

## CRÍTICA DE LA LLAMADA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

CARLOS RUIZ MIGUEL (\*)

SUMARIO: 1. PRESUPUESTOS CONCEPTUALES. A) La insuficiencia de la concepción judicialista del Derecho. B) La relatividad del valor jurídico de la Constitución. C) El carácter no monopólico de la defensa de la Constitución. D) La separación de poderes como dogma constitucional. E) El control de la actividad del legislador en el esquema de la separación de poderes.— 2. LAS APORÍAS SUSTANTIVAS DEL CONTROL DE LA INACTIVIDAD DEL LEGISLADOR.— 3. LAS APORÍAS ORGÁNICO-PROCEDIMENTALES DEL CONTROL DE LA INACTIVIDAD DEL LEGISLADOR.— 4. REFLEXIONES FINALES.— 5. BIBLIOGRAFÍA.

---

(\*) Profesor titular de Derecho Constitucional. Universidad de Santiago de Compostela (España).

## 1. PRESUPUESTOS CONCEPTUALES

### A) *La insuficiencia de la concepción judicialista del Derecho*

Resulta claro que no es este trabajo el lugar para estudiar en profundidad el concepto de Derecho, pero no es menos cierto que, a los efectos del mismo, puede plantearse aquí uno de los tópicos más relevantes de la Teoría del Derecho, a saber, en qué medida puede tomarse como punto de partida la concepción judicialista del Derecho. La asunción o el rechazo de la misma tendrá consecuencias relevantes a los efectos de este estudio. Esta concepción, que tiene un antecedente remoto en la teoría del Derecho de Calvino (Elías de Tejada, p. 137 ss.) y un antecedente próximo en la escuela del realismo jurídico norteamericano (Oliver Wendell Holmes, Jerome Frank), sostiene la tesis de que «Derecho es lo que dicen los jueces». De acuerdo con la misma, para poder hablar de Derecho, tiene que haber una pretensión judicializable, de suerte que cuando algún enunciado no pueda ser objeto de confirmación, interpretación o revisión por los jueces, tal enunciado carecería de naturaleza jurídica. La concepción judicialista es, por lo tanto, un positivismo pues sólo es Derecho lo que ha sido «puesto» por los jueces.

A nuestro juicio, sin embargo, la concepción judicialista del Derecho no es compatible porque incurre en el vicio lógico de tomar la parte por el todo: es cierto que todo lo que dicen los jueces es Derecho, pero no lo es menos que *también* es Derecho aquello que pueden decir o hacer otros órganos o sujetos. De esta suerte, la existencia de una «justiciabilidad» del enunciado no resulta constitutiva de lo jurídico y podemos considerar como Derecho normas o enunciados que no son dichos o no pueden ser confirmados o confirmables, interpretados o interpretables, revisados o revisables

por los jueces. En esta posición nos sentimos confortablemente acompañados por muy diversos teóricos del Derecho: desde el gran representante del normativismo positivista que es Kelsen, hasta uno de los más sugerentes autores del neoiusnaturalismo fenomenológico como Cotta, sin olvidar también al positivista Hart. Así, para Kelsen, el Derecho es un orden normativo globalmente eficaz y provisto de sanciones (Kelsen, 1989, p. 70). Tal orden jurídico debe conllevar diversos niveles de normas y, como mínimo tres: las normas de producción de normas que permitirán determinar y modificar el contenido de las obligaciones, prohibiciones y autorizaciones; las normas generales y abstractas; y las normas individuales y concretas (Pfersmann, p. 487). Por su parte, Cotta considera que el *Ur-phänomen* del Derecho consiste en la eliminación de la posible injusticia mediante la coordinación estable y regular de las acciones, la superación de la enemistad mediante la razón y la regla unificadoras, sin recurrir a la fuerza, que es reducida a puro instrumento de garantía del acuerdo (Cotta, p. 99-100).

Finalmente, Hart, que se considera positivista, ha formulado en varios trabajos su llamada «teoría del contenido mínimo del Derecho Natural», de acuerdo con la cual al plantear la cuestión de qué normas deben regir en una sociedad, hay que suponer que los hombres que la componen pretenden vivir, de donde se deduce que «hay ciertas reglas de conducta que toda organización tiene que contener para ser viable» (Hart, p. 238). Sobre la base de la teoría del profesor de Oxford se ha postulado que el Derecho «sirve a la supervivencia de la vida social», entendida como «razón explicativa» y al mismo tiempo como «razón justificativa». Precisamente porque una sociedad debe existir deben establecerse ciertas normas que regulen su funcionamiento y que no pueden tener un contenido cualquiera: por ejemplo, no se debe permitir el homicidio, etc. (Rivaya, p. 52-63)

Estas visiones no judicialistas son las que permiten considerar como Derecho el llamado «*soft law*», es decir, aquellas normas que se encuentran en los ordenamientos actuales y que no son susceptibles de una ejecución forzosa por el orden jurisdiccional. El derecho «*soft*» (esto es, no susceptible de ejecución forzosa), no se considera como un fenómeno patológico ni disfuncional (no es una *lex imperfecta*), sino como algo necesario e idóneo en determinados contextos en que, por su flexibilidad, puede desplegarse allí donde el *hard law* no sólo es «necesario» en función de determinadas circunstancias (*soft law* como función promocional o como normas de aspiraciones), pues también puede ser «idóneo» para afrontar ciertos problemas, como tal, una elección consciente (Reisman, p. 139-141; Abi-Saab, p. 64-66) Aunque la categoría del «*soft law*» ha sido objeto de especial elaboración en el campo del Derecho Internacional

eso no significa que se halle ausente de otras ramas del Derecho Público. Por ello estimo que resultan fecundas para el Derecho Constitucional las elaboraciones de los internacionalistas sobre el particular.

