

LA JUDICIALIZACIÓN DEL DERECHO EUROPEO Y LA LLAMADA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

Carlos Ruiz Miguel

Universidad de Santiago de Compostela - Espanha

Sumario: 1. Justificación y propósito del estudio. 2. Presupuestos conceptuales: 2.A. La insuficiencia de la concepción judicialista del Derecho; 2.B. La relatividad del valor jurídico de la Constitución; 2.C. El carácter no monopólico de la defensa de la Constitución; 2.D. La separación de poderes como dogma constitucional; 2.E. El control de la actividad del legislador en el esquema de la separación de poderes. 3. Las aporías sustantivas del control de la inactividad del legislador. 4. Las aporías orgánico-procedimentales del control de la inactividad del legislador. 5. Supuestos impropios de la llamada “inconstitucionalidad por omisión”. 6. Reflexiones finales. 7. Bibliografía.

Palabras clave: Judicialización del derecho europeo. Inconstitucionalidad por omisión. Inactividad del legislador.

1 JUSTIFICACIÓN Y PROPÓSITO DEL ESTUDIO

La institución de la llamada “inconstitucionalidad por omisión” ha sido objeto de una vasta producción doctrinal que, sin embargo, no se corresponde con su realidad normativa. En efecto, esta realidad se caracteriza por dos notas: el reconocimiento de la “inconstitucionalidad por omisión” en muy pocos ordenamientos y los decepcionantes resultados prácticos de su puesta en práctica. Este fracaso evidente no ha amilanado a los defensores de la figura que de forma inversamente proporcional a la eficacia de la misma multiplican los estudios laudatorios.

Este trabajo quiere constituir un contrapunto. No se pretende aquí realizar un estudio “cuantitativo” o “estadístico” sobre la relevancia real de esta figura y sobre los resultados de la misma. Antes al contrario, ante el cada vez mayor número de trabajos doctrinales preconizando el establecimiento del constructo y sus virtudes aquí se quiere defender la idoneidad de la no introducción de esta figura en un ordenamiento constitucional.

Para ello, declararemos cuáles son los presupuestos conceptuales de que partimos, a saber: una concepción del Derecho no judicialista, la idea de la relatividad del valor jurídico de la Constitución, el carácter no monopólico de la defensa

de la Constitución, el principio de separación de poderes y la razón de atribuir el control de la constitucionalidad de las leyes a un órgano judicial.

Sentados esos presupuestos argumentaremos que la introducción de la llamada “inconstitucionalidad por omisión” en un ordenamiento plantea gravísimos problemas de orden sustantivo y procedimental. Sustantivamente se halla aquejada de graves obstáculos, como los relativos a la falta de apoyo en el Derecho positivo (en algunos lugares en los que la doctrina reclama su aplicación); a la falta de consideración de la peculiaridad y heterogeneidad de las normas constitucionales; y la falta de determinación del plazo para proceder a una actividad legislativa positiva. Procedimentalmente no son menores los problemas: la resolución de un proceso por “inconstitucionalidad por omisión” con una sentencia meramente declarativa no sólo es algo inútil sino que incluso tiene efectos contraproducentes; la posibilidad de una resolución con efectos sancionatorios no está contemplada en los ordenamientos europeo-continenciales; la atribución del litigio a un órgano no jurisdiccional sólo tendría una respuesta coherente si el mismo fuera el propio Parlamento, en cuyo caso el supuesto problema vuelve al punto de partida.

Tras examinar todas estas cuestiones, se argumentará que el constructo llamado “incons-

titucionalidad por omisión” pretende lograr la coherencia del sistema jurídico pero de forma difícilmente compatible con los principios esenciales que estructuran el Estado constitucional: el principio democrático y el principio de supremacía de la Constitución.

2 PRESUPUESTOS CONCEPTUALES

2.A. La insuficiencia de la concepción judicialista del Derecho.

Aunque no sea éste el lugar para estudiar en profundidad el concepto de Derecho, todo estudio mínimamente serio de la institución llamada “inconstitucionalidad por omisión” no puede dejar de plantearse en qué medida resulta aceptable, como premisa básica, la concepción judicialista del Derecho. La asunción o el rechazo de esta premisa tendrá consecuencias relevantes a los efectos de este estudio.

2.A.a. La concepción judicialista del Derecho, que tiene un antecedente remoto en la teoría del Derecho de Calvino¹ 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.

