

sición y su inevitable intervención en el debate político puede provocar la pérdida del prestigio y autoridad del Tribunal y el debilitamiento de la democracia parlamentaria. Desde este presupuesto, la aportación básica de este trabajo a la extensa bibliografía alemana sobre jurisdicción constitucional es la demostración empírica de que tanto por la «autolimitación política» de la oposición parlamentaria en la llamada al Tribunal Constitucional como por la «autolimitación judicial» de éste en la reso-

lución de cuestiones políticas, la inevitable «judicialización de la política» que conllevan estos procesos constitucionales, incoados por la oposición parlamentaria, no ha provocado en Alemania, más allá de situaciones puntuales, una «politización de la justicia constitucional».

JOSÉ ANTONIO MONTILLA MARTOS
*Profesor titular de Derecho
 Constitucional
 Universidad de Granada.*

MARCOS GÓMEZ PUENTE, *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control*, Madrid: McGraw-Hill, 1997. IGNACIO VILLAVERDE MENÉNDEZ, *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid: McGraw-Hill, 1997. JOSÉ JULIO FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid: Civitas, 1998.

1. El tema capital de las relaciones entre el legislador y el Tribunal Constitucional se proyecta directamente sobre la problemática de la llamada inconstitucionalidad por omisión, cuestión teórica y práctica de crucial importancia donde las distintas aportaciones dejan ver, por mucho que pretenda ocultarse, la concepción previa de la Constitución que se sostiene.

Por lo general, el tratamiento doctrinal de las omisiones legislativas es abordado por quienes pretenden potenciar la función de la Constitución más claramente relacionada con las obligaciones de legislar, esto es, la denominada función programática (en términos de I. De Otto, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987, p. 41 y ss.), conectada a su vez, sobre todo, con el Estado social y con los derechos de prestación derivados de este elemento central de nuestra forma de Estado (por todos, J.J. Gomes Canotilho, *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, Coimbra editora, Coimbra, 1982). Dicho sea

de entrada y con la mayor claridad: para nosotros es ésta la forma más adecuada de enfocar la problemática de la inconstitucionalidad por omisión, institución seguramente insustituible (pese al escepticismo que normalmente la acompaña: por todos, J.L. Cascajo Castro, *La tutela constitucional de los derechos sociales*, CEC, Madrid, 1988, pp. 83-84) en la necesaria adecuación de la actividad legislativa al principio del Estado social, a todas luces minusvalorado por nuestra *praxis* política y por la mayoría de nuestra doctrina. Que de un mayor peso de la institución de la inconstitucionalidad por omisión en nuestro Derecho constitucional se deriven consecuencias (que en todo caso no deberían exagerarse) para el modelo de relaciones entre el legislador y el Tribunal Constitucional, en la línea de dotar de un mayor protagonismo al segundo, es algo muy a tener en cuenta pero en todo caso accesorio o derivado del problema principal que es, insistimos, el del Estado social. Pretender eludir este problema con argumentos procesales fundados en una

concepción quizás anticuada y desde luego unilateral de la democracia no nos parece de recibo, por afectar gravemente a la fuerza normativa de gran parte de la norma fundamental.

Ahora bien, no es la aludida la única forma de aproximarse al problema. Otras perspectivas son igualmente posibles, como vamos a ver de inmediato. Sin embargo, la pretendida originalidad de esas otras perspectivas no podrá eludir las cuestiones que tradicionalmente siempre han fundamentado la institución: se quiera o no, de las tesis que se sostengan en torno a ella va a depender no sólo el modelo finalmente resultante de relaciones entre el legislador y el Tribunal Constitucional, sino también y sobre todo, la más eficaz garantía de la Constitución misma, al menos en cuanto al cumplimiento de una de sus funciones más características, la de dar satisfacción a las demandas sociales más acuciantes, desde el entendimiento de la norma fundamental como proyecto social siempre inacabado y en permanente tensión con la realidad que pretende transformar.

