

# APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

José Julio FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Concepto*. III. *Tipología*.

## I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad resulta innegable la trascendencia que ha adquirido el instituto de la inconstitucionalidad por omisión en el campo científico del derecho constitucional. En unos pocos años, desde mediados de los años noventa del pasado siglo, la doctrina le ha prestado una atención desconocida hasta ese momento, por lo que la situación que denunciábamos en un trabajo anterior de nuestra autoría, acerca de la escasez de literatura sobre esta figura, ya no podría hoy sostenerse en idénticos términos.<sup>1</sup> Ello lo considerábamos como una dificultad para el estudio del instituto, dificultad a la que sumábamos otras como las oscuridades conceptuales. Esta última, por el contrario, sí mantiene plena vigencia puesto que, por un lado, profundizar en su concepto sigue siendo una labor que reclama una elevada exigencia y precisión y, por otro, las posiciones doctrinales y positivas continúan mostrando una elevada discrepancia entre ellas. Estos desacuerdos dificultan la elaboración y aceptación de una teoría general del instituto que pretendíamos en aquel trabajo y que seguimos defendiendo. Incluso, se conservan voces que rechazan la institución.<sup>2</sup>

\* Profesor de derecho constitucional en la Universidad de Santiago de Compostela.

1 Aludimos a la monografía publicada en 1998 por la editorial madrileña Civitas, *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho comparado. El caso español*.

2 Es el caso, por ejemplo, del trabajo de Carlos Ruiz Miguel, "Crítica de la llamada inconstitucionalidad por omisión", *Revista de las Cortes Generales*, núm. 51, septiembre-diciembre de 2000.

Recogemos en este trabajo lo fundamental de la postura que venimos defendiendo de omisión inconstitucional. Para ello, previa reflexión terminológica y exposición crítica de los diversos conceptos utilizados por la doctrina, vamos a precisar el instituto de forma positiva, es decir, indicando el contenido y la extensión que encierra, y de manera negativa, o sea, señalando la diferenciación existente con otras instituciones que se muestran con ciertos perfiles coincidentes a la que ahora nos atañe. Tres elementos parece que coadyuvan a menguar la claridad en la definición pretendida: en primer lugar, la propia naturaleza de este tipo de omisión; en segundo, la habitual ausencia de legislación positiva en la materia; en tercero, las indicadas conexiones con otras categorías jurídicas de límites hasta cierto punto difusos en algún caso.

Mencionar y tratar de diferenciar las clases y tipos de esta omisión resulta también imprescindible habida cuenta las diversas consecuencias que forzosamente hay que atribuirle a unas y a otras. Una definición puede ser general en exceso, pese a su apariencia de minuciosidad, y no discriminar situaciones que tienen que ser objeto de tratamiento no igualitario. Tal riesgo debe solventarse plasmando los tipos de esta posible inconstitucionalidad, punto que cobra así destacada importancia y que es uno de los aspectos que abordan casi de manera repetitiva los diversos autores estudiosos del instituto.

Los presupuestos que nos sirven de partida en esta labor se cimentan en la consideración de la Constitución como auténtica norma jurídica superior y no como una mera suma de principios programáticos. Ello es perfectamente compatible con el reconocimiento de que no todos los artículos de la carta magna poseen igual significación y protagonismo, al margen de exigir distinta intensidad de desarrollo. Esta polémica la entendemos superada, tanto a nivel doctrinal, jurisprudencial y, sobre todo, positivo. A pesar de ello, se hace necesario recordar que varios de los autores que analizaron la figura no comparten tales postulados, por lo que sus conclusiones y consecuencias son, forzosamente, muy diferentes.

## II. CONCEPTO

## 1. La expresión “inconstitucionalidad por omisión”

Antes de ofrecer el concepto por nosotros propuesto es necesario detenerse en la terminología que estamos empleando para referirnos a la institución considerada. Dicha terminología (“inconstitucionalidad por omisión”) es comúnmente aceptada por los distintos tratadistas. Nos serán útiles algunas reflexiones en torno a la misma, especialmente para la “omisión” (*omisso* en portugués, *omissione* en italiano, *omission* en francés, *Unterlassung* en alemán).<sup>3</sup>

Por lo que respecta al vocablo “inconstitucionalidad”, no resulta problemático el uso que hacemos de él ya que estamos haciendo referencia a una conducta vulneradora de la carta magna.<sup>4</sup> Estas vulneraciones tienen diversas causas y se presentan con matices diferentes. Asimismo, las consecuencias de tales infracciones pueden ser muy distintas. Pero todas ellas suponen un ataque a los preceptos básicos del ordenamiento jurídico y una agresión a los valores vitales emanados de las decisiones políticas fundamentales recogidas en el texto constitucional.

Mucho más problemático nos resulta el vocablo “omisión”, que alude a una inactividad, a una inacción, a un dejar de hacer o de decir algo. La conducta humana puede estructurarse en dos grandes formas: la positiva (“*facere*”) y la negativa (“*non facere*”). Tanto una como otra son, en condiciones normales, manifestaciones de voluntad que se exteriorizan de diferente manera. La primera provocará un elemento físico nacido de dicha acción; la segunda carecerá de tal elemento físico, lo cual no es óbice para que pueda tener reflejo y repercusión en el mundo exterior. Ambas procederán del ser humano dirigido por su voluntad o por las circunstancias que a ésta dominan. Y como formas de comportamiento que son, fueron asimiladas y son utilizadas para la construcción y definición de los diversos modos de regulación de la vida del hombre en

3 El verbo alemán “*unterlassen*” está compuesto de la preposición “*unter*” y del verbo “*lassen*”, cuyo origen hay que buscarlo en el gótico “*létan*” (*das Herkunft- ftswörterbuch*, Duden, Mannheim, 1989).

4 “Inconstitucionalidade verifica-se desde que os órgãos do poder, por acção ou omissão, deixam de respeitar os imperativos da Constituição a que estão adstritos” (Miranda, Jorge, “Inconstitucionalidade por omissão”, en *Estudos sobre a Constituição*, Lisboa, Livraria Petrony, 1977, vol. I, p. 334).

sociedad, en relación y trato con sus semejantes. En efecto, la moral, la ética, las reglas del trato social y también, por supuesto, el derecho tendrán en cuenta estos diferentes aspectos y manifestaciones del complejo acontecer humano, cuyo origen se halla en la misma realidad. Estas diversas modalidades de dirigir la vida en sociedad darán relevancia a algunas inactividades del hombre cuando esta inacción altere el orden de valores establecido y protegido por los diferentes sistemas de regulación. La relevancia de tales inactividades se conectará estrechamente con el incumplimiento de una obligación que sujeta al ser humano y que le exige determinada conducta para la protección del orden defendido.<sup>5</sup>

El empleo de “omisión” en sentido jurídico parece tener su origen en el derecho romano, en el cual podemos detectar su uso en sentido privado y público, aunque en todo caso parece de poca relevancia. En la esfera de lo privado hacía referencia, por ejemplo, a aquellos casos en los que el juez se abstenía de dictar sentencia o a la figura de la preterición. En efecto, según algunos autores,<sup>6</sup> con omisión se aludía al olvido del testador respecto al heredero legítimo, que ni es instituido heredero ni es excluido de la herencia. Tal olvido era la idea central de la preterición y tenía unas claras e importantes consecuencias, llegando incluso a provocar la nulidad del testamento. Otros autores,<sup>7</sup> en cambio, sólo utilizan

5 Un punto de partida diferente, aunque unas consecuencias similares, lo encontramos en Alfonso Tesaurò cuando, al referirse a los eventos jurídicos, indica que “l’omissione non è il modo di comportarsi di un soggetto e, per ciò stesso, una manifestazione di volontà negativa che si contrappone a quella positiva in cui si concreta l’azione. L’omissione è l’opposto dell’azione, la sua negazione, cioè una non-azione, un non-comportamento: più propriamente, è la mancanza dell’azione che un soggetto ha l’obbligo di porre in essere e, per ciò stesso, è la mancanza del comportamento che un soggetto ha l’obbligo di tenere...”

L’omissione, pertanto, se non è il modo di comportarsi di un soggetto non è, nemmeno, il nulla. L’omissione... è un avvenimento che ha rilevanza giuridica in quanto si concreta nel non porre in essere un determinato comportamento, una determinata azione, una determinata situazione ovvero nel non impedire il verificarsi di un determinante evento. L’omissione, però, pur concretandosi in un avvenimento diverso e distinto dall’azione, di regola, ha valore in quanto trova la causa del suo verificarsi nell’azione del soggetto che pone in essere l’omissione e non è, invece, dovuta ad altra causa a lui estranea”, Tesaurò, Alfonso, *Istituzioni di Diritto pubblico*, Turín, UTET, 1973, pp. 75 y 76.

6 García Garrido, Manuel Jesús, *Diccionario de Jurisprudencia Romana*, 2a. ed., Madrid, Dykinson, 1986, p. 259.

7 D’Ors, Álvaro, *Derecho privado romano*, Pamplona, EUNSA, 1986, pp. 314 y ss. También Arias Ramos, José, *Derecho Romano, Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1947, pp. 551 y ss.

para estos casos la palabra preterición, que es la que parece existir con exclusividad en el Digesto<sup>8</sup> y no “omissio”, vocablo que sí se encuentra en textos literarios latinos.<sup>9</sup> Sea como fuere, en este posible empleo nos estamos moviendo únicamente en el terreno del derecho privado sin conexión con las ideas que nos interesan, salvo la presencia de una obligación que sujeta al testador y cuya vulneración por un “dejar de hacer” tiene consecuencias jurídicas. En el campo del derecho público se emplea, por ejemplo, cuando un magistrado omite exigir una caución como la tutelar.<sup>10</sup> Lo que sí se utiliza, aunque en muy pocas ocasiones, en un sentido que podríamos denominar jurídico-público, es el verbo “omitto”,<sup>11</sup> en donde se halla la raíz de “omissio-onis”. De entre estos escasos usos cabe destacar que algunos de ellos hacen referencia a “neglegere”.<sup>12</sup> Aunque, insisto, los supuestos no tienen demasiada importancia. Además, nos movemos por terreno de personas físicas, no de órganos.

De mayor relevancia para nosotros es la utilización jurídica de la idea de omisión en la ciencia del derecho canónico. Aquí se tendrá en cuenta la omisión de obispos y sacerdotes que supone incumplimiento de sus obligaciones, además de ciertas inactividades en el derecho sancionador de la Iglesia que tipificarán conductas o las agravarán. Ya aparece con nitidez, en la misma conformación de esta gran parte del *ius commune*, la sanción a la autoridad que incumple sus deberes por omisión.

Pero creemos que fue el sentido jurídico-penal de omisión el que se tuvo en cuenta y se trasladó al derecho constitucional para aludir a la institución que estamos considerando. En el ámbito del derecho penal los

8 D. 28, 2; 28, 3.

9 Según el ya clásico diccionario etimológico latino de Raimundo de Miguel y del Marqués de Morante (editado por A. Jubera en Madrid en 1889) el origen del empleo escrito de la palabra hay que buscarlo en L. Aurelio Symmachus, “uno de los oradores más eminentes de su época, último defensor del paganismo y hábil político”, cuyo *cursus honorum*, iniciado en época de Valentiniano I, fue el de cuestor, pretor, pontífice, intendente de la Lucania, procónsul de África, prefecto de Roma y, en tiempos de Teodosio I, cónsul.

10 Quizá sea interesante citar las palabras de Mommsen, en otro tiempo autorizadas, hoy un tanto superadas: “el funcionario público no era más ni menos responsable por los actos ejecutados como tal funcionario, ni casi de otra manera, que lo era cada particular individuo por sus acciones y omisiones”, Mommsen, Theodor, *Derecho público romano*, Madrid, La España Moderna, 1893, p. 228. Sin duda, la alusión a funcionarios es un grave anacronismo.

11 *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae (VIR)*, Berlín, Walter de Gruyter, 1983.

12 D. 10, 2, 27.

delitos y las faltas pueden provenir tanto de acciones como de omisiones de carácter doloso y culposo, siempre que estén previstas, claro está, por la ley. Ambas constituyen las dos formas de conducta humana y ambas son, también, manifestaciones de voluntad. El correccionalista español Silvela afirmaba a principios del siglo XX que la omisión era la “inactividad de la voluntad que deja de traducir la idea de la ley en hechos reales”.<sup>13</sup> De esta forma, entendía la omisión como la no realización de la ley, a diferencia de la acción que era la realización de la voluntad del sujeto actuante. La doctrina penal ha considerado que la omisión relevante para esta rama del derecho posee una naturaleza normativa y no prejurídica, es decir, la omisión que origina la reacción del ordenamiento penal es la omisión del actuar a que obliga la ley. La existencia de un deber de hacer proveniente de una norma es, por tanto, imprescindible. Este deber de hacer que impone la norma encuentra su razón de ser en la defensa de determinado bien jurídico digno de protección. “En los delitos de omisión, el peligro para el bien jurídico existe previamente y es, precisamente, ese peligro previo el que origina, en el seno del ordenamiento jurídico, la espera de una conducta que lo conjure”.<sup>14</sup> En unos casos el tipo delictual sólo exige la infracción de una norma preceptiva que impone hacer algo; en otros supuestos, sin embargo, es preciso que la inactividad provoque un resultado; y en los delitos de comisión por omisión, se exige una vulneración de una norma preceptiva que suponga la infracción de una norma prohibitiva, encontrándose el sujeto activo en posición de garante.

Como hemos dicho más arriba, entendemos que esta idea de omisión penal fue la que se trasladó al seno del derecho constitucional para denominar a la institución que estamos tratando. La expresión penal tiene acuñada una carga de antijuridicidad y de reprochabilidad que está forzosamente presente en una inactividad inconstitucional. El trasfondo, haciendo quizá una simplificación excesiva, es el mismo: vulneración del ordenamiento jurídico a causa de un dejar de hacer por parte de quien está obligado a actuar, obligación que tiene su origen en una norma vigente en el momento de acontecer la infracción. Pese a ello, no cabe duda que el derecho penal y la omisión penal se dirigen a personas físicas, únicas que pueden ser sujetos pasivos de la responsabilidad criminal. Por

13 Silvela, L., *El derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigentes en España*, Madrid, 1903, vol. I, p. 179.

