

# LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN. TEORÍA GENERAL. DERECHO COMPARADO. EL CASO ESPAÑOL (\*)

JOAQUÍN BRAGE CAMAZANO

En este libro se aborda el estudio de una cuestión que, hasta hace poco tiempo, apenas había sido tratada por la doctrina española: la inconstitucionalidad por omisión. El autor lleva a cabo un concienzudo análisis de los componentes conceptuales de la figura tanto desde una perspectiva positiva como negativa, así como un ensayo tipológico de la inconstitucionalidad por omisión, y la define como «la falta de desarrollo por parte del Poder Legislativo, durante un tiempo excesivamente largo, de aquellas normas constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo, de forma tal que se impide su eficaz aplicación».

El libro se estructura claramente en cuatro partes, en la primera de las cuales el autor —tras un capítulo introductorio sobre el *status quaestionis* a nivel doctrinal y los presupuestos metodológicos para su estudio— formula la propuesta conceptual a que se acaba de aludir y que, con el análisis cuidadoso de las consecuencias que se derivarían de la aceptación o el rechazo de este instituto y el examen detallado de las distintas posibilidades de articulación práctica de la figura estudiada (especialmente, a nivel procesal), constituye una auténtica teoría general de la inconstitucionalidad por omisión, construcción dogmática ésta repleta de dificultades y en la que, a juicio de Fernández Segado, prologuista y director de la tesis doctoral en que tiene su origen este libro, «reside posiblemente el principal mérito científico» de la obra.

Es de destacar que el autor vincula su concepción de la inconstitucionalidad por omisión a un determinado tipo de normas constitucionales, cuales son

---

(\*) JOSÉ JULIO FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho Comparado. El caso español*, Civitas, Madrid, 1998, con prólogo de Francisco Fernández Segado.

los encargos al legislador, normas incompletas o de eficacia limitada que, dada la previsión explícita o implícita en ellas contenida, resultan de obligatorio y concreto desarrollo para que cobren eficacia plena. La falta de desarrollo de este tipo de normas constitucionales por parte del legislador ordinario es la que puede dar lugar a la inconstitucionalidad por omisión, y para verificar su existencia habrá que atender a cada caso concreto (tiempo transcurrido, contexto político, circunstancias económicas y políticas, etc.). El autor, por otro lado, desvincula en buena medida la inconstitucionalidad por omisión del Estado social y de los derechos sociales, pues con relación a ellos no podría hablarse de encargos constitucionales al legislador al no existir obligatoriedad de desarrollo en un tiempo determinado, criterio éste con el cual marca distancia Fernández Segado en su prólogo, al considerar, por el contrario, que la inconstitucionalidad por omisión «podría servir para activar de manera directa a los derechos sociales».

En cuanto a la articulación procesal práctica para hacer efectiva la responsabilidad por omisiones inconstitucionales, se refiere el autor a un eventual derecho a la legislación de los ciudadanos, derecho éste que, pese a «su indudable interés», no existe en nuestro ordenamiento «aunque resulta necesaria una importante profundización en semejante cuestión». La vía fundamental de articulación práctica de la figura reside, a juicio del autor, en «el recurso a las recomendaciones al legislador y a las sentencias aditivas», que se estudian en el libro con detenimiento, junto a otros posibles cauces procesales de la conducta omisiva del legislador.

La segunda parte del libro está dedicada a un completo análisis de Derecho Comparado, y distingue aquí, certeramente, el autor entre los países en que existe un reconocimiento positivo expreso de la figura (la antigua Yugoslavia, Portugal, Brasil, Argentina y Costa Rica) y aquellos otros países en que tal reconocimiento positivo no se da (Alemania, Italia, Perú, Argentina y México). El estudio es exhaustivo y riguroso. Únicamente se echa en falta un examen comparativo en profundidad con relación a los Estados Unidos, laguna ésta que perdura en nuestra doctrina todavía hoy, después de haberse publicado los libros de Villaverde Menéndez y Gómez Puente. Es obvio que la «solución norteamericana» se refiere no solamente a un diverso contexto socio-político y económico, sino también a un sistema jurídico muy diferente pero, salvadas todas las distancias, el norteamericano es un modelo que podría ofrecer, con las debidas adaptaciones, algunas vías novedosas de encauzamiento de esta problemática y, en cualquier caso, merece ser estudiado con una atención que hasta ahora le ha sido negada, con la excepción de la publicación en *Cuadernos Constitucionales* (núms. 20-21) del artículo de Robert Schapiro.