La inconcebible tardanza de nuestra doctrina en enfrentarse en profundidad (pues no faltaban breves artículos doctrinales de interés) con este tema se ha visto afortunadamente saldada con la publicación, casi simultánea, de tres libros recientes de excelente factura, de los que pretendemos aquí dar breve noticia, intentando poner a sus autores en una cierta situación de diálogo, práctica imprescindible en cualquier avance científico y que en este caso sólo ha podido ser ejercida parcialmente por el tercero de ellos (el libro del profesor de la Universidad de Santiago Fernández Rodríguez es posterior a los otros dos, pero tan sólo hace a ellos puntuales referencias, sin entrar con el necesario detalle en el análisis de sus planteamientos). Advertiremos antes de nada que estamos en presencia de tres trabajos muy distintos tanto en su contenido como en sus conclusiones, lo que nos da ya una primera idea de la comple-

jididad del problema abordado. Por nuestra parte, no pretenderemos exponer aquí una cuarta tesis sobre la cuestión (no podríamos en cualquier caso hacerlo en el estrecho marco de una recensión), sino tan sólo destacar los puntos comunes y los de discrepancia entre ellos, poniendo sobre todo de manifiesto los interrogantes que quedan aún por resolver, y que no son otros que los tradicionales de la institución objeto de estudio. En el contexto de este comentario, enmarcado en un número monográfico relativo a la justicia constitucional, nos centraremos básicamente, por un lado, en el concepto de omisión legislativa inconstitucional que se mantiene y, por otro, en las específicas formas de control por el Tribunal Constitucional que a dicho concepto se anudan.

2. Punto de partida inexcusable es por supuesto el concepto de omisión legislativa inconstitucional. Ante todo, conviene precisar que en uno de los tres libros comentados, concretamente el de Gómez Puente (profesor en la Universidad de Cantabria), se aborda en realidad una temática más amplia, la de la inactividad legislativa en general, no necesariamente inconstitucional. Bien es cierto que, desde una concepción generosa de lo inconstitucional podrían incluirse (y a la postre así se hace en la obra citada: capítulos III, IV y V) en la categoría, en primer lugar, los supuestos de incumplimiento de las obligaciones de legislar implícitas en la competencia estatal de dictar las bases sobre materias determinadas (art. 149.1 CE) y en el principio de supletoriedad (art. 150.3 CE) y, en segundo lugar, los casos de retraso en la aprobación de las leyes exigidas por el Derecho comunitario (por las directivas, fundamentalmente), supuestos estos últimos que encontrarían indirecto sustento en el artículo 93 CE. Ahora bien, lo primero resulta discutible a partir, respectivamente, del concepto material de bases y de la controvertida STC 61/1997 (que, como es sabido, reduce de forma

drástica el contenido obligatorio del principio de supletoriedad) y lo segundo implica una interpretación a buen seguro realista pero excesivamente abierta del artículo 93, que podría poner en peligro el mismo concepto formal y democrático de Constitución, que sigue siendo el dominante. En cualquier caso, el concepto tradicional de omisión legislativa inconstitucional parece excluir estas situaciones (así, Villaverde, pp. 209-215 y, más claramente, Fernández Rodríguez, pp. 103-105 y 111-113), y nosotros también las excluimos de nuestro análisis, ya que pretendemos antes atender al mínimo común denominador en los temas abordados por los tres autores que realizar un exhaustivo análisis de sus diferentes tesis. Querríamos no obstante dejar constancia de que especialmente el problema de las obligaciones de legislar derivadas del Derecho comunitario es de importancia capital, por lo que nuestra doctrina debería continuar con su análisis.

La forma habitual de enfocar el concepto de omisión legislativa inconstitucional es la que Villaverde (profesor en la Universidad de Oviedo) denomina tesis obligacional, según la cual «el juez competente controlará el incumplimiento por el legislador de sus obligaciones de legislar sobre ciertas materias que la Constitución le impone de forma expresa y concluyente» (p. 97). Parte en consecuencia esta tesis de la existencia en la Constitución de mandatos al legislador, lo cual nos parece irrefutable, a menos que quiera hacerse prevalecer una determinada concepción de la Constitución sobre su contenido concreto, que innegablemente incluye este tipo de normas, como la doctrina unánimemente reconoce (por todos, J.L. Requejo Pagés, «Mandato al legislador», *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1994, p. 4161-4163).

Este planteamiento «obligacional» es el seguido por Gómez Puente y por Fernández Rodríguez. El primero no elabora un concepto claro de los deberes consti-