2.A.b. A nuestro juicio, sin embargo, la concepción judicialista del Derecho no constituye una premisa aceptable para comprender el Derecho. En efecto, el judicialismo incurre en varios vicios lógicos: el primero, el de tomar la parte por el todo y el segundo el de dar por sentada, sin demostrarla, la premisa que establece que el juez tiene competencia para decir el Derecho.

2.A.b.I. En primer lugar, 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

1 ELÍAS DE TEJADA Y SPÍNOLA, Francisco. *Tra-tado de Filosofía del Derecho*. t. II, Universidad de Sevilla: Sevilla, 1976., p. 137 ss.

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 comfortablemente 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 neiusnaturalismo fenomenológico como Cotta, sin olvidar también al positivista Hart.

Para Kelsen, el Derecho es un orden normativo globalmente eficaz y provisto de sanciones². 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 concretas³.

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 acuerdo⁴.

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”⁵. 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

2 KELSEN, Hans. *Teoría pura del Derecho. Introducción a la ciencia del Derecho*. Traducción de Moisés Nilve, Eudeba, Buenos Aires, 1989 (26ª ed.), p. 70.

3 PFERSMANN, Otto. “Carré de Malberg et <la hiérarchie des normes>”, *Revue Française de Droit Constitutionnel* n° 31 (1997), p. 481 ss. (Hay traducción castellana de Carlos Ruiz Miguel en Cuadernos Constitucionales. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional* n° 4 [2001], p. 153 ss.), p. 487 (del original francés).

4 COTTA, Sergio. *Itinerarios humanos del Derecho*. Traducción de Jesús Ballesteros, Eunsa, Pamplona, 1978, p. 99-100.

5 HART, H. L. A. *El concepto de Derecho*. Traducción de Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990, p. 238.

funcionamiento y que no pueden tener un contenido cualquiera: por ejemplo, no se debe permitir el homicidio, etc.⁶.

2.A.b.II. En segundo lugar, el judicialismo dar por sentada una premisa sin demostrarla: que el juez tiene competencia para decir el Derecho. Pfersmann ha desmontado brillantemente las premisas sobre las que se basa la ideología judicialista a través de cuatro argumentos. 1) Por un lado, la tesis judicialista no prueba jurídicamente nada, sino un “hecho”: que los jueces “dicen” algo. Pero para que ese “algo” que “dicen” sea considerado Derecho se exige que los jueces tengan una “competencia” reconocida constitucional, o legalmente para “decir Derecho”. 2) Por otro lado, si los jueces pueden hacer algo es porque hay una norma que los ha creado como órganos del Estado y ha establecido las condiciones para que puedan hacerlo. 3) En tercer lugar, el judicialismo dice partir de las “decisiones” de los “casos”, pero lo que hace es extraer reglas generales a partir de las “opiniones” que han fundamentado esos casos. Pero entonces, el judicialismo entra en contradicción con sus premisas porque si afirma que las normas generales no dicen nada sobre los problemas particulares, no se puede pretender mediante problemas particulares formular “normas generales” válidas más allá de ese único particular. 4) Finalmente, el judicialismo considera que “resolver un caso” es equivalente a “formular las razones para llegar a un resultado”. Sin embargo, como afirma Pfersmann, la corrección o incorrección de la argumentación es algo abierto al debate sobre lo que los jueces y tribunales no tienen de ningún particular privilegio porque, a diferencia del poder para “decidir”, el poder para “razonar” no puede ser atribuido mediante normas de competencia⁷.

2.A.c. 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 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 que, por su flexibilidad, puede desplegarse allí donde el *hard law* no puede ni osa aventurarse. Su papel, por tanto, es extender el imperio del Derecho. El *soft 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 y, como tal, una elección consciente⁸. 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.

2.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 Constitución⁹. 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 contra lo que suele pensarse 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

6 RIVAYA GARCÍA, Benjamín. Teorías sobre la Teoría del contenido mínimo del Derecho Natural, en *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED* nº 15 (2000), p. 39 ss., p. 62-63.

7 PFERSMANN, Otto. “Contre le néo-réalisme. Pour un débat sur l’interprétation,” *Revue Française de Droit Constitutionnel* nº 50, 2002, p. 279 ss. y nº 52, 2002, p. 789 ss. Una síntesis de sus argumentos en ID., “Unconstitutional constitutional amendments: a normativist approach”, *Zeitschrift für Öffentliches Recht* nº. 67, 2012, p. 81 ss. (p. 99-100) [Traducción española de Carlos Ruiz Miguel: “Reformas constitucionales inconstitucionales: una perspectiva normativista”, en *Revista Española de Derecho Constitucional* nº 99, 2013, p. 17-60.