La tercera parte de la obra se dedica al estudio del caso español, que se di-

vide en dos grandes capítulos. En el primero de ellos, se trata de evaluar el grado de desarrollo normativo de nuestra Constitución, con la finalidad fundamental de detectar las posibles ausencias de desarrollo obligatorio, o los supuestos de desarrollo normativo insuficiente para dotar de efectividad al respectivo precepto constitucional, que aún se constatan hoy en día y que concreta el autor en la falta de desarrollo de las prescripciones de los artículos 20.1.d) [secreto profesional en el ejercicio de la libertad de comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión], 22 [derecho de asociación], 28.2 [derecho de huelga], 29.1 [derecho de petición], 37.2 [derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo], 52 [organizaciones profesionales que contribuyan a la defensa de los intereses económicos que les sean propios], 53.2 [procedimiento preferente y sumario de tutela de las libertades y derechos del artículo 14 y de la Sección Primera del Capítulo II de la Constitución], 57.5 [Ley Orgánica de Sucesión a la Corona], 72.2 [Reglamento de las Cortes Generales] y 105.b) [Ley de secretos oficiales] de nuestro Texto Constitucional. Son estos, en cualquier caso, supuestos excepcionales pues la mayor parte de los encargos constitucionales al legislador han sido ya cumplidos.

En el capítulo noveno se aborda la cuestión de las posibilidades de articulación práctica en España, con especial referencia a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que incide en la inconstitucionalidad por omisión y afecta de forma positiva al legislador. Aquí estriba, sin duda, el nudo gordiano de la cuestión, pues si parece claro que el ordenamiento jurídico debe reaccionar también ante las omisiones que redunden en una situación de inconstitucionalidad, también lo es que la respuesta tiene que ser diversa para cada caso en función de la propia naturaleza de la omisión inconstitucional, y aquí la casuística podría tener su importancia (piénsese, a modo de ejemplo, en la no fácil articulación práctica de una solución para el caso eventual de una ley penal exigida por la protección debida a determinados bienes o valores constitucionales que se reputa discriminatoria, dada la imposibilidad absoluta de aplicación extensiva en estos supuestos y la posible gravedad de la anulación a secas de la ley). Debería tratar de elaborarse un catálogo con soluciones técnicas diversas, y dotadas de una intensidad distinta, para ciertos grupos de casos que la inconstitucionalidad por omisión plantea.

Es probable, y así acaba el autor su estudio, que el tema que nos ocupa presente en el futuro inmediato nuevos desarrollos, algunos de los cuales no podemos ni imaginar, y también nuevos enfoques. Sin duda que eso habrá de ser así de manera particular con relación a las vías jurídicas que permitan hacer operativa la sanción de las omisiones inconstitucionales, especialmente si se tiene presente que éstas se mueven por lo general en un terreno muy movedizo, y re-

quieren un difícil equilibrio entre el siempre necesario respeto de la libertad de configuración del legislador y la enérgica pretensión de validez que toda norma constitucional encierra.