tucionales que exigirían la actuación del legislador, aunque realiza una enumeración genérica de todos ellos, incluyendo en su seno los «deberes de legislar deducidos de derechos fundamentales» (p. 44 y ss.), las garantías institucionales (pp. 74-75) y los principios rectores de la política social y económica (pp. 76-84). El segundo, por su parte, se esfuerza algo más en concretar el alcance de lo que él denomina encargos al legislador, término éste que prefiere al más extendido (Santamaría Pastor, Rubio Llorente, Fernández Segado, etc.) de mandatos al legislador. Tras afirmar con razón que la innegable existencia de este tipo de normas es «el más poderoso argumento justificador de la omisión inconstitucional» (p. 146) y que por definición «se produce una conexión directa entre la idea de encargo constitucional y la de obligación de legislar» (p. 153), el profesor de Santiago definirá, con expresión algo alambicada, al encargo constitucional como aquella «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» (p. 147). A partir de una definición tan amplia, el problema residirá en determinar exactamente cuándo estamos en presencia de un encargo en sentido estricto, habida cuenta de la gran amplitud y heterogeneidad de las fórmulas presentes en el texto constitucional. Para Fernández Rodríguez, el encargo al legislador «no tiene por qué constar de forma expresa y tajante en la disposición constitucional sino que puede derivarse de su misma estructura o formulación» (p. 152), concepción amplia con la que coincidiría Gómez Puente, pues éste parece incluso admitir que del artículo 9.2 podrían deducirse obligaciones al legislador (pp. 22-23). Como fácilmente se advierte, es mucho todavía lo que debería precisarse para que el concepto nos permitiera detectar con seguridad la presencia de obligaciones de legislar; más adelante volveremos sobre este problema,

relacionado con la determinación del contenido de los derechos fundamentales.

Por su parte, Villaverde se muestra radicalmente contrario a las llamadas tesis obligacionales. Merece sin duda la pena explicar con algún detalle su posición, bien construida y sumamente original, que se enfrenta al enfoque habitual al que aludíamos al comienzo: no sitúa el problema en el marco de la función programática sino en el de la función democrática de la Constitución, en principio opuesta por definición a todo reconocimiento de las omisiones legislativas inconstitucionales (así, J. Pérez Royo, quien llegará a sostener enfáticamente que «la inconstitucionalidad por omisión no existe»: «Inconstitucionalidad por omisión», *Enciclopedia...*, cit., p. 3501). A nuestro entender, el convencimiento del profesor de Oviedo en lo desacertado de la tesis convencional (según la cual la existencia de una obligación de legislar sería el único fundamento posible de la institución), le lleva a excederse frecuentemente en la crítica a la misma, haciendo tal vez decir a ésta lo que no siempre dice (la crítica se realiza globalmente, sin mención específica a las construcciones de los diversos autores); así, según Villaverde las tesis obligacionales:

a) parten de la existencia de una «estricta vinculación positiva a la Constitución» (p. 106), de un «deber de legislar expreso y concluyente» (p. 98). Ahora bien, no siempre es así, como hemos visto: tanto Gómez Puente como Fernández Rodríguez hablan de obligaciones tácitas o implícitas de legislar, en particular en relación con los derechos fundamentales.

b) construyen «un novedoso concepto de reserva de ley» (p. 99). En realidad, no suelen aludir los autores globalmente criticados a la reserva de ley; más bien consideran que reserva de ley y mandato al legislador son normas distintas (Gómez Puente, pp. 41-44), aunque puedan eventualmente coincidir en un único precepto constitucional.

c) consideran que el silencio legislativo es fruto de una decisión política y que

la naturaleza política del problema se eliminaría convirtiendo al legislador en ejecutor de la Constitución (p. 111). Si bien lo primero suele ser cierto (la naturaleza política de la labor de desarrollo de la norma fundamental nos parece innegable), no siempre sucede lo mismo con lo segundo: ejecución parece sinónimo de actuación incondicionada, por lo que el término suele rechazarse por principio (así, Fernández Rodríguez, p. 152) y siempre se reconoce un amplio margen del legislador (de «discrecionalidad variable» y «libertad de apreciación» habla Gómez Puente, pp. 40 y 78 respectivamente) en el cumplimiento de sus obligaciones. En todo caso, nada tendríamos que objetar al reconocimiento de una actividad legislativa de ejecución de la Constitución, siempre que la misma quedara estrictamente circunscrita al desarrollo inexcusable de la norma fundamental; la práctica totalidad de las normas legales quedarían fuera de este supuesto.

d) entran «en contradicción con la apertura constitucional exigida por el principio democrático» (p. 106), apreciación sin duda razonable, pero que presupone una primacía tan absoluta del principio democrático que pone en cuestión el dato incontestable de la presencia de diferentes elementos, eventualmente contradictorios entre sí, en nuestra forma de Estado y de la consecuente necesidad de su interpretación conjunta: por lo que aquí interesa, el Estado democrático puede eventualmente limitarse ante la necesidad de preservar un contenido mínimo del Estado social (Gómez Puente, p. 72; Fernández Rodríguez, p. 196), lo que no implica únicamente una concepción «social» de la democracia (en términos de A. Garrorena Morales, *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 204 y ss.) sino también la satisfacción de unas mínimas necesidades, que quedarían así fuera de la «garantía de posibilidades» ofrecida por el texto constitucional, situándose por tanto en la esfera

de lo «no decidible por la democracia política» (C. De Cabo Martín, *Contra el consenso*, UNAM, México, 1997, p. 240 y, últimamente, L. Ferrajoli, *Derechos y garantías*, Trotta, Madrid, 1999, *passim*).