14 Cobo del Rosal, M. y Vives Anton, T. S., *Derecho penal*, 2a. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1987, p. 291.

contra, el que incurre en inconstitucionalidad por omisión es, en principio, el Poder Legislativo, dejando ahora al margen las responsabilidades del Ejecutivo. De ahí que resulte hasta cierto punto criticable la terminología empleada. Dejación o inactividad quizá hubieran sido más convenientes para el derecho constitucional al estar dotadas de una generalidad trasplantable sin traumatismo de ningún tipo a los poderes públicos. Mas seguimos utilizando la expresión comúnmente aceptada para la institución ahora estudiada por estar ya asumida con ese sentido en distintas lenguas.

Hoy en día la presencia de omisiones con relevancia jurídica en diversos sectores del ordenamiento jurídico es un hecho incontestable. Omisiones de normas jurídicas, omisiones de disposiciones no normativas, omisiones de actuaciones necesarias, de actos políticos, etcétera. Ello ha dado lugar a que se hayan intentado análisis generales de la problemática, aunque sin entrar en cuestiones constitucionales, de los que el más conocido es, sin duda, el presentado en la obra de Montané de la Roque,<sup>15</sup> a pesar de centrarse principalmente en cuestiones administrativas.

## 2. *Diversas propuestas en la doctrina*

Haciendo un esfuerzo de sistematización podemos dividir las distintas conceptualizaciones en dos grandes grupos: el primero, integrado por aquéllos que conciben el instituto con un carácter extenso, el segundo, por los que lo entienden de dimensión más reducida. En el primer caso, la vulneración de las normas constitucionales puede producirse por la inactividad de los poderes públicos en un sentido general, con lo que se incluirían la no emisión de determinados actos políticos, actos administrativos e, incluso, la no emisión de decisiones judiciales. Así, el instituto se conecta al genérico incumplimiento de una obligación de desarrollo o de una obligación de actuar de origen constitucional sin ulteriores precisiones. En el segundo grupo, la inconstitucionalidad por omisión se limitaría a la inercia del Poder Legislativo. En estos casos tal idea suele ser desglosada y se le añaden otra serie de variables que tienen necesariamente que concurrir para que efectivamente se produzca una auténtica vulneración de la carta magna.<sup>16</sup> Veamos algunos autores que representen

<sup>15</sup> Montané de la Roque, Pierre, *L'inertie des pouvoirs publics*, París, Dalloz, 1950.

<sup>16</sup> El autor peruano Eto Cruz recoge ambas posturas en sus reflexiones al afirmar que se pueden vislumbrar dos tipos de manifestaciones de la figura: la que denomina *lato*

concretamente las dos tendencias, que no se basan en meras formalidades sino que poseen una virtualidad significativa al incidir en el fondo y en el sentido de la institución. No se procede, insisto, con ánimo exhaustivo sino que se han buscado casos que ejemplifiquen las dos tendencias por entenderlo más operativo a nuestros efectos.

Entre los conceptos del primer grupo (concepción amplia) tenemos a Trocker que, tras indicar que el concepto de omisión se distingue sin duda (*sic*) del de inercia y del de inactividad, apunta que “l’omissione consiste in un non-fare che costituisce violazione di un obbligo di attività discendente da una norma costituzionale”.<sup>17</sup> Al margen de la generalidad, la falta de un mínimo referente temporal, que parece subsumir en la idea de “violazione”, la ausencia de una alusión a la responsabilidad y la consideración en términos globales de todas las normas del texto fundamental, resultan criticables y contrarios a un esfuerzo de precisión que lo consideramos forzoso en este instituto.

El autor luso Miranda también estaría en este grupo al estimar que “a inconstitucionalidade por omissio é a inconstitucionalidade negativa, a que resulta da inércia ou do silêncio de qualquer órgo de poder, o qual deixa de praticar em certo tempo o acto exigido pela Constituição”.<sup>18</sup> La referencia a cualquier órgano de poder denota claramente que Miranda sostiene un concepto amplio de la institución, concepto que trata de acortarse con un referente temporal (no realizar el acto en cierto tiempo) que parece que habrá que esclarecer en cada caso concreto.

De idéntica manera, en el ámbito de América Latina hay concepciones amplias de la figura. Es el caso de Sagües, que aunque no entra de forma específica en el aspecto conceptual, indica que “aludimos a la inconstitucionalidad por omisión cuando el comportamiento inconstitucional no

sensu y la *stricto sensu*. Ésta la refiere al órgano legislativo y es la que asume. En aquella ve dos “aspectos”: la inconstitucionalidad por omisión de actos políticos y la indirecta —ilegalidad por omisión, omisiones de actos administrativos, omisiones de la función jurisdiccional y omisiones de reformas constitucionales—. Eto Cruz, Gerardo, “La inconstitucionalidad por omisión”, *Doctrina constitucional*, Trujillo (Perú), Instituto de divulgación y Estudios jurídico constitucionales (INDEJUC), 1992, pp. 246 y ss.

17 Trocker, Nicolò, “Le omissioni del legislatore e la tutela giurisdizionale dei diritti di libertà (Studio comparativo sul diritto tedesco)”, *Archivio giuridico*, 1970, pp. 88 y ss.

18 Miranda, Joge, *Manual de direito constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 1993, vol. II, p. 338.



se traduce por actos, sino por abstinencia de conducta”.<sup>19</sup> El también argentino Bidart Campos afirma que la inconstitucionalidad por omisión “sobreviene cuando el órgano que conforme a la Constitución debe hacer algo, se abstiene de cumplirlo”.<sup>20</sup> En Brasil Rodrigues Machado habla de omisiones en la función legislativa, en la función política o de gobierno, en la función administrativa y en la función jurisdiccional.<sup>21</sup>

La propuesta del maestro italiano Mortati, plasmada en uno de los más importantes trabajos que existen<sup>22</sup> sobre la materia alude, genéricamente, a “ogni specie d’astensione dal disporre quanto sarebbe prescritto, a termini di Costituzione”. La generalidad con la que está trazada nos impulsaría a incluirla en el primer grupo, pero en realidad ello sería un error ya que de todo el trabajo se deduce que hace referencia tan sólo al legislador. Por ello lo situamos en un lugar intermedio entre ambas posiciones.

Pasando al segundo grupo (concepción reducida), puede mencionarse a Silvestri que, al tratar un determinado tipo de sentencias de la Corte Constitucional italiana,<sup>23</sup> escribe: “In un primo senso generale e approssimativo si può dire che costituisce omissione legislativa la mancata emanazione de leggi ordinarie in funzione attuativa de istituti o principi contenuti nella carta costituzionale”. Observamos que la vulneración, en su opinión, se produce por la falta de emanación de ley ordinaria. A pesar de que ello ya supone una concreción respecto a posiciones anteriores, estimamos criticable por su vaguedad y exagerada amplitud la segunda parte de la definición. En efecto, no resulta correcto referirse a institutos o principios constitucionales sin explicación ulterior. Es más, la omisión inconstitucional sólo puede referirse a normas concretas y determinadas,

19 Sagiés, Néstor Pedro, “Inconstitucionalidad por omisión de los poderes Legislativo y Ejecutivo. Su control judicial”, *Ius et Veritas. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, núm. 5, pp. 39 y ss.

20 Bidart Campos, Germán J., “La justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión”, *Anuario Jurídico*, México, UNAM, núm. VI, 1979, pp. 9 y ss. También en *El derecho*, Buenos Aires, t. 78, pp. 785 y ss.

21 Rodrigues Machado, Marcia, “Inconstitucionalidade por omisso”, *Revista da Procuradoria Geral do Estado de So Paulo*, núm. 30, diciembre de 1988, p. 42.

22 Mortati, Costantino, “Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamento omissivi del legislatore”, en *Problema di Diritto pubblico nell’attuale esperienza costituzionale repubblicana. Raccolta di scritti*, Milán, Giuffrè, vol. III, 1972.

23 Silvestri, Gaetano, “Le sentenze normative della Corte Costituzionale”, *Giurisprudenza costituzionale*, 1981, pp. 1684 y ss.

no a principios de corte general extraídos del sentido global de las prescripciones constitucionales con un método inductivo.

En términos semejantes, aunque quizá más suscribibles, tenemos a Picardi, el cual, en un famoso homenaje al profesor Mortati,<sup>24</sup> señaló que:

per omissione del legislatore si intende una situazione caratterizzata, per un verso, da un precetto costituzionale che descrive un determinato comportamento del legislatore (emanare norme legislative di attuazione), per altro verso, un comportamento concreto del legislatore che contrasta, in tutto o in parte, con quello descritto dal precetto costituzionale.

Las alusiones al legislador y a la norma legislativa lo sitúan con claridad en este segundo grupo. Asimismo, vemos como altamente plausible la estructura interna de esta definición, presidida por una rigurosa lógica de causa a efecto.

El profesor de Coimbra Gomes Canotilho es todavía más meridiano en su conceptualización. Así, en una importante obra,<sup>25</sup> hoy superada en algunos de sus aspectos dado lo apegada que está a su tiempo, afirma:

A omissio legislativa significa que o legislador no faz algo que positivamente lhe era imposto pela constituição. No se trata, pois, apenas de um simples negativo no fazer; trata-se, sim, de no fazer aquilo a que, de forma concreta e explícita, estava constitucionalmente obrigado. Já por esta definição restritiva de omissio se pode verificar que a inconstitucionalidade por omissio, no seu estrito e rigoroso sentido, deve conexasse com uma exigência concreta constitucional de acção (verfassungsrechtliche Handlungsgebote).

En otro trabajo<sup>26</sup> dice que: “entender-se-á, principalmente, mas no exclusivamente, como omissio legislativa inconstitucional, o no cumprimento de imposições constitucionais permanentes e concretas”. Más abajo completa lo dicho: “A omissio legislativa existe quando o legislador no cumpre ou cumpre incompletamente o dever constitucional de emanar

<sup>24</sup> Picardi, Nicola, “Le sentenze integrative de la Corte costituzionale”, en *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di C. Mortati.*, Roma, 1977, vol. IV, pp. 599 y ss.

<sup>25</sup> Gomes Canotilho, José Joaquim, *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, Coimbra, Coimbra Editora, 1982, p. 331.

<sup>26</sup> *Ibidem*, *Direito constitucional*, 6a. ed., Coimbra, Livraria Almedina, 1993, pp. 1089 y ss.

normas destinadas a actuar as imposições constitucionais permanentes e concretas”. Asimismo, entiende que existe esta omisión en caso de no cumplimiento de las que denomina “ordens de legislar”, es decir, “imposições concretas mas no permanentes”. Observamos que el concepto, uno de los más rigurosos que nos ofrece la doctrina y recogido por diversos autores brasileños, gira en torno a las imposiciones constitucionales concretas, sean permanentes o no, que se traducen en una exigencia de acción. Aun así entendemos que pueden recogerse otros datos también necesarios en la definición, tal y como reflejaremos en nuestra propuesta.

En la doctrina española nos encontramos a Aguiar de Luque,<sup>27</sup> el cual habla de “violación constitucional provocada por la inactividad del órgano legislativo pese a la existencia de un mandato constitucional explícito al respecto”. Las críticas que hemos hecho a una excesiva concreción pueden ser reproducidas completándolas con ciertos elementos que deshacen un tanto la excesiva indeterminación de la propuesta. Nos referimos a la alusión al órgano legislativo y a un mandato constitucional explícito al respecto. Un talante similar hallamos en varias sentencias del Tribunal Constitucional español, como la 24/1982, en cuyo fundamento jurídico 3o. se lee: “la inconstitucionalidad por omisión sólo existe cuando la Constitución impone al legislador la necesidad de dictar normas de desarrollo constitucional y el legislador no lo hace”. Por su parte, Villaverde Menéndez alude a un silencio legislativo que “suponga la creación de una situación jurídica contraria a la Constitución, medie o no una obligación constitucional de legislar”,<sup>28</sup> lo cual hay que completarlo con la idea de que ese silencio “altera el contenido normativo de la Constitución”,<sup>29</sup> trayendo como consecuencia jurídica “la existencia de una norma implícita que regula una materia, y semejante norma es contraria a la Constitución”.<sup>30</sup> Con un concepto así se desconocen la mayor parte de situaciones de ineficacia del texto constitucional por no desarrollo, puesto que éstas no suelen modificar la Constitución sino privarla de plena eficacia. De esta forma, parece separarse de la idea de que la necesidad de

27 Aguiar de Luque, Luis, “El Tribunal Constitucional y la función legislativa: el control del procedimiento legislativo y de la inconstitucionalidad por omisión”, *Revista de Derecho Político*, 1987, núm. 24, p. 25.

28 Villaverde Menéndez, Ignacio, *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, p. 7.

29 *Ibidem*, p. 3.

30 *Ibidem*, p. 73.

desarrollo proviene de la misma vinculación de la Constitución, dado que esa necesidad queda reducida a los escasos supuestos de mutación constitucional. Además, el desvincularse de la obligación constitucional de legislar y, por lo tanto, de las que podemos denominar tesis obligacionistas, aporta esas dosis de inconcreción que venimos censurando.

En la doctrina peruana Morón Urbina la conceptúa como “la inacción legislativa en la reglamentación de los principios contenidos en el texto constitucional”.<sup>31</sup> Al margen de cierta imprecisión con la que disentimos nos resulta poco acorde con la institución, tal y como señalamos anteriormente, la referencia a los principios constitucionales. También nos parece censurable el empleo del vocablo reglamentación, que lo entendemos con un concreto significado técnico-jurídico no circunscrible al campo de la inacción legislativa inconstitucional, aunque dicho empleo puede responder a una formación jurídica de diferente base y con precisiones terminológicas distintas.