B) *la relatividad del valor jurídico de la Constitución*

El control del legislador, como es sabido, es una consecuencia del valor que se asigne a la Constitución (Blanco Valdés, p. 32). En este sentido, se ha planteado la cuestión del valor de la Constitución en términos alternativos: o bien tiene esta un «valor político» o bien tiene un «valor jurídico». Ahora bien, creemos que esta aproximación puede ser matizada en tres sentidos.

En primer lugar, es conveniente aclarar el alcance de lo que se entiende por «valor político» de la Constitución, y ello porque el modelo histórico que atribuye un «valor político» a la Constitución no implica el negar a la Constitución consideración de norma. Ocurre que se trata de una norma que, ya sea en atención a las materias que regula («se limita a organizar y disciplinar el ámbito funcional de los poderes del Estado», Blanco Valdés, p. 31), ya sea por sus destinatarios (resulta «aplicable a los operadores políticos», *ibid.*) no es susceptible de fiscalización jurisdiccional. Desde esta perspectiva, la Constitución no sería «*hard law*», pero sí quedaría subsumida en lo que la terminología anglosajona llama «*soft law*», esto es, aquellas disposiciones normativas no susceptibles de fiscalización judicial y de ejecución forzosa. Así, el «valor político» de la Constitución no sólo aludiría a su «naturaleza» normativa, pero de «*soft law*», sino también al carácter de la materia regulada (de alto contenido político) y de los destinatarios de esa norma (los actores políticos por excelencia).

En segundo lugar, y aun considerando que una Constitución tiene «valor jurídico», resulta muy esclarecedor averiguar si «todos» sus preceptos tienen el mismo «valor jurídico» o cabe establecer graduaciones en este punto. La Constitución es, sí, una norma jurídica, pero una norma jurídica peculiar en la que los efectos jurídicos «se ven matizados de ordinario por un complicado sistema de reenvíos y de normas interpuestas que completan las sumariadad inicial del texto en un grado cuantitativa y cualitativamente más intenso que el que se utiliza en las normas ordinarias» (Nieto, p. 399). La peculiaridad de la norma constitucional es manifiesta en dos órdenes de cuestiones: por un lado, porque en muchos de sus preceptos coinciden la figura del autor de los preceptos con la del destinatario (en preceptos tales como «el Estado deberá», «los poderes públicos promoverán», «la ley regu-

lará»); por otro lado, porque en caso de que estos destinatarios incumplan la norma coinciden en la persona del Estado la figura del destinatario-cumplidor y la del destinatario-aplicador (los tribunales del Estado), ya que la coacción que utilizan los órganos del Estado que son los tribunales es la que pone a su servicio ese otro órgano del Estado que es el Ejecutivo (Nieto, p. 402-403).

En tercer lugar, debe hacerse constar que la Constitución no sólo es una norma jurídica peculiar sino, además, heterogénea. En su seno se distinguen muy diversos tipos de normas: derechos fundamentales, garantías institucionales, normas de organización, mandatos al legislador, principios fundamentales, fines del Estado (estos de carácter propio de *soft law*). La eficacia de tales normas no es siempre la misma. El gran jurista que diseñó las líneas maestras de la teoría del «valor jurídico» de la Constitución y de la «*judicial review*» de la legislación, ya advirtió este fenómeno en su obra señera. Según Marshall, ciertamente y como regla general «no puede presumirse que haya sido intención del constituyente establecer cláusulas en al Constitución que queden sin efecto, por lo que una construcción que defienda esa tesis es inadmisibles». Ahora bien, esta regla admite una excepción según Marshall, para quien las normas constitucionales tienen eficacia normativa «a menos que el texto literal así lo exija» (*unless the words require it*) (5 US 137, 174-175). Es decir, el propio padre del control judicial de la constitucionalidad de las leyes admite en el texto fundacional de la sentencia *Marbury v. Madison* que el propio poder constituyente puede establecer normas con la intención de que no tengan efecto (mediato o inmediato). Por centrarnos en el caso español, mientras las normas de derechos contenidas en los arts. 14 a 38 tienen eficacia jurídica directa e inmediata teniendo como destinatarios a «todos» los poderes públicos de acuerdo con el art. 53.1 CE, las normas de los arts. 39 a 53 sólo tienen eficacia jurídica indirecta y mediata, pudiendo ser alegadas ante los tribunales sólo de acuerdo con las leyes que los desarrollen (art. 53.3 CE).