En última instancia, la crítica de Villaverde a la existencia de *auténticas* obligaciones de legislar radicaría seguramente en el concepto de obligación que se mantiene, cuestión que en todo caso nos parece básicamente terminológica (razonable aquí la posición, más flexible, de Gómez Puente, en pp. 23-25); como de inmediato vamos a ver, el profesor de Oviedo de hecho acabará reconociendo algo muy similar a lo afirmado por las tesis obligacionales.

Conviene pues, al margen de lo exagerado o no de la crítica de Villaverde a las tesis obligacionales, precisar (resumiendo y por tanto inevitablemente simplificando) algo más su particular concepto de la omisión legislativa inconstitucional, que desarrolla en una tesis algo arriesgada y formalista, en cuanto pretende «juridificar» (o «despolitizar») el problema, pretendiendo con cierta ingenuidad «permanecer del lado objetivo» (p. 5) y eliminar así lo ineliminable: el carácter esencialmente político del Derecho constitucional. Para el profesor de Oviedo, el fundamento de la inconstitucionalidad por omisión no ha de buscarse en el Estado social sino en el Estado democrático (p. 2). No existen en rigor obligaciones de legislar (sí en cambio «normas constitucionales imperativas», p. 66, no del todo definidas y cuya diferenciación con los mandatos al legislador se nos antoja en exceso sutil), lo que resultaría contradictorio con la idea de Constitución abierta que se presupone y sólo podrá hablarse de silencios legislativos inconstitucionales cuando «el legislador [...] desplaza al Pueblo soberano y se transforma en poder constituyente, es decir, si con su silencio altera el contenido normativo de la Constitución» (p. 3), de tal forma que «lo que debe ser controlado no es el hecho en sí del silencio, sino sus con-

secuencias normativas» (p. 7). Mucho nos tememos, sin embargo, que la cuestión central que tradicionalmente la inconstitucionalidad por omisión trataba de resolver, la del Estado social, expulsada por Villaverde por la puerta, penetre de nuevo por la ventana cuando hayan de concretarse las situaciones en las cuales la Constitución resulta incumplida. Además, ¿era realmente necesario criticar las tesis obligacionales para desarrollar la teoría de que lo inconstitucional no es el incumplimiento de una obligación de legislar sino la alteración del contenido normativo de la Constitución? Si al final el intérprete, como en las tesis obligacionales, ha de determinar (esta vez con mayor «dosis de inconcreción», como señala Fernández Rodríguez) igualmente lo ordenado por la Constitución, ¿no hemos realizado el viaje en balde? Al final nos queda la duda de si lo realmente pretendido con tan alambicada construcción era en realidad dificultar el control de las omisiones legislativas, que es el resultado al que parece conducir (partiéndose tal vez, de la mano de De Otto, de la implícita desconfianza en la función programática de la Constitución): así lo afirma al menos Fernández Rodríguez en su contundente crítica al trabajo del profesor de Oviedo: «se desconocen la mayor parte de situaciones de ineficacia del texto constitucional por no desarrollo, pues éstos no suelen modificar la Constitución sino privarla de plena eficacia» (p. 79).

En definitiva, con independencia de la construcción defendida (todos tienen su parte de razón, aunque, como se desprende de cuanto venimos señalando, nosotros coincidiríamos más bien con los planteamientos de Gómez Puente y Fernández Rodríguez), la problemática que subyace a cualquier concepto de la omisión legislativa inconstitucional vendría a ser esencialmente la misma: el profesor de Cantabria lo indica claramente sin resolverlo del todo después: «la determinación de la existencia de los [...] deberes jurídicos que pesan

sobre el legislador y [...] la precisión de sus contenidos, especialmente cuando no gozan de formulación positiva explícita» (p. 20).

