas sus potencialidades, cabe sostener que estas son amplias en el contexto del constitucionalismo social.