En el fondo de estas dos maneras, una amplia y otra más reducida, de concebir la naturaleza de la omisión inconstitucional quizá esté una postura diferente en cuanto a cómo y a quién debe llevar a cabo el programa y el proyecto de la norma básica y en cuanto al grado de responsabilidad que se adquiere en este elevado cometido. Sea como fuere, la generalidad que se observa en la postura “extensa” de la institución no la creemos de recibo dado que puede dar lugar a referirse a situaciones que en el fondo no son anticonstitucionales. Además, estimamos necesaria una concreción que a veces no se observa. En efecto, la falta de alusiones temporales y la no discriminación entre las prescripciones constitucionales son elementos que generan una inseguridad en una materia que, por mor de sus implicaciones y conexiones, tendría que ser tratada con una mayor precisión. Aunque, desde otro punto de vista, es posible pensar que la relatividad que envuelve al instituto es la que no sólo obliga sino la que también requiere un estudio de carácter no excesivamente preciso y concreto. Mas ésta no es nuestra opinión, tal y como mostramos a continuación.

31 Moron Urbina, Juan Carlos, “La omisión legislativa como un caso de inconstitucionalidad”, *Revista Jurídica del Perú*, núm. III-IV, julio-diciembre de 1988, pp. 349 y ss.

### 3. Propuesta

Expuesto lo anterior estimamos como lo más acertado, habida cuenta la complicada penetrabilidad del tema, una definición que conduzca el instituto a la inactividad legislativa y que recoja los diversos elementos cuya concurrencia se muestra absolutamente necesaria para poder hablar de una auténtica vulneración de la norma básica, y no de una mera falta de proceder que se quede en el terreno de la simple omisión sin entrar en el campo de la inconstitucionalidad. La presencia de ambas ideas se torna, por lo tanto, irrenunciable.

En este orden de cosas la inconstitucionalidad por omisión la conceptualizamos 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. Afirmado esto, procede un desglose de los términos de la definición propuesta para efectuar un insoslayable comentario de la misma que arroje luz sobre el contenido que le damos al instituto. Dos son, *grosso modo*, los elementos a destacar en la definición: la primera idea (falta de desarrollo) hace referencia a la omisión; el resto, haciendo una inicial visión global, alude a la inconstitucionalidad. Veámoslo.

#### A. La falta de desarrollo

La falta de desarrollo la concebimos en un sentido un tanto amplio ya que abarca no sólo la total ausencia de legislación en ese punto conflictivo, sino también la presencia de una normativa parcial. Tal normativa parcial la entendemos con un doble cariz ya que puede hacer alusión a una realidad dual: a una regulación que se olvida de alguna parte inescindible de esa materia o a una que trata parcialmente a sus destinatarios, con la consiguiente vulneración del principio de igualdad. En todos estos supuestos estamos ante un no actuar que, siendo una decisión política, tiene consecuencias jurídicas (la inconstitucionalidad).<sup>32</sup>

<sup>32</sup> Creemos irrelevante hacer distinciones terminológicas en este momento ya que silencio, abstención, inactividad, no hacer o inacción no son términos que en derecho constitucional tengan un sentido jurídico diferenciado. Una opinión contraria parece encontrarse en Villaverde Menéndez, Ignacio, *La inconstitucionalidad por omisión*, op. cit., p. 40, nota 6.

## B. *La inconstitucionalidad*

### a. Inactividad del Poder Legislativo

Pasando ya a lo que supone inconstitucionalidad hay que indicar, en primer lugar, que la antedicha falta de desarrollo la predicamos del Poder Legislativo que debe ser, en la distribución de funciones del Estado democrático de derecho, el encargado de emanar normas con rango de ley que desenvuelvan los preceptos constitucionales que requieran tal proceder. Parafraseando a Gomes Canotilho cabe indicar que si se toma como punto de partida el postulado democrático y el postulado del Estado de derecho la “atualizaço” de las imposiciones constitucionales presupone una reserva total de ley, en el sentido de que toda la conformación concretizadora tiene que ser una ley del Parlamento.<sup>33</sup> En otro orden de consideraciones, no tiene sentido, como se ha hecho en alguna ocasión, tratar de determinar si la inercia del Poder Legislativo es consciente o inconsciente, es decir, voluntaria o no. Creemos que cuestiones de “conciencia” de un órgano constitucional no son reconducibles al fenómeno jurídico, ni casi a ningún otro, aunque sí pueden influir en las dimensiones de la responsabilidad política, eso sí, tras un proceso de individualización. Ir más lejos en este sentido excede de las finalidades de este trabajo.

El Poder Legislativo posee, en el Estado democrático, total legitimidad para llevar a cabo el desarrollo de las disposiciones constitucionales dado que es elegido directamente por el pueblo cuando éste se encuentr ejerciendo su soberanía a la hora de votar. En España se ha dicho, y de forma acertada, que “si las Cortes Generales representan al pueblo español y éste es, de acuerdo con el apartado segundo del artículo 1o. de la propia Constitución, el titular de la soberanía nacional, la conclusión evidente es que las Cortes Generales, como institución, encarnan esa misma soberanía nacional, son el órgano en el que esta soberanía se concreta y expresa”.<sup>34</sup> Los otros poderes estatales ostentan una legitimidad que po-

33 Gomes Canotilho, José Joaquim, *Constituiço dirigente e vinculaço do legislador*, *op. cit.*, p. 26.

34 Solé Tura, Jordi y Aparicio Pérez, Miguel A., *Las Cortes Generales en el sistema constitucional*, 2a. ed., Madrid, Tecnos, 1988, p. 177. Esto habría que matizarlo indicando que la verdadera expresión de la titularidad de la soberanía popular se halla en el momento constituyente. La Constitución, así, objetivará la soberanía. Durante la vigencia

dríamos denominar indirecta, por contraponerla a la directa que pertenece al Legislativo.<sup>35</sup>

El sistema parlamentario no sólo engloba los esquemas formales del tradicional Estado de derecho, sino que también posee una carga material proveniente de sus mismos orígenes anglosajones (idea del *rule of law*, en la que se construye el proceso político de legislación a imitación del proceso judicial y en la que el derecho parte del derecho judicial, de la experiencia de injusticia que tiene el pueblo, en contraposición a la imposición unilateral del soberano en la inicial teoría del Estado de derecho alemana). El Parlamento es, según decía Fischbach en el tormentoso periodo de entreguerras, “el crisol donde se funden y armonizan los intereses y aspiraciones de las diferentes clases del pueblo”.<sup>36</sup> Al genuino producto del Parlamento, la ley, norma que “todo lo puede” respetando los límites constitucionales, le corresponde ser el vehículo que lleve a cabo el desarrollo constitucional, el recipiente que lo contenga, además de ser expresión de la voluntad popular y fuente privilegiada e insustituible. En un sistema en el que impere la democracia y el Estado de derecho resultan desfasadas las palabras de Kirchmann, tributarias de otra época: “La ley positiva es el arma sin voluntad, igualmente sumisa a la sabiduría del legislador y a la pasión del déspota”.<sup>37</sup> Asimismo, la visión de Leibholz, menos radical pero igualmente crítica con la ley, creemos que no incide en nuestra particular problemática, aunque sí es una verdad desde otra perspectiva.<sup>38</sup> Por lo tanto, a los efectos de la inconstitucional-

de la Constitución la soberanía se ejercerá en las elecciones, pero no habrá manifestaciones de la titularidad de dicha soberanía.

35 Otto Bachof no es de esta opinión al estimar, hablando del presunto carácter antidemocrático del Poder Judicial, que “el juez no es menos órgano del pueblo que todos los demás órganos del Estado”. Y añade: “La alusión a la falta de inmediatez de su comisión por el pueblo no constituye un argumento convincente ante el hecho de que también el gobierno, el presidente, los funcionarios, cuentan solamente con un mandato indirecto del pueblo; el mismo Parlamento no puede ser considerado como directamente comisionado más que bajo un aspecto muy relativo, ya que su composición está de hecho mucho más ampliamente mediatizada por los partidos”, Bachof, Otto, *Jueces y Constitución*, Madrid, Civitas, 1985, p. 59.

36 Fischbach, Oskar Georg, *Derecho político general y constitucional comparado*, 2a. ed., Barcelona, Labor, 1934, p. 77.

37 Kirchmann, Julius Hermann von, *La jurisprudencia no es ciencia*, 3a. ed., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 27.

38 Este autor considera que la ley es una amenaza para la libertad en el moderno Estado

lidad por omisión, parece imponerse la visión clásica de la norma legal dentro del Estado constitucional, lo que nos hace dirigir la mirada en exclusiva hacia el Poder Legislativo.

A pesar de ello, a nadie se le escapa la actual distorsión del clásico reparto de funciones y competencias entre los poderes constituidos. La creciente complejidad de la realidad y el dominio de una sólida mayoría parlamentaria gubernamental, respaldada por un partido o coalición, son dos importantes razones explicativas de la expansión del Ejecutivo a costa del Parlamento. Dicho estado de cosas puede menguar la legitimidad racional-democrática de actuación de los órganos estatales. Pero no cabe duda de que la realidad se nos presenta así, por lo que habrá que considerar nuevas responsabilidades del Ejecutivo en el desenvolvimiento constitucional, aunque estas responsabilidades, a nuestro juicio, no resultan articulables, jurídicamente hablando, de manera suficiente para ser exigidas por los hipotéticos mecanismos que controlan la inconstitucionalidad por omisión. Por lo tanto, y como el Parlamento conserva su fuerza para reaccionar ante el reproche que el órgano de justicia constitucional le haga a causa de una situación de omisión vulneradora de la carta magna, circunscribimos el ámbito de la inconstitucionalidad por omisión al campo de actuación, o, mejor dicho, de inactuación del Poder Legislativo.

Un supuesto discutible se plantea cuando al encontrarse en marcha un procedimiento legislativo al mismo tiempo, se produce una fiscalización de una inactividad vulneradora de la norma básica a causa del no desarrollo del precepto que intenta desarrollarse en ese procedimiento legislativo abierto y todavía no finalizado. Nuestra opinión es que la fiscalización de la inconstitucionalidad por omisión debe continuar en la medida en que no se sabe cómo acabará el susodicho procedimiento y si al término del mismo va a tener posibilidad de eficacia plena la disposi-

democrático de partidos, Leibholz, Gerhard, *Problemas fundamentales de la democracia moderna*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1971, pp. 15 y ss. También Bachof incidirá en la cuestión al señalar que “la ley, en otro tiempo escudo de la libertad y del derecho, se ha convertido hoy precisamente en una amenaza para estos bienes”, por mor de la transformación de su función “en la medida en que la ley se convirtió en un medio para la realización de cambiantes fines políticos”, Bachof, Otto, *Jueces y Constitución*, *op. cit.*, pp. 48, 49 y 51.



ción constitucional de que se trate porque la legislación emanada puede resultar altamente defectuosa en ese sentido.

#### b. Periodo temporal excesivo

En segundo lugar, la inactividad debe conectarse a un periodo excesivamente prolongado. Aquí se encuentra la gran relatividad de la institución y la necesidad de un proceder casuístico que analice individualmente las circunstancias de cada supuesto, lo cual puede traducirse en diferentes posiciones en función del caso, aunque en apariencia haya similitud desde el punto de vista técnico. Los preceptos constitucionales que necesitan desarrollo no contemplan, salvo casos especiales como el artículo 117.1 de la *Bonner Grundgesetz* (y aún éste con un carácter indirecto), perentorios plazos en los que deban actuar los poderes constituidos, sino que conceden libertad a éstos para llevar a cabo su proyecto jurídico-político. Ello no parece que pueda ser de otro modo habida cuenta la necesaria libertad de conformación que debe tener la mayoría parlamentaria nacida de las elecciones para dar efectividad a su programa de actuación. Mas esto no puede retrasar *sine die* la realización del texto constitucional. Por eso, con el objeto de tener presente y compatibilizar ambas verdades, nos expresamos de forma abierta en la definición respecto al tiempo que debe transcurrir para dar efectividad a aquellas partes de la Constitución que lo necesitan. “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.<sup>39</sup>

No se nos escapan las altas dificultades de esta labor, que va no sólo a frisar sino también a traspasar el terreno de lo jurídico, recibiendo las influencias de los fenómenos políticos. Pero por ello no estamos admitiendo la presencia de inseguridad jurídica en la definición. El decurso histórico y el contexto reinante en el momento de efectuar la fiscalización

39 Señala Morón Urbina que la inconstitucionalidad no se produce a partir del día inmediato posterior a la vigencia constitucional “sino sólo a partir del transcurso de tiempo que hace incurrir al legislador en una inacción reproachable”, Morón Urbina, Juan Carlos, “La omisión legislativa inconstitucional y su tratamiento jurídico”, *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, 1999, núm. 1, p. 462.

determinarán, junto a la propia naturaleza de las cosas, su mismo resultado. La transcendencia del instituto no desarrollado también incidirá en la modulación del plazo. Semejantes obstáculos tienen que ser asumidos por la hermenéutica constitucional, en la que, “además de los principios generales de interpretación, se requieren conocimientos técnicos muy elevados, y de un alto grado de sensibilidad jurídica, política y social”.<sup>40</sup>

Pese a introducir estas dosis de moderación, que quizá sean de realismo, no hay que olvidar que la necesidad de desarrollo y las circunstancias que lo retardan no son intereses equivalentes que tengan que ser ponderados como en una situación exclusivamente política, sino que en virtud de las exigencias del derecho uno es el principio (necesidad de desarrollo) y otro es la excepción (retraso en ese desarrollo). Por lo tanto, la excepción si quiere imponerse necesita justificación.