Pues bien, ¿cuándo se plantea realmente el problema de la inconstitucionalidad por omisión? ¿en qué están generalmente pensando quienes insisten en defender esta institución? Salvo en los supuestos puntuales (las diez leyes «concretas» que, a juicio de Fernández Rodríguez quedarían por dictar, p. 503), que no plantean especiales problemas (los cuales, en todo caso, desaparecerían una vez dictada la ley correspondiente, haciendo válida la famosa frase de von Kirchmann), la cuestión central a resolver, ésta sí en esencia permanente, sería la de la diferenciación entre lo constitucionalmente obligatorio y lo constitucionalmente aconsejable. Evidentemente, siempre existirá una zona fronteriza y difusa entre ambas situaciones, pero la doctrina debería esforzarse en evitar en lo posible la extensión de esa zona, que en nada ayuda a la seguridad jurídica ni a la fuerza normativa de la Constitución. El problema, lejos de resultar anecdótico o coyuntural, se presenta frecuentemente; junto a los casos relacionados con el principio de igualdad (uno de los grandes temas pendientes de nuestra doctrina, directamente conectado con el de la inconstitucionalidad por omisión), al menos en dos supuestos clave (estudiados en profundidad por la doctrina alemana, imprescindible para todo aquel que quiera con seriedad adentrarse en ésta y en cualquier otra cuestión de teoría general de los derechos fundamentales):

a) la determinación del mínimo contenido prestacional de los derechos fundamentales. En relación con los derechos que responden sobre todo (coincidimos con Gómez Puente en que «los derechos fundamentales serán *predominantemente* prestacionales o de libertad», p. 44) a una estructura típicamente prestacional (educación, salud, vivienda, etc.) y con aquellos derechos de defensa que admiten

contenidos de esta naturaleza (prácticamente en favor de todos ellos resultaría en principio posible la ayuda, por lo general económica, del Estado: financiación de las confesiones religiosas, subvenciones a la prensa, a centros educativos privados, a determinadas asociaciones, etc.), se plantea el problema de distinguir entre las prestaciones judicialmente exigibles, por formar parte del *contenido mínimo* del derecho y las prestaciones no judicialmente exigibles, por formar parte de su *contenido adicional*. Una vez determinado (según los métodos comunes de interpretación jurídica y los propios de la interpretación constitucional: no hay otro modo) el alcance de las primeras, el legislador estaría constitucionalmente obligado a permitir su exigibilidad judicial, incurriendo, en caso de no hacerlo, en una omisión inconstitucional.

b) la determinación del contenido adicional de los derechos fundamentales y, en general, de los deberes estatales de protección integrantes de su contenido objetivo: el legislador está también obligado a adoptar acciones positivas (obligaciones de la Administración en última instancia, como con acierto recuerda Gómez Puente, p. 82) encaminadas a la mejor garantía de los derechos, aunque no resulten judicialmente exigibles por los particulares directamente afectados. Los aludidos deberes pueden aparecer enunciados de forma expresa (p. ej., art. 45.2 CE) o entenderse implícitos en el reconocimiento abstracto de cada derecho (p. ej., art. 15 CE, que según la STC 53/1985 incluye un mandato constitucional de protección de la vida no jurisdiccionalmente exigible). Más discutibles resultan ser los mandatos de actuación no conectados con derechos fundamentales, que con frecuencia resultan relativizados (Gómez Puente, p. 78 y, sobre todo, Villaverde, p. 105 y, más claramente aún, Fernández Rodríguez, pp. 366-367); no insistiremos aquí por tanto sobre ellos, pese a considerar que contienen más densidad normativa que la que normalmente se cree (adelanta-

mos ya esta tesis en *La ordenación constitucional del medio ambiente*, Dykinson, Madrid, 1995, *passim*).

Gómez Puente es quien con mayor detalle se enfrenta con estos problemas. Para él, en inevitable referencia a Häberle, existen «deberes de legislar deducidos de derechos fundamentales» (p. 44 y ss.), lo que es válido además para los derechos de libertad, pues estos «exigen también la creación de de las condiciones sociales y económicas que hacen de los derechos [...] realidades efectivas» (p. 47) y para las figuras contenidas en el capítulo tercero del título primero, que no guardan en esto «diferencia respecto de los derechos fundamentales» (p. 77). Los aludidos deberes de legislar parecen fundamentarse en la existencia de un «mínimo prestacional constitucionalmente garantizado» (p. 56), de forma tal que podrían darse «situaciones en las que la efectividad de un derecho fundamental [...] exija una actuación legislativa o un desarrollo legal previo por la naturaleza de la actividad a realizar en ejercicio de aquél, de modo que, la omisión, de producirse, afectaría a dicho contenido mínimo» (p. 58). Al margen de nuestra discrepancia con la utilización aquí de la categoría del contenido esencial (pensada sobre todo como defensa frente al legislador y por ello distinta, a nuestro juicio, a la función característica del contenido mínimo), creemos que el problema central subyacente a la inconstitucionalidad por omisión está muy bien apuntado. Ahora bien, lamentablemente, tras enunciar la aludida problemática, ésta no se desarrolla en profundidad después.