### C) *El carácter no monopolístico de la defensa de la Constitución.*

Aceptando que la Constitución es una norma jurídica peculiar y heterogénea y que el Derecho no se reduce a la actividad judicial, no es difícil llegar a la conclusión de que la Defensa de la Constitución no se reduce a la actividad jurisdiccional. Así se puso de manifiesto, ya desde un primer momento, tanto en Norteamérica como en Francia, cunas de los modelos de «valor jurídico» y «valor político» de la Constitución. En Norteamérica, además de la técnica que finalmente prevaleció (la *judicial review*) se puso de manifiesto la función garantizadora de la Constitución que implicaba,

por un lado, la exigencia de forma expresa, solemne y competente para modificar la norma suprema que es la Constitución (Blanco Valdés, p. 111 ss.) y, por otro, el establecimiento de ciertas instituciones de control político (no judiciales) que se idearon para defender la Constitución: el «Consejo de Censores» de Pennsylvania y de Vermont, el «Consejo de Revisión» de Nueva York (Blanco Valdés, p. 123). En Francia, por su parte, y precisamente por la propia configuración del modelo de «valor político» tan precisamente analizado por Blanco Valdés, atenderemos a una floración de propuestas de instituciones no judiciales de defensa de la Constitución: desde la rigidez de la Constitución (instituto no judicial pero indudablemente jurídico) hasta el Senado o el veto real, pasando por la posibilidad de censura popular de las leyes y actos contrarios a la Constitución, la creación de un «tribunal de censores» o el derecho a la insurrección, entre otros (Blanco Valdés, p. 249, 262 ss.). Todavía hoy en un teórico como Häberle, nada sospechoso de «antijudicialismo», se percibe un eco de esta tesis cuando tras reconocer que la tarea de los tribunales constitucionales no sólo es «jurídica» sino también «política», afirma: «no sólo los tribunales constitucionales, ¡todos nosotros somos (políticamente) "guardianes de la Constitución"!» (Häberle, p. 244).

#### D) *La separación de poderes como dogma Constitucional*

Si estimamos que puede hablarse de una ciencia del Derecho Constitucional, uno de los axiomas de la misma es la división de poderes. En palabras de Montesquieu, «es una experiencia eterna que todo hombre que tiene poder siente la inclinación de abusar de él yendo hasta donde encuentra límites» (Montesquieu, libro XI, cap. IV, p. 106). Precisamente por eso, el propio Montesquieu consideró necesario separar tres esferas del poder: el legislativo, el ejecutivo y el judicial. En relación con el poder judicial, a su juicio, el aseguramiento de la libertad depende de la separación de la potestad de juzgar de las potestades legislativa y ejecutiva. Si la potestad de juzgar estuviera unida a la legislativa, el juez sería al propio tiempo legislador y el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario; si la potestad de juzgar va unida a la ejecutiva el juez podría tener la fuerza de un opresor (Montesquieu, libro XI, cap. VI, p. 107). Ciertamente, el principio de la separación de poderes formulado por Montesquieu es muy radical y por ello hoy en día es más ajustada a la realidad la lectura de este principio llevada a cabo por Madison, en virtud de la cual, lo que rechaza Montesquieu no es tanto que un órgano no pueda ejercer otras funciones distintas a las de su propio «poder», sino que *todo* el poder de un órgano sea ejercido por quien posea *todo* el poder de otro órgano, pues sería eso subvertiría los principios fundamentales de una Constitución libre (*El federalista*, n.º XLVII, p. 206).

E) *El control de la actividad del legislador en el esquema de la separación de poderes*

La facultad de controlar la constitucionalidad de las leyes se concibe como un poder limitado, ya se atribuya al poder judicial ordinario o a un tribunal constitucional. En el modelo constitucional norteamericano de «valor jurídico» de la Constitución se podría decir con Hamilton, como regla general, pero con las matizaciones anteriormente realizadas, que la interpretación de las leyes es propia y peculiarmente de la incumbencia de los tribunales y, a estos efectos, una Constitución es de hecho una ley, la ley fundamental. A los tribunales corresponde declarar el significado de las leyes; ahora bien, «si estuviesen dispuestos a poner en ejercicio la VOLUNTAD en vez del JUICIO, la consecuencia sería la misma de sustituir su deseo al del cuerpo legislativo». En esta cláusula podría adivinarse ya una prevención frente a la posibilidad de que los jueces vayan más allá de la posibilidad de declarar nulos los actos del legislativo para pretender legislar ellos mismos. En efecto, si tal hicieran, sostiene Hamilton «no debiera haber jueces independientes de ese cuerpo (el legislativo)» (*El Federalista*, n.º LXXVIII, p. 332 y 333.).

Coherentemente con lo antes expuesto, cuando Kelsen considera que el control de la constitucionalidad de las leyes debe conferirse a un órgano especial, afirma que la relación entre el poder legislativo y el tribunal con poder de anular las leyes podría entenderse como una división del poder legislativo en dos sujetos. Por un lado, el órgano legislativo *stricto sensu* que se dedica a la «formación» de la ley; por otro, el órgano encargado de su eventual «anulación» (Kelsen, 1988, p. 130). En este esquema distributivo de poderes, al Tribunal Constitucional no le corresponde la función de legislador positivo, sino la de legislador negativo y sólo la de legislador negativo, pues si asumiera *también* la de legislador positivo quedarían subvertidos los principios de una Constitución libre (caso de que ello se hubiese hecho por disposición constitucional) y el Tribunal Constitucional habría consumado una auténtica mutación constitucional (en el supuesto de que tal operación hubiese sido realizada sin apoyo en el texto constitucional).