### c. Preceptos de obligatorio y concreto desarrollo: los encargos al legislador

En tercer lugar, la aludida falta de desarrollo la referimos a los preceptos constitucionales que requieren tal proceder de una forma concreta. No todas las normas constitucionales poseen el mismo carácter jurídicamente hablando, de manera que pueden establecerse distintas tipologías en función de diferentes criterios. De este modo, unas normas, dada su formulación, se nos presentan como una suerte de encargos constitucionales o encargos al legislador, esto es, como exigencias constitucionales de desarrollo ulterior. El concepto de encargo al legislador que proponemos es el siguiente: norma constitucional de eficacia limitada que, dada la previsión explícita o implícita en ella contenida, resulta de obligatorio y concreto desarrollo para que cobre eficacia plena. Son normas, como acabamos de decir, de eficacia limitada que requieren una actividad para completar esa eficacia a la que está destinada toda norma. Con estas expresiones queremos referirnos a una articulación técnica respecto al modo de presentarse el precepto, articulación que no aporta connotaciones materiales y que produce que nazca una obligación que pesa sobre el legislador. Dicha exigencia de desarrollo posterior puede ser tanto explícita como implícita, pero siempre tiene que ser evidente su carácter impera-

<sup>40</sup> Fix-Zamudio, Héctor y Carpizo, Jorge, “Algunas reflexiones sobre la interpretación constitucional en el ordenamiento mexicano”, *La interpretación constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 21.

tivo, que habrá que presumir si la disposición no presenta el carácter facultativo de manera expresa. Evidentemente, hay otro tipo de normas constitucionales que dada su incomplitud puedan ser desarrolladas, lo cual puede resultar muy conveniente. Incluso no resulta descabellado decir que toda norma constitucional es susceptible de ser desarrollada. Pero en este momento hablamos de aquéllas cuyo desarrollo es obligatorio en virtud de su misma formulación. Por ello, se recoge en la definición ofrecida de omisión inconstitucional esta idea de obligatoriedad con el objeto de subrayar la vinculación que pesa sobre los poderes constituidos respecto a dotar de eficacia a tales normas. Asimismo, introducimos la nota de la concreción para aclarar que no se está ante principios constitucionales de carácter general, los cuales no pretenden tener determinada legislación de desarrollo sino que lo que realmente buscan es conseguir vigencia en todo el ordenamiento y ser cumplidos en las distintas aplicaciones de la ley fundamental.

Estos encargos al legislador son preceptos calificados por parte de la doctrina como un género de “normas incompletas” y que requieren para su eficacia la *interpositio legislatoris*. Gracias a ello se concretará su sentido general, se les dará complitud y se realizarán las previsiones de los constituyentes. No en vano la Constitución es una norma, pero con unas funciones y finalidades que la caracterizan y especifican. Por tal motivo, no agota la regulación de las materias que aborda sino que abre un puente a los poderes constituidos para el cumplimiento del programa constitucional y su ajuste a la concreta situación del tiempo histórico que esté transcurriendo. La Constitución debe ser, en este sentido, “abierta” merced a las denominadas cláusulas *openended*.

Hemos dicho que este tipo de normas constitucionales son ante todo una articulación técnica. Por lo tanto, normas constitucionales de diverso tipo, en función de una perspectiva material, pueden presentarse con esta forma de encargo al legislador. Importantes son los casos, citados ahora como un mero ejemplo, de un derecho fundamental que no sea de primera generación y de una norma de organización esencial que no consume la regulación.

Consideramos más completo el análisis que hemos hecho con base en la existencia de normas de eficacia limitada que otro, realizado por algún autor, que gire en torno a normas constitucionales exigibles y no exigibles, cuyo elemento de diferenciación estriba en la posibilidad de aplicación directa por mor del contenido de la misma norma. De esta forma,

la omisión inconstitucional se produciría con carácter exclusivo respecto a los preceptos no directamente exigibles. Frente a ello creemos que a pesar de que el contenido de una norma sea lo suficientemente “denso” como para posibilitar su aplicación directa ello no tiene que significar, en todo caso, que posea una eficacia total y una plenitud acorde con la voluntad de los constituyentes. Por ello, puede también requerir y no sólo posibilitar un desarrollo ulterior. Es el caso de un derecho fundamental que será tomado en cuenta por un órgano aplicador para la resolución de un caso concreto pero que necesitará una ley posterior para una plena efectividad y una mayor protección.

La presencia de un encargo al legislador para que se produzca una omisión inconstitucional es esencial porque una omisión tendrá relevancia jurídica sólo cuando exista un precepto jurídico que establezca una conducta y precisamente dicha omisión lesione tal precepto. La omisión pasa así, como señala Stahler, de un “no hacer nada” a un “no hacer algo”, siendo ese algo lo que espera el orden jurídico.<sup>41</sup> No se fundamenta en la no realización de una acción arbitraria sino en la no realización esperada, debida,<sup>42</sup> de manera que el centro de toda discusión acerca del problema de la omisión del legislador es el encargo constitucional, que resulta vinculante.<sup>43</sup>

Hasta ahora hemos visto, al margen de la inactividad del Poder Legislativo, dos de los elementos esenciales de la definición: el encargo al legislador, contenido en una norma constitucional que es de eficacia limitada, y el paso del tiempo que determina el fraude constitucional. Los dos son imprescindibles. Uno sin el otro deja sin sentido a la inconstitucionalidad por omisión.

#### d. Ineficacia de la norma constitucional

En cuarto y último lugar, tenemos la parte final de la definición propuesta más arriba, que alude a la ausencia de eficaz aplicación de las

41 “Das Unterlassen wird dadurch vom *nichts tun* zum *etwas* (*das die Rechtsordnung erwartet*) *nicht tun*”, Stahler, Konrad, *Verfassungsgerichtliche Nachprüfung gesetzgeberischen Unterlassens*, tesis doctoral, Munich, 1966, p. 1.

42 Seufert, Leo, *Die nicht erfüllten Gesetzgebungsgebote des Grundgesetzes und ihre verfassungsgerichtliche Durchsetzung. Ein Beitrag zum Problem des gesetzgeberischen Unterlassens*, tesis doctoral, Würzburg, 1969, pp. 38 y 39.

43 *Ibidem*, p. 106.

normas constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo a causa de la inactividad del Poder Legislativo. Estamos aquí ante la consecuencia de todo lo anterior: la existencia de unas normas del texto fundamental que requieren *interpositio legislatoris* unida a la dejación del órgano encargado de tal *interpositio* trae como resultado la falta de eficacia de aquellas normas o una eficacia minorada. Esta característica de la eficacia es uno de los fundamentos de la lógica jurídica de las normas, las cuales no nacen para cumplir un mero requisito de existencia en el seno del ordenamiento sino que se originan con la sólida intención de tener reflejo aplicativo en la sociedad y, de esta forma, cumplir su *ratio essendi* principal al regular de modo real la convivencia. Como afirma Morón Urbina “el valor eficacia constitucional exige incorporar al sistema el control a las omisiones constitucionales de las autoridades, y en particular las del legislador”.<sup>44</sup>

Concebimos como rasgos de una norma totalmente diferentes el de la validez y el de la eficacia,<sup>45</sup> los que, aunque se influyen de manera recíproca, no son interdependientes y poseen vida propia (una norma puede ser válida y no eficaz, y viceversa). Spagna Musso apunta que “una norma giuridica se costantemente disapplicata, e quindi inoperante, no per questo è giuridicamente inesistente”.<sup>46</sup> Quien niega la eficacia de un precepto jurídico incumpléndolo no tiene por qué rechazar su validez, aunque es forzoso reconocer que una norma dotada de la más absoluta ineficacia acaba siendo un sinsentido que influirá sobre la validez y que hay que desterrar,<sup>47</sup> salvo que poderosas razones extrajurídicas muevan a lo contrario. Éste es uno de los razonamientos que nos hacen pensar en un

44 Morón Urbina, Juan Carlos, “La omisión legislativa inconstitucional y su tratamiento jurídico”, *op. cit.*, p. 460.

45 Sobre la problemática general de la relación entre validez y eficacia puede verse Spadaro, Antonino, *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 1990, pp. 45 y ss.

46 Spagna Musso, Enrico, “Appunti per una teoria giuridica dell’anomia costituzionale”, en *Aspetti e tendenze del Diritto Costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, Milán, Giuffrè, 1977, vol. I, p. 284.

47 De ahí lo criticable que resulta afirmar que hay normas (las programáticas, que nosotros no aceptamos) cuya validez es plena, pero que mientras no se desarrollen no producen efecto alguno y los órganos de aplicación del derecho no las pueden aplicar, v. gr., Quiroga Lavié, Humberto, *Derecho constitucional*, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1978, pp. 140 y 142.

auténtico fraude constitucional en algunos de los posibles supuestos de inconstitucionalidad por omisión.

Una postura fáctica en este tema, como la sostenida por Ross,<sup>48</sup> llevaría a una identificación entre validez y eficacia, constatándose aquella después del nacimiento de la norma. Ello no lo consideramos de recibo, puesto que la validez, como queda dicho, es independiente de la eficacia, dado que está en función de la competencia del órgano que la dicta, el procedimiento que se sigue y la materia regulada. En cambio, “la eficacia de las normas se refiere exclusivamente al cumplimiento real de derecho en el seno de la sociedad... Básicamente la eficacia consiste en la conformidad o adecuación de la conducta de los destinatarios con lo que la norma prescribe”.<sup>49</sup> Falta de desarrollo imposibilitará a los ciudadanos cumplir con el precepto constitucional, y no precisamente por un hipotético desacuerdo con su contenido sino por la carencia de regulación.

Esta última parte de la definición que ahora estamos comentando también busca una finalidad delimitadora. En efecto, cuando decimos que la inactividad del Legislativo respecto a normas constitucionales que exigen tal actuación provoca la ineficacia de estas últimas queremos excluir aquellos casos en los que, pese a la ausencia de un adecuado desarrollo, el precepto constitucional tiene una vigencia tan efectiva que cumple las previsiones constitucionales en cuanto a su aplicabilidad. Se podría decir que realmente goza de complitud, esto es, posee eficacia plena. Las razones pueden ser diversas: su misma formulación, la dimensión aplicativa que le den los tribunales, mayor aceptabilidad social, etcétera. Por lo tanto, no habrá en este tipo de supuestos omisión inconstitucional, aunque no se nos escapa la dificultad de encontrar en la práctica una situación de este tipo sin el apropiado desarrollo posconstitucional. Incluso si se encuentra tal situación, la ausencia de base legal posibilitaría la alteración de estos criterios aplicativos con lo que retornaría el fraude de la Constitución y la omisión inconstitucional. Lo dicho deja de nuevo patente la necesidad de actuar de modo casuístico en la solución práctica de los hipotéticos supuestos de omisión inconstitucional. Esta última idea se refuerza aún más si se piensa que todo precepto constitucional por el hecho

48 Ross, A., “El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural”, *El concepto de validez y otros ensayos*, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1969.

49 Segura Ortega, Manuel, *Teoría del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1991, p. 143.

de serlo ostenta cierta eficacia, como la que viene producida por ayudar al aplicador del derecho a la hora de interpretar éste de conformidad con la Constitución.

En definitiva, como idea recopilatoria final, la inactividad del legislador, el paso del tiempo generador de fraude constitucional, la exigencia constitucional de actuar y la ineficacia, centro de nuestra propuesta, son las claves de bóveda de la vulneración de la carta magna por omisión.

#### 4. *Delimitación negativa*

Puede decirse que la configuración negativa de un concepto, esto es, fijar en qué se diferencia de otros de posibles rasgos similares, es exigencia del raciocinio humano, máxime cuando tal concepto entra en el dominio de lo abstracto, incluso de lo arcano. En la figura que analizamos semejante forma de actuar nos será de utilidad. Procedamos a ello.

##### A. *Omisión legislativa “simple”*

La primera diferenciación la podemos establecer respecto a aquella ausencia de desarrollo legislativo de un precepto constitucional que todavía no presenta los rasgos necesarios para reputarse inconstitucional. Nos referimos a situaciones en las que la falta de paso de tiempo, medido, tal y como se indicó, en función de las circunstancias y del contexto socio-político, da lugar a que el retardo del órgano legislativo entre dentro de la legítima libertad de conformación del proyecto constitucional por parte de los poderes constituidos, con especial peso específico del partido(s) vencedor(es) en las correspondientes elecciones, cosa absolutamente defendible si se respetan los límites constitucionales y legales.<sup>50</sup> Claro está que una situación así puede llegar a convertirse en inconstitucional con el paso del tiempo, que es un elemento que habrá que valorar, como sabemos, caso por caso en función de las diversas circunstancias que rodeen el supuesto de que se trate.

Asimismo, y desde otro punto de vista, una omisión legislativa hace referencia a una realidad más amplia que la comprendida en la omisión inconstitucional, la cual es uno de los casos que integran aquella y cuya

<sup>50</sup> Recordemos que “la democracia, especialmente la de tipo parlamentario, es por naturaleza un Estado de partidos”, Kelsen, Hans, *Teoría general del Estado*, 15a. ed., México, Editora Nacional, 1979, p. 464.

rasgo más sobresaliente es la nota de la inconstitucionalidad, que viene determinada por la concurrencia de los elementos analizados con anterioridad. Por lo tanto, habrá omisiones legislativas que no sean omisiones inconstitucionales. En cambio, éstas siempre estarán incluidas en la categoría de omisiones legislativas.

### B. *Omisión de normación*

A pesar de que nos encontramos en el epígrafe correspondiente a la delimitación negativa de la inconstitucionalidad por omisión, esto es, de aquello que no es omisión vulneradora de la ley fundamental, hemos optado por introducir aquí este subapartado que alude a algo que no es propiamente contrario a la omisión inconstitucional, pero en la medida en que también ayuda a la pretensión buscada en el presente ensayo (el esclarecimiento del concepto), resulta procedente en este lugar.

Con la expresión “omisión de normación” se alude a una situación de amplios perfiles, que hay que caracterizar, asimismo, con amplitud. Una aproximación a su concepto sería el no desarrollo normativo cuando éste resulta obligatorio, sin ulteriores especificaciones. Así las cosas, los supuestos que engloba dicho fenómeno son de lo más diversos. Uno de ellos es la omisión legislativa o ausencia del obligatorio dictado de normas con rango de ley, a la que acabamos de aludir. Y un tipo de omisión legislativa es la omisión inconstitucional, que se produce, como queda dicho dos párrafos atrás, cuando a aquélla se le suman las notas vistas en la definición propuesta de inconstitucionalidad por omisión. Por lo tanto, ésta se presenta como uno de los casos que entran en el ámbito de la omisión de normación. Las dos únicas conexiones entre ambas inactividades vendrían por la obligación de desarrollo normativo y por el incumplimiento de dicha obligación.