8 Michael REISMAN: “The Concept and Functions of Soft Law in International Politics”, en Emmanuel G. Bello & Bola A. Ajibola (coords.), *Essays in honour of Judge Taslim Olawale Elias*, Martinus Nijhoff, Dordrecht/Boston/Londres, 1992, p. 135 ss. (p. 139-141); Georges ABI-SAAB: “Éloge du <Droit assourdi>. Quelques réflexions 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. (p. 64-66).

9 BLANCO VALDÉS, Roberto. *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, p. 32.

poderes del Estado”¹⁰), 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 y 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. Debe recordarse a este respecto el dato fundamental de que 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 la sumariidad inicial del texto en un grado cuantitativa y cualitativamente más intenso que el que se utiliza en las normas ordinarias”¹¹. 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 regulará”); 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 Ejecutivo¹².

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,

10 BLANCO VALDÉS, Roberto. *El valor de la Constitución*, cit., p. 31.

11 NIETO GARCÍA, Alejandro. “Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional”, *Revista de Administración Pública* n° 100-102, 1983, p. 371 ss. y p. 399.

12 NIETO GARCÍA. “Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional”, cit., p. 402-403.

principios fundamentales, fines del Estado. 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 la 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*)¹³. 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).

2.C. El carácter no monopólico 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 Constitución¹⁴ y, por otro, el establecimiento de ciertas instituciones de

13 *Marbury v. Madison*, 5 US 137 (Cranch), 174-175 (*It cannot be presumed that any clause in the constitution is intended to be without effect; and therefore such construction is inadmissible, unless the words require it*).

14 BLANCO VALDÉS, Roberto. *El valor de la Constitución*, cit., p. 111 ss.

control político (no judiciales) que se idearon para defender la Constitución: el “Consejo de Censores” de Pennsylvania y de Vernont, el “Consejo de Revisión” de Nueva York¹⁵. 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 otros¹⁶. 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>!”¹⁷.

2.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”¹⁸. 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 ejecu-

tiva el juez podría tener la fuerza de un opresor¹⁹. 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 libre²⁰.

2.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 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. Esta idea viene acompañada de otras dos: por un lado, que la Constitución es también una ley, la ley fundamental; por otro lado, que “en tanto en cuanto el poder judicial se mantenga verdaderamente separado del legislativo y del ejecutivo”... es decir, mientras no tenga FUERZA ni VOLUNTAD propias, es el menos peligroso. 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)”²¹. Esta idea, brillantemente anticipada por

15 BLANCO VALDÉS, Roberto. *El valor de la Constitución*, cit., p. 123.

16 BLANCO VALDÉS, Roberto. *El valor de la Constitución*, cit., p. 249, 262 ss.

17 HÄBERLE, Peter. “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*. Madrid: Dykinson/Ediciones Jurídicas/E. Esteva/Editorial Jurídica Venezolana, 1997, p. 225 ss. y p. 244.

18 MONTESQUIEU. *El espíritu de las leyes*. Traducción de Pedro de Vega y Mercedes Blázquez. Madrid: Tecnos, 1987. libro XI, cap. IV, p. 106.

19 MONTESQUIEU. *El espíritu de las leyes*. libro XI, cap. VI, p. 107.

20 HAMILTON, Alexander; MADISON, John; JAY, John. *The Federalist Papers*. New York: Penguin, 1961. p. 302-303.

21 HAMILTON, Alexander; MADISON, John; JAY, John. *The Federalist Papers*. New York: Penguin, 1961. p. 302-303, nº LXXVIII (Hamilton), p. 465 ss. Hamilton afirma respecto al poder judicial “it may truly be said to have neither FORCE nor WILL but merely judgment”. Sobre esa base puede sostener que “the judiciary is beyond comparison the weakest of the three departments of power” y que “the general liberty of the people can never be

Madison, resulta esencial para no olvidar que la esencia de la “interpretación” constitucional es revelar el significado de la norma (el “juicio”)²².