Por su parte, Villaverde, buen conocedor de la doctrina alemana, realizará a estos problemas tan sólo referencias puntuales (así, en las notas en las pp. 66 y 131-132 y, sobre todo, al admitir en las pp. 106 y 136-137 el «residuo de eficacia de la Constitución» en los casos de silencio legislativo, sobre todo en materia de derechos sociales). Todavía de forma más tangencial se referirá Fernández Rodríguez a esta

cuestión al indicar escuetamente que las omisiones que afectan a derechos fundamentales son más importantes que las que no les afectan (pp. 17-121).

En definitiva, pese al considerable esfuerzo realizado, en especial por el profesor de Cantabria, parece que los libros comentados dejan la investigación un tanto a medio camino, quedando la cuestión clave sin resolver. Tal vez la problemática señalada (indudablemente compleja y de difícil solución) iba más allá del objeto de estudio o hubiera excedido considerablemente los fines pretendidos, motivos ambos plenamente legítimos para no enfrentarse con detenimiento a ella. Téngase además en cuenta que la solución va a depender generalmente de las peculiaridades de cada concreta obligación de legislar, resultando difícil (aunque no imposible) establecer criterios generales. Por ello, no hemos pretendido aquí en modo alguno criticar supuestas carencias en obras que, repetimos, son muy meritorias, sino tan sólo dejar constancia de nuestra opinión sobre el camino a seguir para el desarrollo futuro de la institución de la inconstitucionalidad por omisión.

3. Vayamos por último, tras esta larga pero imprescindible introducción y dejando necesariamente de lado otras muchas cuestiones importantes, al problema del control por el Tribunal Constitucional de las omisiones legislativas inconstitucionales, tema éste que a la postre justifica la presencia de esta recensión en el número monográfico de *Teoría y realidad constitucional* que el lector tiene entre manos. Siguiendo a Villaverde, conviene para ello distinguir entre dos supuestos, sujetos respectivamente a diferentes regímenes jurídicos:

3.1. Control de las omisiones absolutas, en las que el legislador ha omitido toda regulación. Entendiendo, como normalmente se hace, el concepto opuesto, el de omisión relativa, en un sentido amplio

(existencia de una ley, anterior o no a la Constitución, que regule, aunque sea de forma indirecta, la materia en juego), se entenderá que los supuestos de omisión absoluta van a ser muy escasos, pues por lo general existirá una norma legal relacionada con el mandato constitucional (véase, p. ej., el amplio catálogo contenido en el libro de Fernández Rodríguez de las leyes relativas a los principios rectores de la política social y económica: pp. 368-374).

En relación con los escasos supuestos de omisión absoluta que pudieran plantearse, es el profesor de Oviedo quien con mayor detalle se ocupa de la eventual introducción en nuestro Derecho de un recurso específico para su control, habida cuenta de que en la LOTC son muchas las dificultades para admitirlo, al exigir ésta un objeto concreto de control. A su juicio, la introducción de tal recurso específico resultaría del todo inconveniente, pues desembocaría en un juicio de oportunidad (p. 180) o en las recomendaciones al legislador, que califica de mecanismo ilusorio (p. 183) y, en cualquier caso, tal hipotético recurso resultaría poco o nada compatible «con la libertad que debe regir el debate político». Por todo ello, concluirá tajantemente Villaverde que, con la salvedad de la posible (apenas apuntada, en p. 189) utilización aquí del recurso de amparo, «La sede que se presenta como la más adecuada y práctica para realizar el control de una omisión inconstitucional absoluta es la del juez ordinario, y con motivo de los actos de ejecución de la norma implícita derivada del silencio del legislador que lesionan una posición jurídica constitucionalmente garantizada» (p. 188). Pues bien, a nuestro juicio, el riesgo que pretende evitarse (el del control político del legislador por el Tribunal Constitucional) quizás se evita con esta posición, pero dando lugar a cambio a peligros mayores: el de la interpretación, también política (inevitable cuando de la Constitución se trata; fundamentales las apreciaciones de Gómez Puente en p.