La llamada ilegalidad por omisión sería un supuesto de omisión de normación diferente a la omisión inconstitucional. En España ha querido verse en algún momento que el incumplimiento de una obligación de desarrollo legislativo contenida en una ley orgánica es una omisión inconstitucional. Esto no es, ni mucho menos, una inconstitucionalidad por omisión sino una ilegalidad por omisión, siempre y cuando se acepte una superioridad jerárquica de la ley orgánica sobre la ley ordinaria, pues de lo contrario (diferencia entre ley orgánica y ordinaria con base sólo en el principio de competencia) parece que tampoco podría hablarse de ile-



galidad por omisión (al no haber superioridad no surgiría la obligación de desarrollo), sino de simple laguna.

### C. *La idea de laguna*

La figura de la laguna, vocablo trasplantado al mundo del derecho por el recurso a una metáfora, ha sido objeto de un tratamiento abundante en la ciencia jurídica desde perspectivas diferentes y teniendo en mente los diversos procedimientos de integración de las mismas.<sup>51</sup> Quizá la concepción predominante sea aquella que refiere las lagunas a la ley o a las normas en concreto y no al ordenamiento jurídico en su conjunto, del cual se predica una plenitud que sumada a las hoy más que discutibles unidad y coherencia forman las características de ese ordenamiento. La plenitud se ha argumentado desde posiciones varias. Así, según unos autores, lo no regulado no entra dentro del campo del derecho sino que es indiferente para él y pertenece a los dominios de lo extrajurídico (Bergbohm, “espacio jurídicamente vacío”).<sup>52</sup> Para otros, partiendo de que las normas prohíben u obligan a determinado comportamiento, lo no regulado significa que está permitido o que no es obligatorio, en una lógica argumentación a *sensu contrario* (“teoría de la norma general exclusiva”).<sup>53</sup> Finalmente, se dice que la plenitud significa que el derecho es capaz de colmar las lagunas existentes aportando una solución al hecho no regulado (es el caso de P. Virga en su *Diritto costituzionale*).<sup>54</sup> Este último planteamiento, que es el más extendido, nos lleva a la autointegración y a la heterointegración, y se encuentra reforzado por el deber inexcusable de resolver que sujeta a los jueces. Asimismo, su-

51 Arce y Florez-Valdés, Joaquín, *Los principios generales del derecho y su formulación constitucional*, Madrid, Civitas, 1990, p. 27.

52 Bergbohm, Karl, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, 1892; Romano, Santi, *Osservazione sulla completezza dell'ordinamento statale*, Módena, 1925. Citados ambos por Norberto Bobbio en su *Teoría general del derecho*, Debate, 1991, p. 230.

53 Zitelmann, E., *Lücken im Recht*, Leipzig, 1903; Donati, Donato, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, Milán, 1910. Mortati recoge esta postura e indica que el ordenamiento jurídico es completo, estando excluida la posibilidad de lagunas. Él habla de “norma di chiusura”, Mortati, Costantino, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padua, CEDAM, 1969, vol. I, p. 338.

54 “Pertanto potrà, se mai, parlarsi di lacune della legge, como imperfezione o insoddisfazione del diritto positivo rispetto alla disciplina dei rapporti sociali, no già di lacune dell'ordinamento, perchè non esistono ipotesi per le quali una regolamentazione occorra e non si possa trovare”, Virga, Pietro, *Diritto costituzionale*, 3a. ed., Palermo, Edizioni Universitarie, 1955, p. 407.

pone una superación de la idea de plenitud del positivismo estatalista, visto en otras épocas como panacea de los males o de los defectos del derecho.

Desde este punto de vista, una laguna sería una *ausencia de regulación en un supuesto de hecho que es merecedor de ser disciplinado jurídicamente*. De ello se colige la existencia de situaciones integradas en las relaciones sociales que no son relevantes para el derecho, por lo que no deben ser objeto de su consideración. En este sentido se expresa Larenz cuando afirma que la expresión laguna alude a un estado incompleto, una cuestión que, conforme a la concepción de la comunidad jurídica y cultural de cada momento, necesita tal regulación.<sup>55</sup> Al lado de esta especie de lagunas, denominadas por Zitelmann “propias”, tenemos aquellas consistentes en la *incompleta regulación de una materia considerada en su conjunto* y que son calificadas por el autor anterior como “impropias”.

Este esquema puede ser trasladado al ámbito de la Constitución, aunque con las necesarias y pertinentes matizaciones dada la trascendencia jurídica y política de la norma fundamental. Con esto presente, Wróblewski estima que las lagunas constitucionales se individualizan por la misma peculiaridad de las funciones de interpretación constitucional: la función de orientación, la función de aplicación y la función de control.<sup>56</sup> En principio, para aceptar las lagunas “propias” en la Constitución hay que partir de un concepto material de la carta magna, que exija determinados contenidos mínimos. Sería el concepto “ideal” de Constitución del que hablaba Schmitt en su *Teoría de la Constitución*<sup>57</sup> y que es hoy perfectamente suscribible desde los postulados de la democracia.<sup>58</sup> Con relación a la integración de las lagunas constitucionales, ésta debe hacerse sin recurrir a normas de la legislación ordinaria, en el caso de utilizar la analogía,<sup>59</sup> o acudiendo a los principios constitucionales, en el supuesto de

55 Larenz, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, 2a. ed., Barcelona, Ariel, 1994, p. 363.

56 Wróblewski, Jerz, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Madrid, Civitas, 1985, pp. 93 y ss. Ello no significa que la interpretación constitucional no forme parte del género de la interpretación jurídica, Carbone, Carmelo, *L'interpretazione delle norme costituzionali*, Padua, 1951, pp. 10-12.

57 Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza, 1982, pp. 58 y ss.

58 Aragón, Manuel, *Constitución y democracia*, Madrid, Tecnos, 1989, pp. 25 y ss.

59 La técnica de la analogía se resume perfectamente en el aforismo latino “*in casibus omissis deducenda est legis ratio a similibus*”, o sea, “en caso de omisión de ley, se deduce la disposición de leyes semejantes”.

emplear el recurso a los principios generales del derecho. Asimismo, y al margen de lo anterior, el órgano de control de la constitucionalidad también puede originar lagunas con su actuación y con sus declaraciones de nulidad. Esto ha sido estudiado por la doctrina alemana con relación a las llamadas “lagunas de colisión” (*Kollisionslücke*).<sup>60</sup>

Realizada esta visión general de la institución de la laguna parecen evidentes diversos rasgos diferenciadores y también similares respecto a la omisión inconstitucional.

Evidentemente, respecto a la laguna “propia”, ninguna conexión puede establecerse dado el concepto que hemos ofrecido. En efecto, dicho concepto parte de la falta de desarrollo de un precepto existente en la Constitución y la laguna “propia” supone la inexistencia en la norma suprema de determinado contenido exigido por una perspectiva material, el cual, al no existir, no puede ser desarrollado. En este sentido se expresa el profesor Miranda cuando dice que “as lacunas so situações constitucionalmente relevantes no previstas” y “as omisses legislativas reportam-se a situações previstas”.<sup>61</sup> Los problemas, por tanto, se plantean con las lagunas “impropias”. Las conexiones están en la ausencia de una regulación completa que causa distorsiones o imposibilita la aplicación o la plena eficacia de una figura. Nos movemos en los predios de la inactividad y de la inercia de los poderes públicos, que dan lugar a que materias que requieren ser disciplinadas jurídicamente, cuando menos de una forma suficiente, carezcan de tal regulación. Mas estas similitudes no deben oscurecer las divergencias que es posible encontrar. En este sentido es forzoso traer a colación las tres diferencias que señala Mortati: en primer lugar, la omisión, a diferencia de la laguna, es producto del incumplimiento de una obligación; en segundo lugar, las omisiones son siempre el resultado de un acto de voluntad, “mentre le lacune potrebbero verificarsi in modo involontario”; finalmente, y como diferencia esencial, la sentencia que aborda una laguna cumple una función de complemento del ordenamiento jurídico, frente a la que declara la inconstitucionalidad de una omisión, que puede dar lugar a su vez a una laguna.<sup>62</sup> Consideramos acertadas en líneas generales las referidas consideraciones del profesor italiano, aunque entendemos que el acento habría que ponerlo en la

60 Knittel, “Die verfassungsgerichtliche Normenkontrolle als Ursache von Gesetzeslücken”, *Juristenzeitung*, 1967, pp. 79 y ss.

61 Miranda, Jorge, *Manual de direito constitucional, op. cit.*, vol. II, p. 270.

62 Mortati, Constantino, “Appunti per uno studio...”, *op. cit.*, p. 927.

primera y no en la última ya que aquélla, es decir, que la omisión es producto del incumplimiento de una obligación y la laguna no, nos parece la diferencia básica al no poder admitirse la existencia de una obligación del legislador de regular todos los supuestos merecedores de consideración jurídica y respecto a los cuales se produce la laguna de la ley. Por contra, como ya hemos visto, sí existe la obligación de desarrollar las normas constitucionales que así lo exijan. Asimismo, no vemos muy clara la última distinción que gira en torno a los diferentes efectos de las sentencias que tratan una y otra institución, de tal manera que la que declara la inconstitucionalidad de una omisión puede dar lugar a una laguna. No creemos que una laguna tenga su origen en una declaración judicial de inconstitucionalidad sino que es algo anterior a ella y cuya existencia es independiente de la labor de la judicatura, aunque ésta, con su actuación, la haga más evidente.

En este sentido, una omisión inconstitucional no se traduce necesariamente en una laguna, puesto que el incumplimiento de una obligación de desarrollo de la norma fundamental no supone un vacío en la legislación al existir la posibilidad de que la normativa preconstitucional en la materia siga en vigor al ser acorde con el contenido de la carta magna.

A mayor abundamiento, cabe entender que una laguna “impropia” constitucional no impide la plena eficacia aplicativa de una norma del texto fundamental porque la praxis, en un sentido lato, colma dicho vacío aportando la debida efectividad al precepto. Frente a esto tenemos a la omisión inconstitucional que, tal y como la hemos definido anteriormente, supone la ineficacia de la disposición constitucional. Si ésta realmente fuera eficaz pese a la ausencia de desarrollo adecuado no estaríamos ante una inconstitucionalidad por omisión, tal y como se indicó más arriba.

Pese a lo dicho, existen autores que no diferencian ambos institutos al entender que no son fenómenos diversos. Es el caso del jurista italiano Silvestri,<sup>63</sup> del costarricense Hernández Valle,<sup>64</sup> de la española Ahumada Ruiz<sup>65</sup> o de su compatriota Ezquiaga que, al analizar la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, identifica diversas situaciones en las que

63 Silvestri, Gaetano, “Le sentenze normative della Corte Costituzionale”, *op. cit.*

64 Hernández Valle, Rubén, *Derecho procesal constitucional*, San José, Juricentro, 1995, p. 348.

65 Ahumada Ruiz, Ma. Ángeles, “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 8, enero-abril de 1991, pp. 178 y ss.

dicho Tribunal reconoce la existencia de una laguna, entre las cuales se halla, sin más especificaciones, el no desarrollo por el legislador de una previsión constitucional.<sup>66</sup>

#### D. *Inactividad de la administración*

También resulta de interés en una conceptualización negativa de nuestro instituto abordar, aunque sea someramente, la distinción con el no actuar de la administración, base del estudiado tema del silencio administrativo. El derecho administrativo recoge diversas obligaciones de actuar de la administración, que van desde la genérica prestación de servicios públicos hasta la necesidad de dictar el acto administrativo requerido por un particular. Al mismo tiempo, y en ocasiones, prevé consecuencias a la omisión de esas obligaciones, que también van desde la no menos genérica responsabilidad de la administración hasta el tema del silencio administrativo, ya positivo, ya negativo. Mas esto no lo consideramos conectado con la figura de la inconstitucionalidad por omisión, salvo la idea general de incumplimiento por parte de un órgano público de un deber positivo de actuar que tiene consecuencias jurídicas.

Esta falta de conexión la afirmamos no sólo porque las concretas imposiciones de actuar de la administración no son de origen constitucional, al que se reserva el enunciado de los principios generales de actuación administrativa, sino también por la radical diferencia entre los principios globales rectores del proceder del Ejecutivo y del Legislativo.

El punto de partida para ver esta diferencia de principios rectores es el mismísimo principio de legalidad, clave de bóveda del llamado Estado de derecho, principio que en su más primigenio sentido aparecía referido a la administración. Ésta, gracias a semejante principio y a diferencia de lo que ocurría en épocas pasadas, surge en virtud del derecho y no por obra de ningún soberano personal. En tal sentido se expresa Merkl al afirmar que “el derecho administrativo no es *condicio sine qua non* para la existencia de la administración, sino más precisamente *condicio per quam*”.<sup>67</sup>

66 “Una fuente clásica de lagunas en el ordenamiento es la falta de desarrollo legislativo de previsiones formuladas en textos legales jerárquicamente superiores que imposibilitan su ejercicio efectivo. Es el típico caso de laguna técnica” (Ezquiaga Ganuzas, F., *La argumentación en la justicia constitucional española*, Oñati, IVAP, 1987, p. 40).

67 Merkl, Adolf, *Teoría general del derecho administrativo*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1953.

La administración, en virtud de semejante esquema, y dejando de lado construcciones ya superadas, como las de Stahl y de Meyer, va a estar vinculada positivamente a la legalidad. Ello significa que solamente podrá actuar cuando el ordenamiento jurídico se lo posibilite o, por utilizar terminología de Hauriou, cuando esté amparada por el “bloque de la legalidad”, el cual se corresponde al “principio de juridicidad” del citado Merkl, verdadero promotor de esta doctrina tal y como la hemos recibido. De esta forma, será necesaria para una actuación una norma que así lo establezca expresamente. Así también lo concibe García de Enterría: “El derecho condiciona y determina, de manera positiva, la acción administrativa, la cual no es válida si no responde a una previsión normativa”.<sup>68</sup> En suma, sólo podrá hacer aquello que le está permitido.