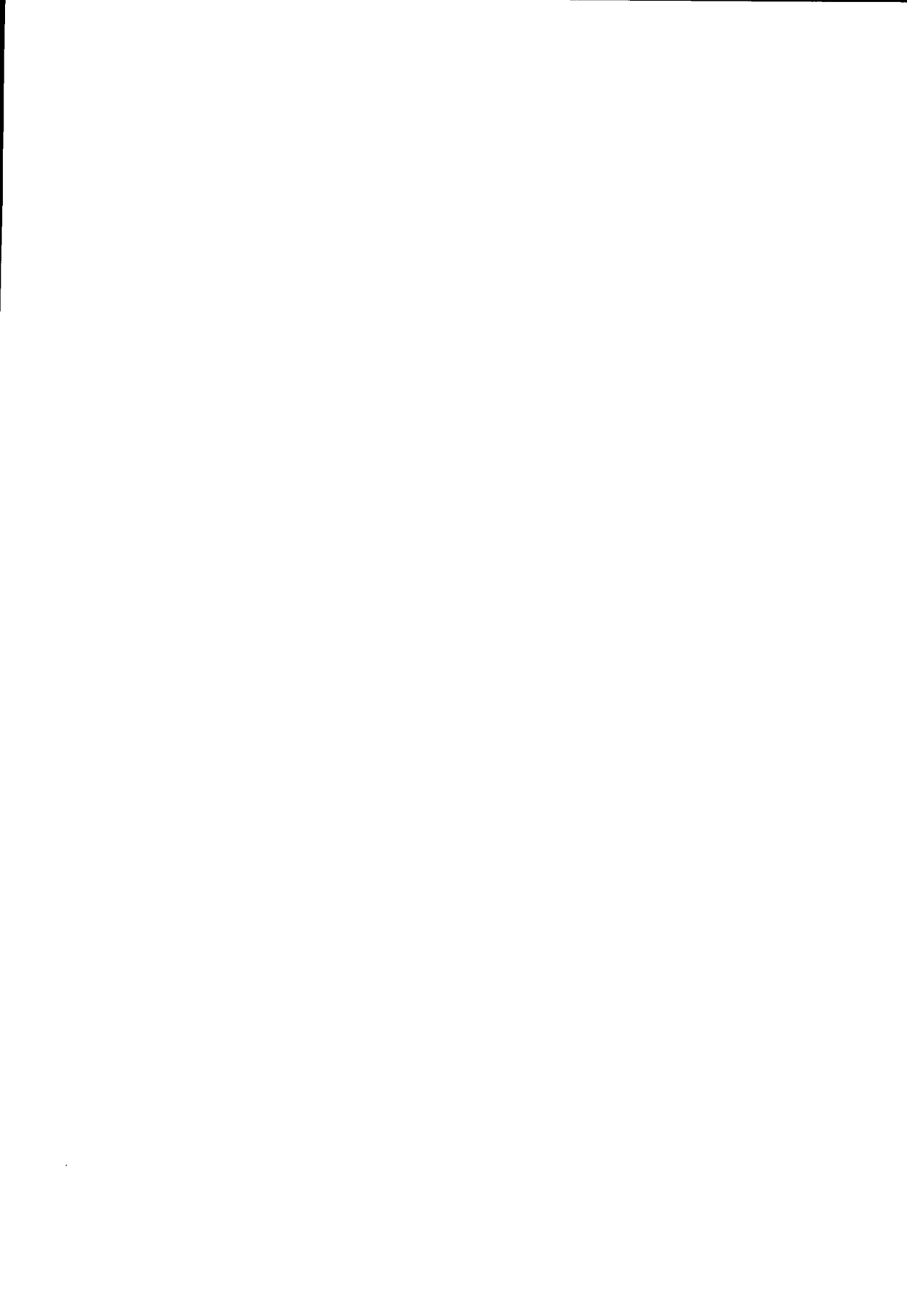
Ahí está uno de los problemas más difíciles de la jurisdicción constitucional y también del Derecho Constitucional de nuestros días: los límites del TC respecto de los otros poderes constituidos, problemática ésta de carácter más general, pero que se plantea con singular relevancia también con respecto a la inconstitucionalidad por omisión. Y aquí las referencias al *judicial self restraint*, tan frecuentes en sus diversas variantes, resultan más bien de poca ayuda, como también cualesquiera intentos de trazar límites rígidos y globales. Más bien, habría que fijar parámetros variables de control que determinen, con carácter general, la densidad de control del TC con respecto a diversos tipos de normas constitucionales, en la línea, cuando menos, de lo que ha hecho el Tribunal Constitucional alemán, cuando distingue entre el control de evidencia, el de admisibilidad y el control material intensificado (*Evidenzkontrolle, Vertretbarkeitskontrolle und intensivierete inhaltliche Kontrolle*: BVerfGE 50, 290, 333), o en la línea del Tribunal Supremo de los Estados Unidos al diferenciar el *ordinary, intermediate* y el *strict scrutiny* [*Widmar v. Vincent*, 454 U.S. 263 (1981); *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190 (1976) y 412, 415 *Royster Guano Co. v. Virginia*, 253 U.S. 412, 415 (1920)]. Lo que parece fuera de toda duda es que el control intensificado o estricto habría de aplicarse, por lo pronto, en materia de derechos fundamentales.