Como indica Pérez Royo, el Tribunal Constitucional no puede dar respuesta de manera positiva a las demandas de la sociedad, que están detrás de la Ley aprobada por el Parlamento. A las demandas de la sociedad sólo puede dar respuesta en positivo un órgano político democráticamente legitimado. El Tribunal Constitucional, por tanto, no impone una interpretación propia de la Constitución, sino que rechaza una interpretación ajena. Este

carácter de legislador negativo es el que permite entender la regulación constitucional y legislativa de la sentencia en los procedimientos de inconstitucionalidad: publicación en el BOE, publicación de votos particulares, supresión de la «vacatio legis», inexistencia de recurso alguno, plenos efectos frente a todos, subsistencia de la ley en la parte no afectada de inconstitucionalidad, nulidad de los preceptos impugnados, etc. (Pérez Royo, p. 658-660). Si se admitiera que el Tribunal pudiera ser legislador positivo el significado de todas estas notas características se vería tan gravemente alterado que llevaría a su disolución.

## 2. LAS APORÍAS SUSTANTIVAS DEL CONTROL DE LA INACTIVIDAD DEL LEGISLADOR

La admisión del constructo (en el sentido hayekiano de la palabra) del control de la constitucionalidad de la inactividad u omisión del legislador plantea importantes problemas sustantivos que distan de estar adecuadamente resueltos. Estos problemas radican en la necesidad de declarar el concepto de Derecho del que se parte, en la desconsideración de la peculiaridad y la heterogeneidad de la norma constitucional y en el carácter judicialista del constructo que impide dar una solución satisfactoria a la cuestión de cuando existe «dilación».

2.A. En primer lugar, toda construcción dirigida a defender la posibilidad de controlar la constitucionalidad de la inactividad del legislador, debe declarar ante todo, qué concepto de Derecho utiliza como punto de partida. Si el punto de partida es la asunción del positivismo judicial de acuerdo con el cual «es inconstitucional lo que así declaren los jueces», el mismo debe estar justificado de forma positiva, pero ¿dónde está el apoyo positivo de este constructo? Ciertamente, algunos ordenamientos han positivizado el mismo, pero donde esto no se ha hecho, ¿cómo justificar su introducción? Sólo si la Constitución le confiere una tal facultad un órgano puede asumir la tarea de examinar la posible disconformidad de una inactividad legislativa respecto a un precepto constitucional que contenga un mandato de legislar. No es coherente defender el constructo desde una posición que pretende «superar el positivismo» cuando lo que se está haciendo es, precisamente, defender un positivismo judicial en virtud del cual sólo puede contemplarse la normatividad de la Constitución en tanto en cuanto la misma pueda ser objeto de interpretación y declaración por los jueces. La causa de ello está en la sustitución del Derecho de la Constitución «constituyente» y democrática por el de la Constitución «ya constituida» con lo que el momento de la aplicación asfixia y oculta el de la creación de la nor-

ma constitucional (Garrorena, p. 41). El resultado es que la interpretación de la Constitución por los Tribunales Constitucionales, más que un acto de interpretación, «lo que efectivamente representa es un acto de creación constitucional», cuya única justificación sólo puede encontrarse en la conversión «taulógica y subrepticia de la Constitución, que obtiene su legitimidad del poder constituyente, en criterio definidor autónomo y apócrifo no sólo de su propia legitimidad, sino además de todas las legitimidades del sistema» (De Vega, p. 36). Los jueces son órganos del Estado, no órganos de la «Justicia» entendida como principio moral distinto del Derecho. Por eso, sólo pueden hacer aquello para lo que tengan competencia, y las competencias de cada órgano se fijan por el Derecho. Es más, argumentando «más allá del positivismo», el hecho de que el TC sea un órgano límite hace que la «autolimitación» o «autorestricción» en el ejercicio de sus poderes sea aún más apremiante (Schneider, p. 198).

2.B. En segundo lugar, la técnica de la «inconstitucionalidad por omisión» tal y como ha sido propuesta por diversos autores lleva consigo el tratar las normas constitucionales sin consideración a su peculiaridad. Como se ha visto, no todas las normas constitucionales tienen un mismo destinatario, algunas se dirigen al ciudadano y otras a los poderes públicos. Esto obliga a diferenciar adecuadamente los supuestos, diferenciación que no se encuentra en la mayor parte de las defensas doctrinales del constructo.

2.B.a. Caso de que las normas tengan a los ciudadanos como destinatarios, habría que determinar, primero, si estos podrían ser titulares de un «derecho», segundo, si ese derecho tiene el grado de concreción suficiente para ser ejercido (en cuyo supuesto el problema desaparece prácticamente) y, en caso contrario, en tanto en cuanto la inactividad del legislador les cause un perjuicio, se podría hablar de una responsabilidad patrimonial. Sólo entonces el plano siguiente de la discusión sería si cabe solicitar una indemnización de daños o perjuicios por las acciones (u omisiones) del legislador, cuestión ésta no pacífica y que tiene diferentes soluciones en Derecho Comparado.