Frente a este esquema tenemos al Poder Legislativo, poseedor, en un Estado democrático de derecho, de una legitimidad directa, producto de ese papel de representante de un pueblo que detenta la soberanía. La teoría de la representación, por medio de la cual lo hecho por el representante se imputa al representado, encuentra aquí su más elevado ejemplo en el derecho público y su consagración más transcendental. El Parlamento, respetando los límites constitucionales, todo lo puede y su producto, la ley, tiene una fuerza incontestable, además de aparecer como expresión de la voluntad popular, palabras éstas que tienen su origen en la construcción de Rousseau de la ley como expresión de la voluntad general. Como ya hemos apuntado en otro lugar del presente trabajo, el sistema parlamentario no es una simple suma de esquemas formales sino que también ostenta una importantísima carga material que encuentra su mismo origen en las raíces anglosajonas. De esta manera, el Parlamento, adecuadamente elegido, no despierta los recelos de las clases democráticas y se presenta como adalid de la libertad y enemigo del autoritarismo, al que difícilmente parece que pueda tender el Poder Legislativo tal y como está configurado en la experiencia y teoría política occidental. En cambio, el Poder Ejecutivo sí que es capaz de crear susceptibilidades en círculos democráticos y caminar con mayor facilidad hacia el autoritarismo. Por lo tanto, y para decirlo de algún modo, el Legislativo está vinculado negativamente al ordenamiento, puede hacer todo aquello que no

<sup>68</sup> García de Enterría, Eduardo y Fernández Rodríguez, Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo*, 4a. ed., Madrid, Civitas, 1988, vol. I, p. 418.

está prohibido y, prácticamente, todo lo que no está prohibido a nivel constitucional.

Inciendiando en esta problemática Stern se expresa del siguiente modo:

La legislación no es simple ejecución de la Constitución. La relación entre Constitución y legislación es distinta que la relación entre legislación y administración, aunque tampoco ésta sea ejecución de la ley a secas... Sería una comprensión errónea de la Constitución imputarle a ésta un contenido en base al cual el contenido de las leyes podría ser deducido inmediatamente de la Constitución. El legislador tiene un margen de actuación política propio. Es un órgano auténticamente político que tiene la plena responsabilidad de sus actos.<sup>69</sup> Como veremos en el capítulo siguiente, el legislador está vinculado por la Constitución y la desarrolla, no la ejecuta.

De todo lo expuesto deducimos la falta de utilidad a nuestros efectos de las diversas construcciones y medios de solución para el no actuar de la administración, como el ya aludido caso del silencio administrativo.

#### E. *Los conflictos negativos de competencia*

De nuevo estamos ante una cuestión que en su origen concierne a un órgano administrativo y no al Poder Legislativo, por lo cual lo que acabamos de decir en el epígrafe precedente también resultaría aplicable en este momento. El susodicho conflicto no surge por el incumplimiento de un concreto encargo al legislador que genera la ineficacia del precepto constitucional, sino por algo muy diferente. En efecto, el marco de delimitación competencial entre los órganos estatales o entre el estado central y las demás entidades territoriales con autonomía política ya se encuentra más o menos delimitado. Con base en semejante distribución de funciones se solicita la actuación de un órgano administrativo que rehusa la solicitud al entender que tal actividad le corresponde a otro órgano. Entonces, si este segundo órgano también se niega a actuar surge el conflicto negativo que, en teoría, deberá resolver el órgano de justicia constitucional, siempre, claro está, que se solicite por parte de un legitimado su actuación. En ningún momento se produce un problema de ausencia de desarrollo legislativo.

<sup>69</sup> Stern, Klaus, *Derecho de Estado de la República Federal Alemana*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 224.

Refiriéndose al ordenamiento español, Pérez Royo indica que el conflicto negativo de competencia “es una inconstitucionalidad que no afecta a la ley sino a normas o actos de rango inferior a la ley y cuya inconstitucionalidad proviene de la no asunción por ninguna administración —ni la central ni la autonómica— de la competencia resultante del juego conjunto de la Constitución española y el Estatuto de Autonomía correspondiente”. Tras lo cual señala que “no se trata, por tanto, de inconstitucionalidad de ley, sino de algo completamente diferente”.<sup>70</sup>

#### F. Inejecución de leyes existentes

Aquí estamos ante una situación en la que ya se ha producido el correspondiente desarrollo de la carta magna en aras de la consecución de una eficacia mayor de la misma. Pero esa legislación existente no encuentra ejecución por parte del Poder Ejecutivo, competente para ello. De esta forma, podría pensarse que, por vía indirecta, se produciría una inejecución de la Constitución. Ello resulta incorrecto porque, primero, la Constitución no se ejecuta sino que se desarrolla; segundo, es el Poder Legislativo el encargado de tal desarrollo, no el Ejecutivo, y tercero, el desarrollo ya se ha producido y con él la consecución de un más elevado grado de eficacia. La responsabilidad por la inejecución de leyes existentes se encuentra fuera del terreno del derecho constitucional. Estaríamos ante una figura diferente a la de la inconstitucionalidad por omisión que podría denominarse ilegalidad por omisión, cuya solución, si es que la tiene, habría que buscarla en el derecho administrativo.

Algo ya clásico en esta cuestión es la posición mantenida por Kelsen, que reconducía los problemas de inconstitucionalidad mediata a problemas de legalidad. De esta forma, cuando la ley prevé la emisión de un reglamento o de un acto estamos ante un problema de legalidad, competencia de la justicia administrativa y no de la justicia constitucional.<sup>71</sup>

70 Pérez Royo, Javier, “Inconstitucionalidad por omisión”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, Civitas, 1995, vol. II, p. 3501.

71 Kelsen, Hans, “La garantie juridictionnelle de la Constitution”, *Revue de Droit Publique*, 1928, pp. 206 y ss.



### G. *El no desarrollo del derecho supranacional*

Los ordenamientos nacionales de los distintos estados miembros de la Unión Europea y el ordenamiento comunitario son, en principio, dos ordenamientos diferentes. Las vías que abrieron en su día los distintos sistemas nacionales posibilitaron la entrada del derecho propio de esa organización supranacional. Un derecho que no sólo se dirige a los estados sino también a los particulares. La coexistencia entre ambos ordenamientos ha originado, y seguirá originando, colisiones y problemas que tienen que ser abordados por la jurisprudencia. Pero esta puerta de incorporación de la que estamos hablando no significa ni puede llegar a significar confusión entre los sistemas. Por ello no hay que calificar a los tratados fundamentales por los que hoy se rigen la Unión Europea y las comunidades europeas como pertenecientes al nivel constitucional de los estados miembros. De ahí que la conexión con el tema de la omisión inconstitucional desaparezca o, mejor dicho, nunca surja.

A pesar de lo dicho, resulta de interés recordar que el derecho comunitario recoge como elemento de singular importancia el incumplimiento de deberes jurídicos por omisión.<sup>72</sup> Y también prevé algún cauce procesal para enfrentarse a situaciones de ese tipo. Es el caso del recurso por incumplimiento del actual artículo 228 (antes 171) del Tratado de Roma: “Si el Tribunal de Justicia declare que un estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud del presente Tratado, dicho estado estará obligado a adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia del Tribunal de Justicia”.

Este precepto se completa por el artículo 227, que establece la legitimación activa para dicho recurso y un necesario trámite previo consistente en someter el asunto a la Comisión. Como vemos, tal regulación, al remitirse a una genérica obligación de adoptar las medidas necesarias, no parece presentar los mecanismos de coacción jurídica suficientes para asegurar la debida efectividad de la misma. Pese a ello, tales previsiones no han quedado en letra muerta sino que han encontrado verdadera aplicación en el proceder del Tribunal de Justicia de las comunidades euro-

<sup>72</sup> La literatura sobre el tema del incumplimiento del derecho comunitario es abundante. Como ejemplo puede citarse a Cobreros Mendazona, Eduardo, *Incumplimiento del derecho comunitario y responsabilidad del Estado*, Madrid, Civitas, 1994; Gómez Puente, Marcos, *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, pp. 141 y ss.

peas. Por citar sólo un conocido ejemplo mencionaremos la sentencia del 19 de noviembre de 1991, caso Francovich y caso Bonifaci. Aunque, a decir verdad, la ejecución de la sentencia sí ha presentado *grosso modo* importantes problemas.

El Tratado de Maastricht incidió en su momento en esta regulación añadiendo un apartado segundo al citado artículo 228 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea con el objeto de asegurar la efectividad de la norma.

Asimismo, existe, en los dos primeros párrafos del actual artículo 232 (antiguo 175) de este Tratado, un recurso por inactividad u omisión para los casos en que la violación del Tratado no encuentra respuesta en el Parlamento Europeo, el Consejo o la Comisión.

#### H. *El no cumplimiento de principios constitucionales*

Frente a la inconstitucionalidad por omisión, que parte de la vulneración de una concreta obligación de desarrollo nacida de una no menos concreta norma constitucional, tenemos el no cumplimiento de los principios constitucionales, que forzosamente llevan a la abstracción en cuanto a la exigencia de actividad ulterior. No estamos aludiendo a la existencia en la ley fundamental de principios programáticos que no sean normas jurídicas sino a normas de asignación de fines, esto es, normas constitucionales con un alcance de principio rector o directriz de actuación basada en un proyecto de futuro. Tales preceptos no buscan desarrollo *ad hoc*, concreto, sino que tratan de ser tenidos en cuenta en toda la legislación. No se puede basar la omisión del legislador, como dice Seufert, en una “coacción general constitucional hacia la legislación” o en un “deber general de acción del legislador”.<sup>73</sup>

A ellos hace alusión Fernández Segado al distinguir entre mandatos constitucionales concretos y mandatos constitucionales abstractos “o, lo que es igual, mandatos que contienen deberes de legislación abstractos”.<sup>74</sup> También Gomes Canotilho alude a ellos dándoles el nombre de *normas-fim* y de *normas-tarefa*,<sup>75</sup> separando las omisiones legislativas re-

73 Seufert, Leo, *Die nicht erfüllten Gesetzgebungsgebote...*, op. cit., pp. 38 y 39.

74 Fernández Segado, Francisco, “Los nuevos desafíos de nuestro tiempo para la protección jurisdiccional de los derechos”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 39, mayo-agosto de 1994, p. 70.

75 “Aqueles preceitos constitucionais que, de uma forma global e abstracta, fixam

sultantes de la violación de preceptos constitucionales concretamente impositivos del no cumplimiento de estas normas, abstractamente impositivas.<sup>76</sup> Incluso no está fuera de lugar citar a los que Heller llama principios éticos del derecho,<sup>77</sup> si bien no hay que perder de vista su concepción constitucional cercana a la idea de Constitución “real”.

Como acabamos de decir, el no cumplimiento con esta serie de normas de principios es ajeno a la inconstitucionalidad por omisión, que se anuda a la necesidad del concreto desarrollo posterior que reclaman los encargos al legislador. La realización de los principios de corte general no viene determinada, en cambio, por una concreta actuación posterior sino tanto por una situación global de respeto en el momento de elaborar los distintos sectores del ordenamiento como a la hora de la aplicación de las diferentes normas jurídicas a la realidad, siendo necesario que en ambas ocasiones sean tenidos en cuenta.

### I. *Omisión aplicativa*

Una cuestión diferente a la que estamos estudiando es la no aplicación de los preceptos constitucionales por aquellas instancias que les compete hacerlo. Aquí no se produce un problema de ausencia de desarrollo normativo que traiga como corolario la ineficacia de las disposiciones de la ley fundamental, sino que esa ineficacia se produce por la actitud de los poderes públicos que rehusan aplicar cierta normativa constitucional a pesar de que se dan las condiciones necesarias para ello y que esa normativa es de aplicación preceptiva. Vemos como la ineficacia está pre-

essencialmente os fins e as tarefas prioritárias do Estado”, Gomes Canotilho, José Joaquim, *Direito constitucional, op. cit.*, pp. 178 y 179.

<sup>76</sup> *Ibidem*, p. 1089.

<sup>77</sup> “Los principios éticos del derecho, legitimados por la sociedad, a veces no autorizados por el Estado e incluso expresamente condenados, en ocasiones, por él, tienen, para la existencia de la Constitución del Estado, la máxima importancia, en parte por sí mismos y en parte en cuanto complemento. Estos principios se caracterizan porque, careciendo de una concreción suficiente, no pueden encontrar aplicación en normas inmediatas para la decisión judicial, a pesar de lo cual, sin embargo, son imprescindibles en la Constitución jurídica del Estado como normas sociales de ordenación, así como también en cuanto reglas interpretativas para la decisión judicial”, Heller, Hermann, *Teoría del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1987, p. 275.

sente en ambos casos, pero responde, en uno y otro supuesto, a motivaciones que no tienen ningún punto en común.

Ante esta situación que hemos denominado omisión aplicativa no parece que existan mecanismos jurídicos adecuados para removerla, al margen de la responsabilidad jurídica o política que pueda articularse. Fuera de ello, la opinión pública tiene que reclamar que se aplique la carta magna y su legislación de desarrollo, aplicación que exige, en principio, toda norma jurídica en vigor. Un asunto diferente será el desuso en el que llegan a caer algunas normas por variados motivos, que van desde su progresivo distanciamiento de la realidad hasta la falta de voluntad política para proceder a su aplicación. En ciertas ocasiones tales motivos podrían justificar el “olvido” de esa normativa, produciéndose una especie de costumbre contraria o, al menos, ajena a la previsión de la ley básica. En semejante contexto puede resultar necesaria emprender una actualización, a través de las diferentes posibilidades de reforma, de las normas desfasadas.<sup>78</sup> En todo caso, estamos ante cuestiones que se alejan del concepto que hemos mostrado de inconstitucionalidad por omisión.