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”²³. En este esquema distributivo de poderes, al Tribunal Constitucional, en cuanto intérprete de la Constitución 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 un auténtico golpe de Estado (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 se concibe para imponer una interpretación propia de la Constitución, sino que para rechazar aceptar o rechazar una interpretación ajena. Este carácter de legislador negativo es el que permite entender la regulación constitucional y legislativa de instituciones como la sentencia de los procedimientos de inconstitucionalidad con todas sus características: publicación en el diario oficial, publicación de votos particula-

res, supresión de *vacatio legis*, inexistencia de recursos frente a la misma, plenos efectos erga omnes, subsistencia de la ley en la parte no afectada de inconstitucionalidad, nulidad de los preceptos impugnados declarados inconstitucionales, etc.²⁴. Si se admitiera que el Tribunal pudiera ser legislador positivo, el significado de todas estas notas características de la sentencia constitucional se vería tan gravemente alterado que llevaría a la disolución de dicho concepto.

3 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”.

3.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 se 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 Consti-

endangered from that quarter (el poder judicial); I mean son long as the judiciary remains truly distinct from the legislative and executive powers”.

22 Un brillante intento de purificar el concepto de “interpretación” constitucional de ciertas ideas que lo pervierten puede verse en PFERSMANN, Otto. “Le sophisme onomastique: Changer au lieu connaître. L’interprétation de la Constitution”, en Ferdinand Mélin-Soucramanien (dir.), *L’interprétation constitutionnelle*. Paris: Dalloz, 2005, p. 33-60.

23 KELSEN, Hans. “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)”, trad. de Juan Ruiz Manero, en H. Kelsen, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Madrid: Debates, 1988, p. 109 ss. y p. 130.

24 PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. Marcial Pons, Madrid: Marcial Pons, 1995. p. 658-660.

tución 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 norma constitucional²⁵. 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 “tautológica 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”²⁶.

Frente a tales desviaciones, debe recordarse que los jueces no son un poder constituyente, sino un poder constituido, son órganos del Estado, no órganos de la “Justicia” entendida como principio moral distinto del Derecho o creador del mismo en última instancia. Además, en el sistema continental-europeo, los jueces y tribunales sólo pueden hacer aquello para lo que tengan competencia, y las competencias de cada órgano se fijan por el Derecho, concretamente por la ley y por la Constitución. 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 apremiante²⁷.

3.B. En segundo lugar, la técnica de la “inconstitucionalidad por omisión” tal y como ha sido propuesta por diversos autores lleva consigo el 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.

3.B.a. Caso de que las normas tengan a los ciudadanos como destinatarios, habría que de-

25 GARRORENA MORALES, Ángel. “Cuatro tesis y un corolario sobre el Derecho Constitucional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional* n° 51, 1997, p. 37 ss. y p. 41.

26 VEGA GARCÍA, Pedro De. “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. (p. 36).

27 SCHNEIDER, Hans Peter. *Democracia y Constitución*. Traducción de Joaquín Abellán. Madrid: CEC, 1991, p. 198.

terminar, 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 Comparado²⁸.

3.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 jurídica. 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 Comunitario²⁹. 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 es un órgano de una persona jurídica (la Unión Europea o las Comunidades Europeas -dejemos de lado el debate al respecto) impone una multa a otra persona jurídica distinta (el Estado miembro). En el Derecho Constitucional, sin embargo, el proceso por inconstitucionalidad se basa en que un órgano

28 Sobre este problema, véase GARRIDO MAYOL, Vicente. *La responsabilidad patrimonial del Estado. Especial referencia a la responsabilidad del Estado-legislador*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

29 Así, por ejemplo, la STJUE de 4 de julio de 2000, (C-387/97).

(el Tribunal Constitucional) de una persona jurídica (el Estado) juzga a otro órgano (Parlamento) de la misma persona jurídica.

3.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-democrática³⁰.

3.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. Existen relaciones normativas en las que el desarrollo o concreción está fijado en plazos precisos: así sucede en la relación entre normas generales del Derecho Comunitario (directivas) y normas generales estatales o de lo que sucede en la relación entre determinadas normas generales estatales (ley-reglamento) o entre normas generales y normas singulares del Estado (relación entre la ley o el reglamento con la sentencia o el acto administrativo). Sin embargo, 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.

30 BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Staat und Gesellschaft*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1976, p. 413, 419-420. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. “Grundrechte als Grundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik”, *Der Staat* n° 29 (1990), p. 1 ss. (p. 30-31); SCHEUNER, Ulrich. “Staatszielbestimmungen” (1972), en Manfred Friedrich (ed.), *Verfassung. Beiträge zur Verfassungstheorie*, Wissenschaftlicher Buchgesellschaft, Darmstadt, 1978, p. 346-347.

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”³¹.

Por otra parte, en el difícil supuesto de que se conteste afirmativamente a la primera cuestión, nos asalta una pregunta ulterior: ¿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!