95, que plenamente suscribimos) realizada por la jurisdicción ordinaria y, sobre todo, el del desplazamiento del control de constitucionalidad de las leyes de su sede natural (el Tribunal Constitucional) hacia un control difuso dudosamente compatible con nuestro modelo constitucional, sin olvidar la inseguridad jurídica que produciría, reconocida por el propio Villaverde. Por todo ello, creemos que, como sucede en otros ordenamientos (oportunamente estudiados por Fernández Rodríguez, p. 241 y ss.) no estaría de más la introducción, mediante una reforma de la LOTC, de algún instrumento específico de control de las omisiones absolutas para casos excepcionales, que contribuiría a paliar en gran parte los aludidos problemas. Una regulación bien diseñada de este recurso especial, con una legitimación limitada y que evitara otorgar un excesivo papel al Tribunal Constitucional (reduciendo, p. ej., su fallo al de la mera constatación de la omisión, sin introducir recomendaciones) nos parecería en definitiva muy conveniente, si bien reconocemos que el control en este caso resultaría ser más de naturaleza política que jurídica.

3.2. Control de las omisiones relativas, en la práctica las más frecuentes. Sobre este tema, eliminado el problema de la ausencia de vía procesal desde una flexible interpretación del objeto de control, era inevitable que se produjeran conflictos ante el Tribunal Constitucional. Gómez Puente y, sobre todo, Fernández Rodríguez, realizan un ajustado resumen de la doctrina jurisprudencial al respecto, la cual, siguiendo con alguna libertad al segundo de los citados (pp. 411-446) podría resumirse en dos puntos básicos:

a) el Tribunal Constitucional admite la existencia de la institución de la inconstitucionalidad por omisión, aceptando la tesis obligacional, como reconoce el propio Villaverde (p. 98), así como la presencia de obligaciones de legislar en el capítulo tercero del título primero.

b) en diversas ocasiones, el alto tribunal ha controlado la inactividad del legislador, haciendo uso de técnicas diversas, las cuales fueron ya convenientemente sistematizadas hace años por M.A. Ahumada Ruiz en un importante trabajo («El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas», *RCEC*, n.º 8, 1991). Normalmente se refieren a supuestos relacionados con la igualdad en la ley o con el contenido positivo (más que prestacional en sentido estricto) de determinados derechos de defensa (objeción de conciencia, libertad de expresión, derecho de reunión y derecho a la intimidad; por cierto, Fernández Rodríguez olvida mencionar la fundamental STC 53/1985, sobre la inconstitucionalidad de la Ley de despenalización parcial del aborto por la falta de garantías —omisión relativa, por tanto— suficientes del derecho a la vida), sin que se aprecien decisiones jurisprudenciales relevantes ni sobre derechos de prestación ni sobre prestaciones propiamente dichas conectadas a derechos de libertad. Falta así una doctrina del Tribunal Constitucional tanto del mínimo contenido prestacional de los derechos como del deber estatal de protección de los derechos fundamentales.

Descrita de este modo la jurisprudencia, los profesores de Santiago y Cantabria evitan un planteamiento globalmente crítico sobre la misma. Sin embargo, en la garantía del Estado social, objetivo último, según dijimos, de la institución de la inconstitucionalidad por omisión, es mucha la responsabilidad que al Tribunal Constitucional ha de atribuirse. La ausencia de un planteamiento crítico a este respecto en la obra de Fernández Rodríguez, quien expresamente califica a la jurisprudencia como «correcta» (p. 445), podría resultar comprensible, habida cuenta de que este autor no formula con precisión su concepción previa de los derechos de prestación, que en todo caso aparecen algo minusvalorados desde su relativizadora concepción de todo el capítulo tercero del título primero, enfrentándose aquí incluso a las tesis de su maes-