#### J. *El no cumplimiento de la genérica necesidad de actuación de los poderes constituidos*

También forma parte de esta delimitación negativa de la omisión inconstitucional la posible pasividad en la necesaria actividad genérica que tienen que llevar a cabo los poderes públicos para aplicar el proyecto constitucional en la realidad. En efecto, al lado del cumplimiento de las concretas obligaciones de desarrollo que prescribe una carta magna, cuya vulneración por inactividad puede ocasionar una inconstitucionalidad por omisión, resultan imprescindibles un elevado número de actuaciones de distinto signo y un tanto indeterminadas, que van desde la misma información institucional hasta la producción de una serie de actos de índole legislativa. Dentro de ellos se encontrarían el desarrollo de preceptos que no lo necesitan, o bien porque presentan la característica de la complitud y, por tanto, son de eficacia plena, o bien porque tal desarrollo no hay que considerarlo implícita o explícitamente obligatorio, lo cual se nos

<sup>78</sup> En este sentido tenemos que traer a colación cierta doctrina que ve omisión legislativa por el no cumplimiento de la obligación del legislador de mejorar o corregir las normas de prognosis, Badura, Stettner, doctrina que recoge Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, op. cit., p. 1091.

antoja más común que lo anterior. La inacción en estos supuestos no sería una forma de vulnerar la Constitución.

De nuevo, al igual que ocurría con el no cumplimiento de los principios constitucionales, la nota de la generalidad sirve para diferenciar de manera clara estos supuestos de la problemática anudada a la omisión inconstitucional. Una Constitución busca regir y presidir la vida de la comunidad para la que ha sido dada. Conseguir ser el centro y el punto de referencia de todo el ordenamiento jurídico y de su elaboración sistemática exige un sinfín de actuaciones de lo más dispar, que no sólo forman parte del mundo del derecho, aunque sea éste el núcleo primordial. Evidentemente, el adecuado cumplimiento de las obligaciones de desarrollo que contienen determinados preceptos de la ley básica es una pieza esencial en este cometido. Pero no es por sí sola suficiente puesto que se requieren otros muchos comportamientos y actividades, ya sean de particulares o de poderes públicos. Esta exigencia genérica que pesa sobre el Estado es ajena a los presupuestos que pueden originar la idea que queremos transmitir de omisión inconstitucional.

#### K. “Anomia”<sup>79</sup> constitucional

Con esta expresión se alude a la existencia de una omisión en la propia Constitución. Spagna Musso se expresa del siguiente modo para su conceptualización:

Mancanza nell’ambito di una comunità statale, quale che sia il suo regime politico, di disciplina giuridico-costituzionale per specifici rapporti sociali operanti in ordine a materia costituzionale, il vuoto normativo-costituzionale incolmabile anche mediante il ricorso all’applicazione, in via analogica, o di disposti normativi regolanti rapporti sociali similari oppure di principi generali dell’ordinamento giuridico statale.<sup>80</sup>

Resulta evidente que esta idea se conecta de forma ineluctable con la Constitución en sentido material. En efecto, estamos reiterando lo ya expuesto cuando nos referíamos a las lagunas “propias” de la carta magna. Para aceptar lo dicho hay que partir de un concepto material de Consti-

<sup>79</sup> La palabra la tomamos del italiano, en concreto del trabajo de Spagna Musso, Enrico, “Appunti per una teoria giuridica dell’anomia costituzionale”, *op. cit.*, pp. 281 y ss.

<sup>80</sup> *Ibidem*, p. 281.

tución, esto es, de un concepto que anude a la idea de Constitución determinado contenido. La ausencia de alguno de los contenidos que materialmente deber tener un texto básico produciría esta situación de “anomia” constitucional. La distinción con el instituto de la inconstitucionalidad por omisión es, por lo tanto, sencilla, como quedó reflejado más arriba al aludir a las lagunas “propias” en la Constitución, aunque no sea correcto identificar “anomia” con laguna.<sup>81</sup> El problema puede venir por una confusión terminológica ya que el instituto por nosotros estudiado es la omisión inconstitucional y la anomia en la Constitución es una omisión constitucional, si bien este último adjetivo en ese uso no tiene el sentido que comúnmente se le da al mismo (algo acorde con la carta magna) sino que significa otra cosa (perteneciente a la Constitución, o sea, omisión en la propia Constitución).

### L. *Omisión de acto político*

El origen de la doctrina de los actos políticos o de gobierno hay que buscarlo en la labor del Consejo de Estado francés en la época de la restauración de la dinastía borbónica a causa de la crisis en que se había sumido dicho órgano con el derrumbamiento del imperio de Napoleón.<sup>82</sup> Esta primera construcción se realizó siguiendo la teoría del móvil político, de forma tal que cuando los poderes públicos emanaban un acto basado en una finalidad política, ese acto quedaba fuera del control contencioso-administrativo. La evolución determinará el abandono de esta primera doctrina de los actos políticos o de gobierno, imponiéndose la teoría de la naturaleza del acto, en la que se defiende la existencia de una naturaleza diferente entre los actos políticos y los administrativos. Dicha postura dará lugar a la introducción de un listado de materias determinadas exentas de control, listado que poco a poco fue reduciéndose. En cambio, en Italia se mantuvieron posiciones basadas en la causa del acto o en el grado de libertad ostentado por el órgano político. Tampoco faltan opiniones que niegan la existencia científica de esta figura y que achacan su introducción a razones de oportunidad política.

En España tal tema se incluirá en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1956, en concreto en el artículo 2.b, será objeto

81 Para las relaciones entre ambos conceptos, *ibidem*, pp. 287 y ss.

82 Véase Carro Fernández-Valmayor, José Luis, “La doctrina del acto político”, *RAP*, núm. 53, mayo-agosto de 1967, pp. 73 y ss.

de una interpretación restringida por parte de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que va a entender que la función política sólo se manifiesta en las grandes decisiones que toma el Consejo de Ministros y no en los típicos actos administrativos ni en los reglamentos, que serán justificables. Hoy, a la luz de la regulación constitucional (artículos 24.1, 103.1 y 106.1), se niega la virtualidad de la doctrina del acto político, siendo innecesaria cuando no se trata de actuaciones que se originen en la administración.<sup>83</sup>

Al margen de la polémica acerca de la existencia o no en los actuales ordenamientos jurídicos de este tipo de actos y de su misma conveniencia, lo que ahora nos interesa es precisar, aún a sabiendas de no ser demasiado rigurosos en el particular, que un acto político aparece como una decisión del Ejecutivo dada a su arbitrio, por lo que no resulta fiscalizable judicialmente quedando restringida al campo de la responsabilidad política. No hay un encargo al legislador que genere una obligación jurídica de desarrollo concreto sino que es una actuación basada en una obligación política o, a veces, ni siquiera en eso. Por lo tanto, la omisión del dictado de ese acto político no será nunca una omisión inconstitucional con la caracterización que le damos.

### *M. Omisión de la legislación básica en el Estado autonómico*

Dejamos ahora de referirnos a ideas abstractas, desvinculadas de un ordenamiento concreto, para aludir a las leyes básicas relacionadas con el sistema de distribución territorial del poder en España, en concreto con las relaciones entre los ordenamientos estatal y autonómico.

Como es sabido, existen, tanto en la Constitución española como en los Estatutos de Autonomía, una serie de materias cuya regulación jurídica básica debe ser hecha por el Estado, mientras que el desarrollo normativo y la ejecución corresponden a las comunidades autónomas. La determinación de qué es lo básico ha sido hecha por el Tribunal Constitucional de España, a partir de las sentencias 32/1981, del 28 de julio, y 1/1982, del 28 de enero, desde un punto de vista material, o sea, que lo básico se corresponde con las normas que deben ser aplicadas a todo el territorio estatal dado que esta uniformidad legislativa en los puntos esen-

<sup>83</sup> García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo*, op. cit., vol. I.

ciales viene exigida por el interés general. Por lo tanto, lo que define al concepto de bases es su contenido y no la inclusión en una ley calificada como básica. Las bases son así “los criterios generales de regulación de un sector del ordenamiento jurídico o de una materia jurídica, que deben ser comunes a todo el Estado” (sentencia 25/1983, del 7 de abril, fundamento jurídico 4o.) y su objetivo “crear un marco normativo unitario, de aplicación a todo el territorio nacional, dentro del cual las comunidades autónomas dispongan de un margen de actuación que les permita, mediante la competencia de desarrollo legislativo, establecer los ordenamientos complementarios que satisfagan sus peculiares intereses” (sentencia 147/1991, del 4 de julio, fundamento jurídico 4o.).

La omisión de la legislación básica por parte del Estado, a pesar de que puede interpretarse que existe un verdadero encargo al legislador en ese sentido, no constituye una omisión inconstitucional porque no se va a producir una ineficacia de la norma constitucional. En efecto, ante la ausencia de ley de bases en una materia regiría la normativa preconstitucional, lo cual permitiría a las comunidades autónomas, que son, a salvo de la intervención última del Tribunal Constitucional, las que interpretan qué es lo básico en esa normativa preconstitucional, llevar a cabo el desarrollo y la ejecución que la carta magna les concede. Quizá fuera ésta la razón principal para optar por una definición material de legislación básica, ya que de lo contrario se hubiera paralizado la potestad autonómica de desarrollo legislativo.<sup>84</sup> Así, además de rechazar cualquier idea de delegación legislativa, extraña a este fenómeno, se salva la competencia atribuida directamente a las comunidades autónomas por la Constitución y los estatutos de autonomía, y se asegura la eficacia de los preceptos constitucionales, eficacia que excluye de plano la posibilidad de una inactividad vulneradora de la ley fundamental.

<sup>84</sup> En su momento Nieto apuntó que podía evitarse “el peligro de que la pasividad del legislador del Estado bloquee la producción legislativa de las comunidades autónomas” por medio de la “fórmula de dar un contenido material a las normas básicas”, Nieto, Alejandro, “Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional”, *Revista de Administración Pública*, núm. 100-102, vol. I, p. 393. Recogen esta postura tanto Aguiar de Luque (“El Tribunal Constitucional y la función legislativa: el control del procedimiento legislativo y de la inconstitucionalidad por omisión”, *op. cit.*, p. 29) como Ahumada Ruiz (“El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas”, *op. cit.*, p. 179).



Aunque el progresivo dictado de la legislación básica maximiza, por decirlo de algún modo, el proyecto constitucional y da mayor seguridad al sistema, la ausencia de normativa postconstitucional sería una situación de imperfección o, mejor dicho, de no perfección, que no de violación de la ley básica.

La doctrina, en la medida en que el paso del tiempo transforma la situación, ha reclamado la sustitución del concepto material de legislación básica por uno formal, fundamentalmente por pragmatismo y seguridad jurídica, pero tales objetivos no se cumplirían en la medida en que el Estado legisle sin distinción lo básico y su desarrollo, que se aplicaría supletoriamente a la normativa autonómica. La adopción en su momento de un concepto formal sí hubiera podido dar juego a la inconstitucionalidad por omisión dado que impediría la aplicación de la normativa preconstitucional con el consiguiente riesgo de ineficacia del texto fundamental. Pero la adopción de este concepto formal, como queda señalado, no se ha producido, razón por la cual las reflexiones de este subapartado engrosan lo relativo a la delimitación negativa de la institución investigada.

### III. TIPOLOGÍA

La institución de la inconstitucionalidad por omisión da pie a establecer una clasificación de las diversas formas que puede presentar. Esta cuestión no resulta baladí ni de interés simplemente teórico o dogmático sino que posee una gran trascendencia a nivel práctico ya que, por citar un ejemplo, la difícil fiscalización del instituto es mucho más factible en relación a algunas clases y no respecto a otras. No obstante, y para no caer en prolongaciones innecesarias, sólo vamos a detenernos brevemente en cuatro de las clasificaciones que permiten las muchas variables que se podrían traer a colación.

#### 1. *Omisión absoluta y omisión relativa (omisión total y parcial)*

La división que ha tenido más éxito, repitiéndose como un auténtico *topos* en la mayor parte de los trabajos sobre la materia, fue obra del magistrado del Tribunal Constitucional alemán Wessel en un artículo sobre el recurso

de amparo (*Verfassungsbeschwerde*) en la jurisprudencia de ese Alto Tribunal sito en Karlsruhe.<sup>85</sup>

En este trabajo dicho autor, que es considerado el pionero del estudio de la omisión del legislador (“*Unterlassung des Gesetzgebers*”), diferencia entre la omisión absoluta y la relativa al hilo del estudio de la vulneración de derechos fundamentales por parte del poder público. Aunque no aporta definiciones es fácil colegir de sus palabras que la absoluta alude a la *ausencia total de desarrollo de un precepto constitucional*, de ahí que otros autores al abordar esta especie hablen también de omisión *total*, y la relativa hace referencia a la *vulneración del principio de igualdad por olvido de ciertos grupos en la legislación*, por lo que es posible catalogarla como omisión *parcial*. Wessel ve una consecuencia clara en esta diferenciación: la vulneración de un derecho fundamental por omisión absoluta del legislador se niega por principio (“*Wenn die öffentliche Gewalt Grundrechte auch durch Unterlassung verletzen kann, so wird doch eine Grundrechtsverletzung durch ein absolutes Unterlassen des Gesetzgebers grundsätzlich verneint*”), lo que trae como consecuencia en el caso que cita (legislación que dé efectividad al derecho al libre desarrollo de la personalidad) la inadmisión de una demanda constitucional que se basa en semejante inactividad. Frente a ello, las relativas sí son fiscalizables ya que suponen una vulneración inmediata de derecho fundamental por el legislador (“*In derartigen Fällen läge stets eine unmittelbare Grundrechtsverletzung durch den Gesetzgeber vor*”), por lo que procede interponer una demanda constitucional, aunque ésta se fundaría en un actuar positivo del legislador contrario al principio de igualdad, que es a lo que se reconduce en último término, según su opinión, la omisión relativa. Por ello, no estaría legitimado activamente para la interposición de la mencionada demanda en estos casos un individuo perteneciente a uno de los grupos omitidos.