4 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

31 DE VEGA GARCÍA. “Apuntes para una historia de las doctrinas constitucionales del siglo XX”, cit., p. 36.

constructo en un ordenamiento constitucional, cabría plantearse mediante qué técnica orgánico-procedimental se podría concretar este control. La primera cuestión 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.

4.A. Debemos plantearnos 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.

4.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 caso debemos plantearnos si, efectivamente, merece la pena introducirlo y si tan pobre resultado sirve al objetivo que se marcan los defensores del constructo, a saber que la Constitución, en tanto norma jurídica, sea “cumplida y aplicada”.

4.A.b. En el extremo opuesto se encontrarían los mandamientos emitidos por algunos

jueces norteamericanos. Estos mandamientos son de dos tipos: un primer tipo consiste en auténticas órdenes legislativas dictadas por los jueces en los supuestos de inacción legislativa juzgada inconstitucional constatados en algunos casos habidos en los Estados Unidos angloamericanos (por ejemplo, un mandamiento judicial estableciendo un impuesto, a pesar del principio constitucional “*no taxation without representation*” que exige que los impuestos sean ordenados por el Parlamento); y un segundo tipo de orden que consiste en encarcelar o multar a los legisladores que se nieguen a legislar³².

Ante este tipo de mandamientos judiciales de legislar cabe hacer varias objeciones. En primer lugar, 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. En segundo lugar, la posibilidad de dotar de un mecanismo de sanción judicial a la llamada “inconstitucionalidad por omisión” se halla estrechamente ligada a la cuestión de la naturaleza jurídica de los órganos judiciales. Se tiende a olvidar la sustancial diferencia entre los tribunales del ordenamiento norteamericano y los de tipo continental-europeo. Para los primeros, es posible todo lo que no les prohíba la Constitución, mientras que para los segundos es posible sólo lo que les permita la ley. Así las cosas, el establecimiento de una pena o de una sanción en los sistemas continental-europeos, es inconcebible, de acuerdo con el principio de legalidad penal, si previamente una ley no tipifica como infracción la inactividad legislativa. En tercer lugar, la posibilidad de que el propio tribunal dicte una orden legislativa (como, por ejemplo, el establecimiento de un impuesto para sufragar

³² 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° 20-21 (1997), p. 73-96 (in toto).

una prestación) no sólo es algo incompatible con la naturaleza de los tribunales continental-europeos (que, repito, sólo pueden hacer lo que les permita la ley), sino que además 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 pose todo el poder de otro órgano (el poder judicial), lo cual subvertiría los principios fundamentales de una Constitución libre. No puede extrañarnos, 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 terminar cumpliendo los mismos efectos, pueda afirmarse de ellos que son la misma cosa”³³.

4.B. Para intentar salvar las anteriores objeciones 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 (posibilidad de que un tribunal emitiese dictámenes consultivos³⁴). Y es que, como se vio, admitir esto podría 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 desnaturalizaría 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 monarca³⁵. 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.

4.C. 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

33 DE VEGA GARCÍA: “Apuntes para una historia de las doctrinas constitucionales del siglo XX”, cit., p. 40.

34 En especial *Muskrat v. United States* (219 US 346).

35 RUIZ MIGUEL, Carlos. “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. y p. 16-18.

lleva al inicio del problema en un auténtico círculo vicioso: ¿qué órgano “político” puede tener más legitimidad que el propio Parlamento?

5 SUPUESTOS IMPROPIOS DE LA LLAMADA “INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN”

La llamada “inconstitucionalidad por omisión” se está empleando de forma propia para calificar dos diferentes supuestos: por un lado, el caso de violaciones por la administración o la judicatura de derechos fundamentales reconocidos en la Constitución con eficacia directa pero que no han sido objeto de regulación legal; y, por otro, la ausencia de derogación expresa de disposiciones infraconstitucionales que una nueva redacción de la Constitución ha convertido en inconstitucionales.