2.B.b. Caso de que las normas tengan como destinatarios a los poderes públicos se daría la paradoja de que el destinatario-cumplidor (poderes públicos) y el destinatario-aplicador (tribunales del Estado) son todos ellos órganos de la misma persona, el Estado. Ahora bien, al ser «órganos» y de la misma «persona», sólo pueden hacer aquello para lo que tienen «competencia». En el constructo objeto de discusión, tanto el legislador como el órgano que controla su inactividad forman parte de la misma persona. La

situación a la que se aboca es la siguiente: ¿puede un tribunal del Estado sancionar a otro órgano en cuanto tal (no a sus miembros *uti singuli*)? Sería absurdo que un tribunal impusiese a un parlamento una sanción de multa por haber omitido una actuación de la que se dice que es «debida». Muy distinta sería la situación si el destinatario-cumplidor y el destinatario-aplicador fueran órganos de distintas personas jurídicas, que es lo que ocurre en el Derecho Comunitario, donde se contempla la posibilidad de que el TJUE imponga multas a los Estados que no cumplan las sentencias del Tribunal obligando a actuar al Estado para cumplir un mandato del Derecho Comunitario (así, la STJUE de 4 de julio de 2000, C-387797). Ahora bien, esta solución, propia de un ordenamiento muy peculiar como es el comunitario resulta, sin embargo, difícilmente trasladable al Derecho Constitucional de un Estado porque en el caso comunitario un órgano de una persona jurídica (la Unión Europea o las Comunidades Europeas -dejemos de lado el debate al respecto) impone una multa a otro órgano de otra persona jurídica (el Estado miembro). En el Derecho Constitucional, sin embargo, el proceso por inconstitucionalidad se basa en que un órgano (el TC) de una persona jurídica (el Estado) juzga a otro órgano de la misma persona jurídica.

2.C. En tercer lugar, este constructo ignora la heterogeneidad de las normas constitucionales. En efecto, las normas constitucionales son heterogéneas no sólo por sus destinatarios (como se ha visto), sino también por su estructura. No puede tratarse igualmente una norma que establece «fines del Estado» que una norma de estructura condicional clásica. El tratar igualmente ambos tipos de normas constitucionales supone, de un lado, aceptar un concepto de Constitución cerrada (no precisamente pacífico) estrechamente conectado con una idea del Derecho propia del positivismo judicialista; y, de otro, asumir una ideología constitucional que puede calificarse como no-democrática (Böckenforde 1976, p. 413, 419-420; Id. 1990, p. 30-31; Scheuner, p. 346-347).

2.D. En cuarto lugar, el carácter judicialista del constructo (pues en la actualidad no existen formulaciones que atribuyan el control de la constitucionalidad de la inactividad legislativa a órganos distintos de los jueces) en la aplicación del mismo conduce a problemas que no han podido ser resueltos, cual el de quien debe interpretar el «plazo» para legislar. A diferencia de lo que ocurre en la relación entre normas generales del Derecho Comunitario (directivas) y normas generales estatales o en la relación entre determinadas normas generales estatales (ley-reglamento) o entre normas generales y normas singulares (ley/reglamento-sentencia/acto administrati-

vo) en las que el desarrollo o concreción está fijado en plazos precisos, las normas constitucionales generales que necesitan de concreción para su aplicación no disponen habitualmente un plazo para realizar tal concreción. Se plantea así el problema de cuándo hay que dar cumplimiento al mandato que eventualmente contenga la Constitución. Los autores y alguna jurisprudencia hablan de un «plazo razonable». Ahora bien, esto plantea numerosas dificultades. Por una parte, si el término para dar cumplimiento a un mandato legislativo no está fijado por el poder constituyente ¿es legítimo que un poder constituido lo establezca? Generalmente se incluye un mandato al legislador sin fijar el plazo de cumplimiento del mismo como resultado de un «compromiso apócrifo» que se expresa en una legislación constitucional confusa, ambigua y polisémica. Con ello, a la hora de interpretar y custodiar el cumplimiento de esa voluntad por parte de los Tribunales Constitucionales, «lo que realmente ocurre es que de guardianes del poder constituyente pasan a transformarse en sus sustitutos» (De Vega, p. 36). Por otra parte, en el difícil supuesto de que se conteste afirmativamente a la primera cuestión, ¿qué poder constituido debiera estar legitimado para juzgar la «razonabilidad» del plazo? o, en otros términos, ¿quien debe defender en este terreno la Constitución? Parece que el parlamento, a quien se le encomienda la tarea de la legislación positiva, que conoce la complejidad del problema y que, por si fuera poco, está directamente elegido por el pueblo debería ser el más indicado para determinar el momento y afirmar si una dilación es o no es razonable. No cabe extender al problema de la inactividad legislativa el tratamiento que se da a la cuestión de la inactividad administrativa o judicial, pues la ley determina con precisión los plazos en los que deben actuar la administración o los jueces. Es más, de acuerdo con la jurisprudencia de órganos como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o el Tribunal Constitucional español no siempre la actuación de un juez fuera de los plazos marcados por la ley supone una «dilación indebida». ¡Los propios Tribunales (Tribunal Constitucional Español, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas) actúan fuera de los plazos que les marca la normativa que les es aplicable!

### 3. LAS APORÍAS ORGÁNICO-PROCEDIMENTALES DEL CONTROL DE LA INACTIVIDAD DEL LEGISLADOR

Aun habiendo superados todos los problemas (a nuestro juicio, aporías) sustantivos antes mencionados, en el caso de que se admitiera el constructo en un ordenamiento constitucional, cabría plantearse mediante qué técnica orgánico-procedimental se podría concretar este control. La primera cues-

ción es en qué medida la atribución competencial del constructo a un órgano como el Tribunal Constitucional vulnera el principio de división de poderes. La segunda será hasta qué punto puede salvarse el anterior obstáculo encomendando la tarea a otros órganos.