tro Fernández Segado (pp. 366-367). Ahora bien, no sucede lo mismo en el caso de Gómez Puente, quien, pese a sustentar una concepción avanzada de dichos derechos, tampoco critica a fondo los resultados a los que ha conducido la doctrina del alto tribunal, pese a su genérica llamada, después no concretada, a «la ampliación de la función de la jurisdicción constitucional» (p. 96), cuya práctica se ha demostrado «probablemente insuficiente» (p. 98; el subrayado es nuestro). Creemos que con planteamientos de este tenor se escamotea en parte el problema de fondo al que tradicionalmente la institución de la inconstitucionalidad por omisión pretendió hacer frente y que a nuestro juicio está todavía por resolver. Parece así que el objetivo buscado (claramente al menos por el profesor de Cantabria: «Es el legislador quien más tiene que decir en la construcción del Estado social», p. XXXI), cuya consecución queda finalmente en manos del Tribunal Constitucional, resulta en gran parte malogrado al no realizarse una crítica rigurosa y sistemática de los escasos resultados obtenidos: nadie discute ya que nuestro alto tribunal no ha sido especialmente avanzado en esta materia (por todos, M.A. Aparicio Pérez, «El Estado social en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional»; en G. Cámara Villar y J. Cano Bueso (eds.), *Estudios sobre el Estado social*, Tecnos, Madrid, 1993).

Aquí es donde la tesis de Villaverde podría a nuestro juicio ser de utilidad: su muy rigurosa construcción, pese a algunos defectos criticados (amplios poderes de control de constitucionalidad por parte de los tribunales ordinarios, excesivas dosis de formalismo, etc.), nos ofrece una vía idónea, muy sugestiva y avanzada, para proseguir en el camino de la necesaria perfección del control de las omisiones relativas inconstitucionales (sobre todo, pero no exclusivamente, en relación con los derechos sociales), sea desde el propio Tribunal Constitucional, sea (si el anterior no lo hace) desde la jurisdicción ordinaria, que aparece en su obra claramente poten-

ciada (capítulo V). Sin que pueda desde luego menospreciarse la utilización de otras técnicas de control, que deberían resultar compatibles con las que él propone, y dejando al margen la peculiar concepción de la Constitución que sostiene (concepción que creemos no guardan relación necesaria con su propuesta concreta de control), el profesor de Oviedo aporta una solución a tener muy en cuenta en el futuro: siguiendo su tesis de la existencia de una norma implícita derivada de la omisión, se sostendrá que la vía más idónea a utilizar será la de las sentencias interpretativas (para, a partir de aquí, en difícil pirueta procesal, añadir que éstas deberán ser además del tipo de las «parcialmente desestimatorias genéricas», pensando con cierta ingenuidad que los tribu-

nales ordinarios se van a sentir de hecho vinculados por la eficacia *erga omnes* de los fundamentos jurídicos en ellas contenidos: pp. 196-205). Aunque contamos así con una nueva y más depurada técnica de control, dotada de grandes posibilidades de desarrollo, mucho nos tememos que, por muchos instrumentos procesales que se ofrezcan, el problema subyacente a la inconstitucionalidad por omisión seguirá sin solución hasta que el Tribunal Constitucional y la doctrina dominante (apegada todavía a una concepción básicamente liberal de la Constitución) tomen conciencia política del mismo.

GUILLERMO ESCOBAR ROCA

*Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Alcalá*

EDGAR CORZO SOSA, *La cuestión de inconstitucionalidad*, con prólogo de MANUEL ARAGÓN REYES, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998

Sólo recientemente comienza a darse cierta comunicación entre el Derecho constitucional español y el iberoamericano. Lo evidencia así la realización de encuentros internacionales a estos efectos, de los que es muestra el volumen colectivo *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica* –Dykinson, Madrid, 1997–, y, de forma más constante y progresiva, el contacto directo y recíproco de la doctrina constitucional de uno y otro lado del Atlántico con el consiguiente reflejo de estudios al amparo de una perspectiva eminentemente comparada –por ejemplo, Alvaro Magaña o Diego Valadés–. Ello responde, más allá de una Historia y una tradición cultural común –que a nivel constitucional remonta sus orígenes a la Constitución española de 1812–, a la cada vez mayor influencia constitucional europea en Iberoamérica frente a la preponderancia del constitucionalismo

norteamericano allí, y, por tanto, a la aparición de instituciones que engarzan elementos de ambos modelos constitucionales. Y es que el análisis comparado, además de considerarse como el sexto criterio de interpretación jurídica –Peter Häberle–, resulta especialmente adecuado para la articulación y síntesis constitucional de institutos que responden a tradiciones y patrones jurídicos diferentes.

En este marco es donde cabe contextualizar el estudio que sobre la cuestión de inconstitucionalidad –art. 163 CE– nos ofrece Edgar Corzo Sosa –como expresamente pone de manifiesto Manuel Aragón Reyes en el prólogo al mismo–, ya que dicho análisis responde originariamente a la intención del autor de ofrecer una visión general de la cuestión de inconstitucionalidad en España, con la que incitar un debate en México en torno a la posibilidad de trasla-