5.A. Los autores que defienden la introducción del constructo llamado “inconstitucionalidad por omisión” suelen incluir en la categoría a supuestos que en realidad no constituyen un auténtico juicio de la inconstitucionalidad de la *inactividad del legislador*, sino en realidad de *inconstitucionalidad de la actividad de otro órgano del Estado*, sea la administración o sean los jueces. La jurisprudencia constitucional española muestra varios casos en los que se pone de manifiesto este fenómeno, todos ellos, en relación con los derechos fundamentales, entendiendo por tales a los que constituyen verdaderos derechos con eficacia directa vinculante para todos los poderes públicos (y no a supuestos “derechos” que no son tales en tanto en cuanto una ley no los establezca, supuesto previsto en el art. 53.3 de la Constitución Española). En estos casos encontramos dos tipos de situaciones. En primer lugar, aquellas en las que una actividad singular (del Ejecutivo o Judicial) vulnera derechos constitucionales (que tienen eficacia directa), pero en los que existe una inactividad del Legislativo que ha omitido dictar una ley de desarrollo de los mismos. Así ha ocurrido respecto al derecho a la objeción de conciencia³⁶, al derecho a crear medios de comunicación entendido como consecuencia de los derechos a la libertad de información y de expresión³⁷. En segundo lugar, nos encontramos situaciones en

las que una actividad singular (del Ejecutivo o Judicial) vulnera derechos constitucionales (que tienen eficacia directa), pero en los que existe una inactividad del Legislativo en tanto que ha dictado una ley “incompleta”. Es el supuesto del derecho al secreto de las comunicaciones³⁸.

Es importante deslindar estas situaciones de la llamada “inconstitucionalidad por omisión” ya que no tienen nada que ver. Y esto es así por dos razones. En primer lugar, porque en todos estos casos lo que se juzga es la conformidad con la Constitución de una acción, de una actividad (del poder ejecutivo o del judicial) y no de una omisión o inactividad (del legislativo). Precisamente porque se juzga una actividad y no una “omisión”, es por lo que en estas ocasiones el Tribunal Constitucional anula un acto o sentencia que ha vulnerado el derecho fundamental invocado. En segundo lugar, en estos casos el objeto juzgado es una norma singular, un acto administrativo o una resolución judicial, no una actividad normativa positiva general (como es la ley) o una inactividad normativa general.

5.B. El otro supuesto se relaciona con la hipótesis de la existencia de una normativa infraconstitucional que, no siéndolo en un primer momento, se convierte en inconstitucional tras una reforma constitucional. En tales casos, existe una doble tentación. Por un lado, existe la tentación de que alguno de los poderes infraconstitucionales continúe aplicando la norma (puede ser una norma legislativa o una norma de una Constitución de una entidad federada) aprovechando la “inercia” de la misma que hasta ese momento tenía plena validez y tras la nueva normativa constitucional no ha sido objeto de una derogación expresa. Por otro lado, existe la tentación de reaccionar frente a esa eventual práctica que se acaba de referir por la vía de denunciar una “omisión” del legislador derogando expresamente... ¿una norma inferior contraía a la Constitución! La fascinación por la “innovación” del constructo de la “inconstitucionalidad por omisión” lleva así a olvidar categorías clásicas tan absolutamente elementales como la de la derogación tácita. Un caso de estas características fue discutido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana donde un municipio suscitó una controversia constitucional por la supuesta “omisión” de los poderes de su Estado federado al no haber derogado expresamente una disposición

³⁶ STC 15/1982, de 13 de abril.

³⁷ STC 31/1994, de 31 de enero; 47/1994, de 16 de febrero; 98/1994, de 11 de abril; 240/1994, de 20 de julio; y 307/1994, de 15 de noviembre.

³⁸ STC 67/1998, de 18 de marzo; STC 184/2003, de 23 de octubre.

legislativa que se convirtió en inconstitucional a raíz de una reforma de la Constitución federal. Afortunadamente, la Corte mexicana declaró que tal pretensión no era oportuna, aunque resulta asombroso que el resultado se decidiera por sólo seis votos contra cuatro³⁹.

6 REFLEXIONES FINALES

6.A. El constructo discutido no se coherente 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 democrática 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. Esto significa que si anulamos el principio de división de poderes nos veríamos abocados a una de estas dos consecuencias: bien la afirmación del principio democrático radical (que implicaría la supresión del Tribunal Constitucional, pues bastaría con el Parlamento), bien la afirmación del principio aristocrático⁴⁰ 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.

6.B. El constructo impugnado, aunque nace del deseo de llevar a las últimas consecuencias el principio de supremacía 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”.