En cualquier caso, esos parámetros generales de la intensidad del control constitucional según la materia constitucional afectada habrían de ser probablemente modulados para los casos de omisiones legislativas, al margen ahora de la necesidad de aplicar también distintas modalidades técnicas para sancionar los diversos tipos de supuestos de omisión imaginables. Y si la valoración del contexto político, económico y social es siempre ineludible para el Juez de la Constitución, la sensibilidad y atención a dicho contexto es de importancia aún mayor en el terreno de la inconstitucionalidad omisiva. Todo ello hace extremadamente complejo el tratamiento de la misma, pero la propia naturaleza de las cosas así lo exige, como también la propia seguridad jurídica. Debería, en particular, evitarse la intervención en este campo a golpe de sentencias sin ningún tipo de parámetro previo que discipline la densidad de control constitucional.

Desde una perspectiva más general, parece difícilmente discutible, y es importante destacarlo, que la necesidad de utilizar técnicas, fundamentalmente jurisprudenciales, superadoras de las omisiones inconstitucionales con una frecuencia destacable no es un buen síntoma de la salud de un sistema democrático ni de un sistema constitucional. Por ello, el mejor destino de estas técnicas

sería el baúl de los recuerdos o de los institutos obsoletos. Pero, hoy por hoy, no es ni puede ser así. Son éstas, más bien, técnicas *in nascendo* y que probablemente están destinadas a adquirir creciente importancia en el mundo cada vez más complejo (también para el legislador) de nuestros días y que, bien utilizadas, pueden ser un importante desarrollo de la jurisdicción constitucional, sin que tengan que ser un aliciente para la desidia legislativa, sino justamente todo lo contrario. Pero el riesgo de suplantarse por vía jurisdiccional al legislador, incluso con su consentimiento siquiera tácito, existe y no deberá perderse en ningún momento de vista, aparte ya las limitaciones estructurales de toda jurisdicción en este ámbito.

En fin, como Fernández Segado destaca en su prólogo, «la tesis que se defiende [en el libro] es polémica, no nos cabe la menor duda; es posible incluso que algunos la consideren provocativa, pero, precisamente por ello, este libro se adecua a la función primaria que toda obra científica está llamada a cumplir: innovar, crear, provocar. En ello están las fuentes del avance del conocimiento». Estamos, en suma, ante «una obra de relieve y, por encima de otras consideraciones, enormemente creativa, que viene a rellenar una laguna existente en la investigación de un campo científico hasta ahora casi virgen pese a su relevancia, y por lo mismo contribuye al progreso del conocimiento». Es seguro, por otro lado, que en este terreno se producirán en los próximos años avances y desarrollos, pero también lo es que esta obra, dada su intrínseca calidad, mantendrá su vigencia y tendrá la importancia de haberse aventurado, junto a otras, a abrir nuevos senderos en el campo del Derecho Constitucional. Ése, y no otro, es el objetivo de todo investigador de nuestra disciplina, y en este caso se ha alcanzado con creces.



*RESEÑA BIBLIOGRAFICA*