Esta clasificación será recogida posteriormente por parte de la literatura dedicada al tema, aunque en ocasiones no con demasiada fortuna al generalizarse fuera del contexto en que fue establecida (la vulneración de los derechos fundamentales por parte del poder público) y olvidarse que para el autor la omisión relativa no tiene en el fondo entidad propia, sino que se reconduce a una inconstitucionalidad positiva factible de fis-

<sup>85</sup> Wessel, “Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsbeschwerde”, *Deutsches Verwaltungsblatt*, cuaderno 6, 15 de marzo de 1952, p. 164.

calizar. Pero no sólo se recoge sino que también se amplía buscándose subdivisiones dentro de ella. Es el caso de Trocker,<sup>86</sup> que distingue dentro de las absolutas, las omisiones puras, si no existe regulación anterior en la materia, y las impuras, si existe tal normativa. La distinción tiene interés para nosotros porque el concepto que hemos dado de inconstitucionalidad por omisión gira en torno a la ineficacia de la norma del texto fundamental, y la regulación preconstitucional puede terciar, al menos en un principio, de forma favorable a esa eficacia.

Otros, en cambio, han negado la virtualidad de la distinción. En este sentido tenemos a Mortati, que estima tal clasificación pobre desde dos puntos de vista: uno, la falta de toda regulación no es suficiente para impedir una acción que trata de reparar esa situación; dos, las omisiones relativas son perseguibles cuando vulneran una disposición constitucional y no sólo cuando atacan al principio de igualdad.<sup>87</sup>

En España el Tribunal Constitucional se ha enfrentado a supuestos de omisiones relativas en varias ocasiones (por ejemplo, sentencias 24/1982, 72/1984, 98/1985 y 45/1989). Con base en ello, Pérez Royo afirma:

la única *inconstitucionalidad por omisión* que el Tribunal Constitucional admite es la que se deriva de una actividad *incompleta*, de una actividad *omisiva* por parte del legislador... cuando el legislador por mandato constitucional tendría que extender el alcance de una determinada ley a determinadas materias y no lo hace, o cuando al omitir la regulación de determinadas materias produce vulneración de derechos fundamentales, entonces es cuando nos encontramos, según el Tribunal Constitucional, ante una *inconstitucionalidad por omisión*.<sup>88</sup>

Nosotros consideramos útil y aceptable esta diferenciación general entre omisiones absolutas y relativas, es decir, totales y parciales. Mas creemos que estas últimas sí poseen una entidad autónoma que les impide ser simplemente reconducidas a la inconstitucionalidad positiva, aunque ello pueda ser conveniente en ocasiones para facilitar su análisis jurisprudencial. Asimismo, y reforzando lo que acabamos de decir, entendemos que las omisiones parciales no se restringen a la vulneración del principio de igualdad sino que también abarcan una incompleta regulación de un

86 Trocker, Nicolò, "Le omissioni del legislatore e la tutela giurisdizionale dei diritti di libertà (Studio comparativo sui diritto tedesco)", *op. cit.*, pp. 88 y ss.

87 Mortati, Constantino, "Appunti per uno studio...", *op. cit.*, p. 928.

88 Pérez Royo, Javier, "Inconstitucionalidad por omisión", *op. cit.*, p. 3503.

instituto que origine la ineficacia de la norma constitucional y el consiguiente fraude al texto básico. Por lo tanto, a nuestro juicio, en las omisiones relativas o parciales se distinguen estas dos especies: las que infringen el principio de igualdad y las que suponen una deficiente regulación por la ausencia de complitud en la normativa.

## 2. *Omisión formal y material*

Para aportar mayor claridad a lo dicho sobre las omisiones absolutas y relativas, que es la tipología básica, vamos a conectarlas con otra hipotética distinción: omisiones de carácter formal y de carácter material. Las primeras suponen que el legislador ha adoptado una posición total o parcialmente inactiva respecto a un encargo al legislador que por definición necesita regulación de desarrollo. En las segundas la inactividad vulnera el principio de igualdad en tanto que olvida a quien debería igualar a los grupos regulados en la normativa existente.

Relacionemos ahora las dos clasificaciones que llevamos vistas en este apartado. De tal modo, las omisiones absolutas o totales son siempre, en la construcción teórica, de índole formal. En cambio, en las parciales no sucede lo mismo, siendo necesario discriminar entre las que suponen una agresión al principio de igualdad, que son omisiones de carácter material, y las que desarrollan de forma incompleta un precepto constitucional, que son omisiones de naturaleza formal.

La posición de Stahler sobre este punto de las omisiones formales y materiales es un tanto diferente a la que acabamos de exponer puesto que considera que la omisión formal se produce respecto a una materia que en opinión del que censura la omisión necesita regulación y la material se da cuando el legislador no ha efectuado, desde el punto de vista material, la regulación deseada por aquéllos que censuren la existencia de omisión de una determinada materia. Si el legislador simplemente ha quedado inactivo con respecto a un asunto, existirá omisión formal, al mismo tiempo también material, según la opinión del que censura la omisión, si materialmente fuese necesario un acto legislativo en un sentido determinado. De esta manera, toda omisión formal lo es también material. Sin embargo, toda omisión material no es siempre una omisión formal.<sup>89</sup> En nuestra opinión, hacer depender esta tipología de la implicación en la

<sup>89</sup> Stahler, Konrad, *Verfassungsgerichtliche Nachprüfung gesetzgeberischen Unterlassens*, op. cit., pp. 2 y ss.

omisión de personas interesadas en que se dicte la normativa omitida, o, incluso, de la perspectiva que tengan acerca de la necesidad material de que se dicte una normativa, es cuando menos eliminar la virtualidad de la misma.

### 3. *Omisión que afecta a derechos fundamentales y omisión que no les afectan*

Otra distinción que puede entenderse relevante es la que diferencia las omisiones según su incidencia en los derechos fundamentales, lo cual lleva a confrontar las omisiones *que afectan a derechos fundamentales* y las omisiones *que no afectan a tales derechos*. La trascendencia de las primeras es necesariamente mayor por el peso específico que los derechos fundamentales tienen en el concepto de Constitución impuesto hoy en la doctrina. En efecto, una Constitución no es un mero texto que lleva ese nombre, una simple hoja de papel subordinada a la voluntad de los gobernantes de turno tal y como reprochaba Lasalle a sus coetáneos,<sup>90</sup> sino que posee un contenido axiológico determinado, enlazando así con las raíces revolucionarias del término y con el artículo 16 de la Déclaration de Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 (“Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée n'a point de Constitution”). A mayor abundamiento a la hora de subrayar el papel determinante de los derechos fundamentales en la actualidad, cabe decir que la doctrina acerca de los mismos se muestra como base funcional de la democracia.<sup>91</sup> “Por imperativo de las condiciones socioeconómicas —señala Gómez Puente—, la mayor parte de los derechos fundamentales y libertades públicas requieren, para su efectividad, de la intervención de los poderes públicos, habiendo perdido ni-

90 “Las Constituciones escritas no tienen valor ni son duraderas más que cuando dan expresión fiel a los factores de poder imperantes en la realidad social”, Lasalle, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, 3a. ed., Barcelona, Ariel, 1989, p. 119.

91 Häberle, Peter, *Die Wesensgehaltgarantie des art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, C. F. Müller, 3a. ed., Heidelberg, 1983, pp. 355 y ss. En un trabajo posterior este mismo autor señala que “todos los derechos fundamentales tienen un ligamen más o menos estrecho con la democracia, inclusive la libertad a la propiedad: la libertad económica es el presupuesto de la libertad política, como nos ha sido enseñado por el contraejemplo del marxismo-leninismo”, Häberle, Peter, “Recientes aportes sobre los derechos fundamentales en Alemania”, *Pensamiento Constitucional*, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1994, p. 50.

tidez la vieja distinción entre derechos de libertad y derechos de prestación”, dado que “casi todos los derechos y libertades tienen una dimensión prestacional o institucional difícilmente desvinculable de su ejercicio individual”.<sup>92</sup>

La importancia de esa parte dogmática crece en aquellas situaciones en las que la implantación de un texto constitucional choca con una situación anterior regida por valores de diferente signo. Entonces, la aplicación directa de los derechos fundamentales por la práctica jurisprudencial se impone como medio de defensa de los ciudadanos y de efectividad de los citados derechos. Pero esta efectividad, para ser plena, exige algo más, principalmente legislación de desarrollo a nivel sustantivo y, sobre todo, a nivel adjetivo. De ahí que, pese a que el articulado constitucional que recoge los derechos fundamentales sea inmediatamente exigible puede producirse omisión inconstitucional por no llevar a cabo estas necesarias medidas que podemos denominar complementarias. La gravedad de este tipo de omisión queda subrayada en los denominados derechos de segunda y tercera generación que requieren como condición *sine qua non* para su eficacia la interposición del legislador. El “fraude” constitucional puede alcanzar en estos casos cotas verdaderamente inaceptables, lo que chocaría con la acertada afirmación de Hans Peter Schneider: “Difícilmente un Estado constitucional o cualquier otro orden social puede renunciar hoy a garantizar los derechos fundamentales”.<sup>93</sup> De ahí que, como indica Pestalozza, los derechos fundamentales vinculan al poder público en todo su comportamiento, en su hacer y dejar de hacer.<sup>94</sup>

Esta distinción se basa, como vemos, en la discriminación o diferenciación dentro de las previsiones constitucionales, todas normas jurídicas, si bien de distinto talante y peso político-jurídico. Los órganos aplicadores del derecho constitucional, que vienen a ser todos los órganos aplicadores del derecho, deben ser sensibles a esta realidad y traducirla en

92 Gómez Puente, Marcos, *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control*, op. cit., p. 264. El contenido esencial de los derechos es fuente de obligaciones legislativas: derecho a una medida legislativa concreta y derecho a una medida legislativa institucional (*ibidem*, pp. 54 y ss.).

93 Schneider, Hans Peter, “Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 7, enero-febrero de 1979.

94 Pestalozza, Christian, “Grundrechte binden die öffentliche Gewalt in ihrem ganzen Verhalten, in ihrem Tun und Lassen”, *Verfassungsprozessrecht*, 3a. ed., Munich, C. H. Beck, 1991, p. 173.

una jurisprudencia necesariamente perceptible con lo que son y suponen los derechos fundamentales positivizados en la norma suprema.

Esta sensibilidad se ha manifestado en diversas ocasiones y en distintos lugares del mundo. Así, a título de ejemplo, en 1959, la Corte Suprema de Justicia de Argentina en el caso “Buosi” (fallos 244:68) ya señalaba que “cuando una provincia no ha dictado las normas procesales destinadas a proteger un determinado derecho constitucional, en caso de ser éste transgredido o alzarse contra el mismo una amenaza ilegal de tal magnitud que le pusiera en peligro efectivo e inminente, tal derecho no puede quedar indefenso, porque es inconcebible un poder constituido que pueda por desidia o inercia, dejar sin efecto lo preceptuado por el poder constituyente”. Es evidente que la exigencia de actuaciones positivas por parte de los poderes constituidos resulta más clara, si cabe, en el terreno de los derechos fundamentales.

Un problema diferente, pero también relativo a los derechos fundamentales, es el no cumplimiento de las obligaciones de desarrollo que impone la normativa internacional de los derechos humanos. Es el caso, respecto a España, de las exigencias procesales que recoge el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.<sup>95</sup> En ello no vamos a entrar en este momento ya que precisa de un análisis un tanto minucioso dada la peculiar entrada que tienen en cada ordenamiento los tratados internacionales de derechos humanos, que en España gira en torno al artículo 10.2 de la Constitución. Sea como fuere, no parece que la virtualidad hermenéutica de estos textos internacionales respecto a las normas constitucionales relativas a los derechos y libertades fundamentales pueda originar un encargo al legislador. Por lo tanto, no cabe en este tema la omisión inconstitucional. En este orden de cosas, cabe recordar que la sentencia del Tribunal Constitucional español 42/1982, del 5 de julio, estableció que el aludido artículo 14.5 del Pacto mencionado no es bastante para crear por sí mismo recursos inexistentes en el ordenamiento interno.

<sup>95</sup> Véase Gimeno Sendra, Vicente *et al.*, *Derecho procesal. Proceso penal*, Valencia, Tirant lo blanch, 1993, p. 82.

#### 4. *Influencias extrajurídicas: omisión “evitable” y omisión “inevitable”*

Desde un punto de vista que casi se escapa del mundo jurídico, podemos hablar, por decidimos por una terminología difícil de encontrar en este punto, de omisiones *evitables* y aquellas *inevitables*. Con las primeras queremos aludir a las situaciones en las que el legislador no desarrolla los preceptos constitucionales a pesar de que las “condiciones”, en líneas generales, lo permiten. No estamos hablando de supuestos en los que al legislador le basta con dictar una ley y no lo hace pese a ser posible reunir la mayoría suficiente sin ulteriores problemas, sino que nos referimos en este momento a casos en los que la eficacia de tal norma legal queda en entredicho por carecer de dotaciones presupuestarias y otras actuaciones paralelas que podían haberse llevado a cabo en el contexto socioeconómico en el que se produce. Con las segundas, las inevitables, se indican situaciones en las que los factores de corte extrajurídico sobre los que descansa la efectividad del derecho sumen al legislador en la tesitura de no poder desarrollar los preceptos constitucionales. En este sentido, parece que ciertos derechos sociales entrarían en el supuesto dadas las exigencias monetarias y organizativas que pueden suponer, quizás excesivas e inviables en épocas en que el ciclo económico no discurre por una de sus zonas altas. Realmente el tema de los derechos sociales adquiere una complejidad que en este momento nos desborda.

El interés de esta distinción se diluye en imponderables que disculpan o justifican un no actuar que debe tener de todos modos un análisis jurídico. Por otro lado, no dudamos que el grado de responsabilidad política estará supeditado a cuestiones de este tipo, reflexión que nos llevaría directamente al terreno de la ciencia política, lo cual, pese a su indudable interés, se escapa del enfoque que queremos dar al presente trabajo.