6.C. Una de las notas que caracteriza un ordenamiento jurídico es la pretensión de coherencia. 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). Ambos supuestos implican una quiebra en la coherencia del ordenamiento. Pero también es cierto que no hay ningún ordenamiento absolutamente coherente. Al evaluar la coherencia de un ordenamiento podemos adoptar dos perspectivas: realista o utópica. Para mí, no hay duda de la elegible. Mientras una perspectiva utópica resulta, en su pureza conceptual, ineficaz para comprender la realidad; una perspectiva realista, resulta científicamente más provechosa. Partiendo del hecho (universalmente constatado) de que es imposible conseguir el ordenamiento jurídico de perfecto (esto es, sin ningún incumplimiento o con sanción de todos los incumplimientos); cabe plantearse, la siguiente pregunta: en caso de que el ordenamiento sufriera incumplimientos, ¿cuáles de ellos serían más tolerables o menos dañinos para el sistema democrático? O dicho en otros términos: ¿en qué condiciones la voluntad popular aparece menos despreciada? En esta materia, para mí, siempre y en todo caso, me parece preferible que la voluntad decisiva sea la del parlamento en lugar de la del Tribunal Constitucional, pues el primero tiene más legitimidad democrática directa y se somete a una responsabilidad política, a diferencia del segundo que carece de la primera y no se somete a la segunda.

6.D. La pretensión de buscar la coherencia del ordenamiento mediante la introducción del constructo controlador de la inactividad del

³⁹ Controversia constitucional 7/2012. promovida por el Municipio de San Pedro Garza García, Estado de Nuevo León, en contra de los poderes legislativo y ejecutivo del mencionado estado. La Corte rechazó la oportunidad de la pretensión del Municipio citado por seis votos (ministros Cossío Díaz, Franco González Salas, Pardo Rebolledo, Aguilar Morales, Valls Hernández y Pérez Dayán) contra cuatro (Gutiérrez Ortiz Mena, Zaldívar Lelo de Larrea, Sánchez Cordero y Silva Meza). Puede consultarse la transcripción del debate de la Corte, celebrado el 11 de junio de 2013, en las páginas 16 a 45 de este enlace: <http://www.scjn.gob.mx/PLENO/ver_taquigraficas/11062013PO.pdf>.

⁴⁰ PEGORARO, Lucio. *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*, Giappichelli, Turín, 1998, p. 130.

legislador resulta incoherente con sus propios puntos de partida. La admisión del constructo se argumenta apelando al principio democrático, pretendiendo dar cumplimiento a “voluntad del constituyente”, para lo cual defiende un desapoderamiento del Parlamento en beneficio de un órgano técnico-jurídico como el Tribunal Constitucional. Sin embargo, ¿a quien beneficia este desapoderamiento en favor de una élite de “juristas”? No al pueblo ciertamente, sino a ciertos grupos entre los que se mueve esa élite. El constructo discutido corre el riesgo así de convertirse en la vía para establecer un nuevo despotismo ilustrado o para sustituir un Derecho democrático por un “Derecho de juristas”. Nadie duda de que la ideología del “*juristen Recht*” pueda ser defendida, pero resulta un sarcasmo que esto se haga apelando al principio democrático.

6.E. Por todas las razones que se han expuesto aquí se sostiene que estamos ante un artefacto cuya encaje en el edificio constitucional trabajosamente construido durante dos siglos es sumamente discutible. Resulta imposible no 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”.