3.A. Debemos preguntarnos cuál es la compatibilidad del constructo con el principio de división de poderes partiendo de la idea generalmente asumida de que la competencia para llevar a cabo este control debe corresponder a los tribunales. Este punto se halla estrechamente relacionado con la cuestión de qué consecuencia jurídica tendría el control de la inactividad del legislador. Todos los escritos acerca del constructo se enfrentan a la dificultad de atribuir una «consecuencia jurídica» a ese supuesto de hecho llamado «inactividad legislativa». Aquí el panorama del Derecho comparado no ofrece muchos datos para el optimismo.

3.A.a. Si la consecuencia jurídica del incumplimiento es una sentencia meramente declarativa tal y como ocurre, por ejemplo, en Portugal, Alemania o la Unión Europea (en relación con el recurso de carencia, inactividad u omisión, no así respecto al recurso de incumplimiento), nos encontraríamos con dos problemas. El primero sería plantearnos en qué medida una tal resolución constituye verdaderamente un acto jurisdiccional, esto es, en qué medida ello constituye una «solución a un caso». La objeción no es sólo de principio, es también práctica, pues la posibilidad de que un tribunal emita fallos que no tiene posibilidad de imponer, en el caso de que los mismos sean efectivamente ignorados conduce a una pérdida de «autoridad» que puede contaminar peligrosamente al resto de sus resoluciones, provocando un efecto letal sobre el prestigio del tribunal. El segundo problema, consistiría en que, admitiendo que esta fórmula pudiera salvar la compatibilidad del constructo con el principio de división de poderes, el coste sería negarle cualquier eficacia práctica, en cuyo supuesto debemos plantearnos si, efectivamente, merece la pena introducirlo y si tan pobrísimo resultado sirve al objetivo que se marcan los defensores del constructo, a saber que la Constitución, en tanto norma jurídica, sea «cumplida y aplicada».

3.A.b. Para intentar salvar la anterior objeción podría pensarse en configurar el constructo como una institución no «jurisdiccional» y, por lo tanto sin que la consecuencia jurídica fuese una sentencia tan siquiera de tipo «declarativo». Se podría pensar en atribuir al Tribunal entonces una competencia de tipo «consultivo», siendo el pronunciamiento en tal caso no una «sentencia», sino un «dictamen». Esta pretensión está aquejada de diversos puntos débiles. En primer

lugar, los tribunales, y en especial los constitucionales (incluyendo, naturalmente, a los tribunales norteamericanos) son órganos «jurisdiccionales», de «potestas», de control y ya en el siglo XVIII en Norteamérica se planteó la cuestión de si una tal naturaleza era compatible con la atribución a los mismos de una competencia de «auctoritas» o «consultiva». Desde aquella temprana fecha quedó zanjada la cuestión: un tribunal sólo puede ocuparse de «cases and controversies», siendo rechazada de plano la posibilidad de que un tribunal emitiese dictámenes consultivos (en especial, *Muskrat v. United States*, 219 US 346), posibilidad ésta, como se vio, que puede implicar que la ineficacia inherente a las competencias consultivas «contamine» las competencias decisorias, restando fuerza a las mismas sentencias). En segundo lugar, si desconociendo la experiencia se atribuyese a un tribunal una competencia consultiva no sólo se desnaturaría *ipso facto* al órgano jurisdiccional, sino que, se estaría introduciendo un «virus» consistente en que a largo plazo lo que empieza siendo competencia consultiva acabe siendo competencia jurisdiccional, es decir, de «potestas», que es lo que se pretendería evitar. Debe evocarse a este respecto un fenómeno que no ha dejado de repetirse: quien tiene «auctoritas» *tiende a tener «potestas»*. Así, los tribunales de justicia, actualmente dotados de «potestad» jurisdiccional comenzaron siendo órganos consultivos de «auctoritas» del órgano que tenía tal potestad, el monarca (Ruiz Miguel, p. 16-18). Algo parecido ha ocurrido con el «Consejo de Ministros» que de «consejo» ya no tiene nada. Cuando a un órgano se le atribuyen dos competencias tan opuestas, como una «ejecutiva» (o «potestativa») y otra «consultiva» se produce una tensión interna que en última instancia se resuelve en «ejecutivizar» o «potestatizarlo» todo (con lo cual el Tribunal en cuestión queda convertido en un usurpador del legislativo) o se «consultiviza» todo (con lo que el Tribunal termina por convertirse en un órgano inútil o desprestigiado). En definitiva, la defensa del constructo bajo ese prisma de «auctoritas» supone introducir en el edificio constitucional una bomba de relojería, un virus, que a largo plazo acaba por destruirlo.