BIBLIOGRAFÍA

- ABI-SAAB, Georges. “Éloge du <Droit assourdi>. Quelques réflexions 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.
- BLANCO VALDÉS, Roberto. *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.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Staat und Gesellschaft*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1976.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. “Grundrechte als Grundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik”, *Der Staat* n° 29 (1990), p. 1 ss.
- COTTA, Sergio. *Itinerarios humanos del Derecho*, trad. de Jesús Ballesteros, Eunsa, Pamplona, 1978.
- ELÍAS DE TEJADA Y SPÍNOLA, Francisco. *Tratado de Filosofía del Derecho*, t. II, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1976.
- GARRIDO MAYOL, Vicente. *La responsabilidad patrimonial del Estado. Especial referencia a la responsabilidad del Estado-legislador*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- GARRORENA MORALES, Ángel. “Cuatro tesis y un corolario sobre el Derecho Constitucional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional* n° 51 (1997), p. 37 ss.
- HÄBERLE, Peter. “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.
- Alexander; MADISON, John; JAY, John. *The Federalist Papers*. New York: Penguin, 1961.
- HART, H. L. A. *El concepto de Derecho*, trad. de Genaro R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990.
- KELSEN, Hans. “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)”, Traducción de Juan Ruiz Manero, en KELSEN, Hans, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Debate, Madrid, 1988, p. 109 ss.
- KELSEN, Hans. *Teoría pura del Derecho. Introducción a la ciencia del Derecho*, trad. de Moisés Nilve, Eudeba, Buenos Aires, 1989 (26ª ed.).
- MONTESQUIEU. *El espíritu de las leyes*, trad. de Pedro de Vega y Mercedes Blázquez, Tecnos, Madrid, 1987.
- NIETO GARCÍA, Alejandro. “Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional”, *Revista de Administración Pública* n° 100-102 (1983), p. 371 ss.
- PEGORARO, Lucio. *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*, Giappichelli, Turín, 1998.
- PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 1995 (2ª ed.).
- PFERSMANN, Otto. “Carré de Malberg et <la hiérarchie des normes>”, *Revue Française de Droit Constitutionnel* n° 31 (1997), p. 481 ss. (Hay traducción castellana de Carlos Ruiz Miguel en Cuadernos Constitucionales. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional* n° 4 [2001], p. 153 ss.).
- PFERSMANN, Otto. “Contre le néo-réalisme. Pour un débat sur l’interprétation”, *Revue Française de Droit Constitutionnel* n. 50, 2002, p. 279 ss. y n. 52, 2002. p. 789 ss.
- PFERSMANN, Otto. “Le sophisme onomastique: Changer au lieu connaître. L’interprétation da la Constitution”, en Ferdinand Mélin-Soucramanien (dir.), *L’interprétation constitutionnelle*, Dalloz, Paris, 2005, p. 33-60
- PFERSMANN, Otto. “Unconstitutional constitutional amendments: a normativist approach”, *Zeits-*

chrift für Öffentliches Recht n. 67, 2012, p. 81 ss. (p. 99-100) [traducción española de Carlos Ruiz Miguel: “Reformas constitucionales inconstitucionales: una perspectiva normativista”, en *Revista Española de Derecho Constitucional* n° 99, 2013, p. 17-60.

REISMAN, Michael. “The Concept and Functions of Soft Law in International Politics”, en Emmanuel G. Bello & Bola A. Ajibola (coords.), *Essays in honour of Judge Taslim Olawale Elias*, Martinus Nijhoff, Dordrecht/Boston/Londres, 1992, p. 135 ss.

RIVAYA GARCÍA, Benjamín. “Teorías sobre la Teoría del contenido mínimo del Derecho Natural”, en *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED* n° 15, 2000, p. 39 ss.

RUIZ MIGUEL, Carlos. “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.

SCHAPIRO, Robert A. “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° 20-21, 1997, p. 73-96.

SCHEUNER, Ulrich. “Staatszielbestimmungen” (1972), en Manfred Friedrich (ed.), *Verfassung. Beiträge zur Verfassungstheorie*, Wissenschaftlicher Buchgesellschaft, Darmstadt, 1978.

SCHNEIDER, Hans Peter. *Democracia y Constitución*, trad. de Joaquín Abellán, CEC, Madrid, 1991.

VEGA GARCÍA, Pedro De. “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.

A judicialização do direito europeu e a chamada inconstitucionalidade por omissão

Sumário: 1. Justificação e propósito do estudo; 2. Pressupostos conceituais; 2.A. A insuficiência da concepção judicialista do Direito; 2.B. A relatividade do valor jurídico da Constituição; 2.C. O caráter no monopólio de defesa da Constituição; 2.D. A separação de poderes como dogma constitucional; 2.E. O controle da atividade do legislador no esquema de separação de poderes; 3. As aporias substantivas do controle de inatividade do legislador; 4. As aporias orgânico-procedimentais do controle de inatividade do legislador; 5. Suposições impróprias da chamada “inconstitucionalidade por omissão”; 6 Reflexões finais; 7. Bibliografia.

Palavras-chave: Judicialização do direito europeu. Inconstitucionalidade por omissão. Inatividade do legislador.

Summary: 1. Justification and purpose of the paper; 2. Main concepts; 2.A. Judicialist concept of law: an insufficient notion; 2.B. The relativity of the legal value of the Constitution; 2.C. The character of monopolization of defense of the Constitution; 2.D. Division of powers as a constitutional dogma; 2.E. Control of legislative activity on the division of powers system; 3. The substantive paradox of control of legislative inactivity; 4. The procedural-organic paradoxes of legislative control inactivity; 5. Improper standards of the so-called “unconstitutionality by omission”; 6. Final reflections; 7. Bibliography.
Keywords: Judicialization of european law; Unconstitutionality by omission; Legislator inactivity.

Recebido em: março/2015.

Aprovado em: maio/2015.