3.A.c. En el extremo opuesto se encontrarían las órdenes legislativas dictadas por los jueces en los supuestos de inacción legislativa juzgada inconstitucional constatados en algunos casos habidos en los Estados Unidos angloamericanos (Schapiro, *in toto*). A este respecto, debe recordarse nuevamente que las consecuencias jurídicas no son iguales respecto a todas las normas constitucionales (pueden variar los destinatarios o el grado de concreción de la norma). No es igual una resolución que ordena indemnizar a un perjudicado por la inactividad legislativa (lo que exigiría previamente superar el problema de si cabe solicitar tal responsabilidad patrimonial al legislador incluso por su actividad legislativa positiva) que una resolución

que ordena legislar bajo pena de cárcel o de multa o que establece ella misma una disposición legislativa. Son tres los supuestos, por tanto. El primero y el segundo, establecimiento de una pena o de una sanción, es inconcebible en los ordenamientos europeos continentales, de acuerdo con el principio de legalidad penal, si previamente una ley no tipifica como infracción la inactividad legislativa. El tercero, es decir, que el tribunal dicte una orden legislativa (como, por ejemplo, el establecimiento de un impuesto para sufragar una prestación) constituye una grave violación del principio de separación de poderes en tanto en cuanto el Poder Judicial no sólo asumiría la tarea de legislador negativo, sino también la de legislador positivo llegando a una situación en la que prácticamente todo el poder de un órgano (tanto el poder legislativo negativo como el positivo) sería ejercido por quien posee todo el poder de otro órgano (el poder judicial), lo cual subvertiría los principios fundamentales de una Constitución libre. No puede estrañarnos, por tanto, que se haya podido decir que «las exageraciones en el entendimiento de la interpretación (constitucional) conducen a la improcedente identificación del proceso de legislación y el proceso de interpretación hasta el punto de que, por teminar cumpliendo los mismos efectos, pueda afirmarse de ellos que son la misma cosa» (De Vega, p. 40).

3.B. Si, atendidas las razones anteriores, declinamos conferir a un Tribunal la tarea de controlar la constitucionalidad de las inactividades legislativas, cabría plantearse en qué medida sería conveniente atribuir tal competencia a otro órgano. Pero entonces, la cuestión es ¿a qué órgano? El procedimiento de selección del mismo debería ser muy distinto al del Tribunal Constitucional, porque la función sería muy distinta. El control de la inactividad del legislador es una tarea muy poco técnica. Por poner un ejemplo: declarar antes de la aprobación de una ley del jurado que el precepto constitucional que establece que «la ley establecerá la institución del jurado» no había sido ejecutado o desarrollado era algo evidente: para eso no hay que ser jurista. Se trataría entonces de un órgano «político» pues aquí no estamos ante cuestiones jurídicas complicadas, y esto nos lleva al inicio del problema en un auténtico círculo vicioso: ¿qué órgano «político» puede tener más legitimidad que el propio Parlamento?

#### 4. REFLEXIONES FINALES

4.A. El constructo discutido no se cohonesta bien con el principio democrático. Si seguimos este principio en toda su lógica, no hay discusión alguna acerca del hecho de que el Parlamento tiene mayor legitimidad que el Tribunal Constitucional. Por su parte, el principio de división de poderes

tiene como objetivo evitar una de las posibles consecuencias del principio democrático: la tiranía de la mayoría. Ahora bien, si anulamos el principio de división de poderes la consecuencia sería: bien la afirmación del principio democrático radical (que implicaría la supresión del Tribunal Constitucional, pues bastaría con el Parlamento), bien la afirmación del principio aristocrático (PEGORARO, p.130) radical (que implicaría la supresión del Parlamento, pues bastaría con el Tribunal Constitucional). El principio de división de poderes es la más alta construcción del Derecho Público de los últimos siglos y constructos como el impugnado debieran ponderar más las consecuencias que producen sobre la misma. La pretensión de controlar la inactividad del legislador pone en peligro el principio de división de poderes y lo hace siempre en un sentido aristocrático y antidemocrático.

4.B. El constructo impugnado, aunque nace del deseo de llevar a las últimas consecuencias los principios de supremacía y de eficacia normativa de la Constitución, puede producir un resultado contrario a ese deseo. Aquí late el problema de la interpretación de la Constitución. Porque esta es la cuestión, en qué medida bajo la invocación retórica de la «supremacía de la Constitución», en la práctica no se produce una subrepticia consagración de la «supremacía del Tribunal Constitucional», convertido en la práctica en el titular del poder constituyente. Lo paradójico es que se defienda esto en una época en la que los adelantos tecnológicos y de comunicación hacen más fácil que nunca la «*provocatio ad populum*», el recurso al propio pueblo, a la reforma constitucional para solucionar esas cuestiones. ¿Por qué no se hace así? Se podría parafrasear a Fromm hablando de «miedo a la democracia».

4.C. A todos nos preocupa que haya provisiones constitucionales que puedan incumplirse, como a todos nos preocupa que haya provisiones legales o actos administrativos o sentencias judiciales que también puedan incumplirse (que también las hay). Pero una de dos: o partimos de un planteamiento realista o de uno utópico. Para mí, no hay duda del elegible: la prudencia es mejor consejera que las fantasías. Y ello por razones teóricas y prácticas. Razones teóricas: es imposible conseguir el ordenamiento jurídico perfecto (esto es, sin incumplimientos); y, si esto es así: ¿qué incumplimientos son más tolerables? ¿en qué condiciones la voluntad popular aparece menos despreciada? Para mí, siempre y en todo caso, me parece preferible que en esta materia sea decisiva la voluntad del parlamento que la del TC (tiene más legitimidad democrática directa y responde políticamente). Razones prácticas: ¿a quien beneficia el desapoderamiento del Parlamento en favor de una élite de «juristas»? No al pueblo, sino a ciertos grupos entre los

que se mueve esa élite. El constructo discutido corre el riesgo de convertirse en la vía para establecer un nuevo despotismo ilustrado, por sus problemas de compatibilidad con el mismo principio democrático al que, no obstante, apela («voluntad del constituyente», etc.). Por todas estas razones (y las demás que se han expuesto) es por lo que se sostiene que estamos ante un artefacto cuya encaje en el edificio constitucional trabajosamente construido durante dos siglos es sumamente discutible. Es conveniente en este sentido evocar aquellas consideraciones de Octavio Paz sobre «El ogro filantrópico». El constructo que hemos impugnado, en manos del TC convierte a éste precisamente en eso, en el «ogro constitucional filantrópico».

## 5. BIBLIOGRAFÍA

GEORGES ABI-SAAB: «Éloge du "Droit assourdi". Quelques reflexions sur le rôle de la soft law en droit international contemporain», en VV.AA., *Nouveaux itinéraires en Droit. Hommage à François Rigaux*, Bruylant, Bruselas, 1993, p. 59 ss.

ROBERTO BLANCO VALDÉS: *El valor de la Constitución. Separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal*, Alianza, Madrid, 1994.

ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE: *Staat und Gesellschaft*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1976.

– Id.: «Grundrechte als Grundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik», *Der Staat* n.º 29 (1990), p. 1 ss.

SERGIO COTTA: *Itinerarios humanos del Derecho*, trad. de Jesús Ballesteros, Eunsa, Pamplona, 1978.

FRANCISCO ELÍAS DE TEJADA Y SPÍNOLA: *Tratado de Filosofía del Derecho*, t. II, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1976.

ÁNGEL GARRORENA MORALES: «Cuatro tesis y un corolario sobre el Derecho Constitucional», en *Revista Española de Derecho Constitucional* n.º 51 (1997), p. 37 ss.

PETER HÄBERLE: «El recurso de amparo en el sistema germano-federal de jurisdicción constitucional» (trad. de Carlos Ruiz Miguel), en D. García Belaúnde y F. Fernández Segado (coords.): *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Dykinson/Ediciones Jurídicas/E. Esteva/Editorial Jurídica Venezolana, Madrid, 1997, p. 225 ss.

A. HAMILTON, J. MADISON Y J. JAY: *El federalista*, trad. de Gustavo R. Velasco, FCE, México, 1994.

- H.L.A. HART: *El concepto de Derecho*, trad. de Genaro R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990.
- HANS KELSEN: *Teoría pura del Derecho. Introducción a la ciencia del Derecho*, trad. de Moisés Nilve, Eudeba, Buenos Aires, 1989 (26ª ed.).
- Id.: «La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)», trad. de Juan Ruiz Manero, en H. Kelsen, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Debate, Madrid, 1988, p. 109 ss.
- MONTESQUIEU: *El espíritu de las leyes*, trad. de Pedro de Vega y Mercedes Blázquez, Tecnos, Madrid, 1987.
- ALEJANDRO NIETO GARCÍA: «Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional», *Revista de Administración Pública* n.º 100-102 (1983), p. 371 ss.
- LUCIO PEGORARO: *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*, Giappichelli, Turín, 1998.
- JAVIER PÉREZ ROYO: *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 1995 (2ª ed.).
- OTTO PFERSMANN: «Carré de Malberg et a hiérarchie des normes», *Revue Française de Droit Constitutionnel* n.º 31 (1997), p. 481 ss. (Hay traducción castellana en prensa).
- MICHAEL REISMAN: «The Concept and Functions of Soft Law in International Politics», en Emmanuel G. Bello & A. Ajibola (coords.), *Essays in honour of Judge Taslim Olawale Elias*, Martinus Nijhoff, Dordrecht/Boston/Londres, 1992, p. 135 ss.
- BENJAMÍN RIVAYA GARCÍA: «Teorías sobre la Teoría del contenido mínimo del Derecho Natural», en *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED* n.º 15 (2000), p. 39 ss.
- CARLOS RUIZ MIGUEL: «Advisory Function in the Inter-American System of Human Rights. A comparative approach. The Chrysalis of a Supra Constitutional Jurisdiction?», en *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart* t. 47 (1999), p. 15 ss.
- ROBERT A. SCHAPIRO, «The legislative injunction: a remedy for unconstitutional legislative inaction», *The Yale Law Journal* vol. 99 (1989), p. 231 ss. (Hay traducción española de Carlos Ruiz Miguel y Joaquín Brage Camazano, con apéndice del autor a la misma: «El mandamiento judicial de legislar: una garantía frente a la inactividad inconstitucional del legislador», en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, n.º 20-21 (1997), p. 73-96.
- ULRICH SCHEUNER: «Staatszielbestimmungen» (1972), en Manfred Friedrich (ed.), *Verfassung. Beiträge zur Verfassungstheorie*, Wissenschaftlicher Buchgesellschaft, Darmstadt, 1978.

HANS PETER SCHNEIDER: *Democracia y Constitución*, trad. de Joaquín Abellán, CEC, Madrid, 1991.

PEDRO DE VEGA GARCÍA: «Apuntes para una historia de las doctrinas constitucionales del siglo XX», en VV.AA., *La Ciencia del Derecho durante el siglo XX*, UNAM, México, 1998, p. 3 ss.