

EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS OMISIONES LEGISLATIVAS

M^a Angeles Ahumada Ruiz

Profesora de la Facultad de Derecho
de la Universidad Autónoma de Madrid

INTRODUCCION

Es una constante en los últimos tiempos referirse, al analizar el desenvolvimiento de las funciones de los Tribunales Constitucionales, a la función no sólo de «legislador negativo» sino también de «legislador positivo» que, cada vez con menor timidez, eventualmente desempeñan los órganos de control de la constitucionalidad. Dejando aparte justificaciones evolucionistas («la función crea al órgano» y, en este caso, es a necesidad la que atribuye la competencia) normalmente no ha dejado de causar alarma (teórica, por supuesto) la invasión del ámbito de libertad de configuración del legislador. Al legislador compete hacer las leyes y, además, decidir cuándo las hace.

El problema del control constitucional de las omisiones del legislador encuentra dos dificultades hasta ahora insuperables: cuál deba ser la sanción de una omisión legislativa y cómo se puede instrumentar la imposición de la obligación de legislar. Porque, claro está, prever un control desprovisto de sanción no parece el remedio más eficaz. Con todo, con la expresión «inconstitucionalidad por omisión» se hace referencia a problemas muy diversos como tendremos ocasión de analizar en las páginas que siguen.

A diferencia de lo que sucede con los órganos administrativos o judiciales, el legislativo sigue siendo irresponsable por su inactividad¹. Su incumplimiento del deber de legislar (en un momento concreto) no está acompañado de sanción. Sin duda, ello es reflejo de la posición de soberanía que reviste al Parlamento cuyos actos, sin embargo, no son soberanos y sí están

¹ Así, la doctrina del silencio administrativo ha servido de base para introducir en Derecho Comunitario el «recurso por inactividad u omisión» para aquellos casos en que en violación del Tratado, el Consejo o la Comisión se abstuvieran de pronunciarse (art. 175 TCEE).

sujetos a control ². No obstante, la necesidad de poner remedio a la obstaculización del despliegue de eficacia de los enunciados constitucionales como consecuencia de la inactividad del legislador, ha llevado a los distintos ordenamientos a buscar soluciones que, sin quebrantar el principio de la libertad del legislador, pongan remedio a la situación inconstitucional cuando ello implica en alguna medida, además, un perjuicio para los particulares ³. De ello vamos a tratar a continuación haciendo referencia concreta a las técnicas utilizadas por el Tribunal Constitucional español al enfrentarse con el problema de la omisión legislativa inconstitucional. Como cuestión previa, analizaremos el concepto de omisión y cuál deba ser el objeto de control ⁴.

CONCEPTO DE OMISION. OMISION Y LAGUNA. CLASIFICACIONES.

En un trabajo ya clásico en esta materia⁵, intentaba MORTATI una definición del concepto genérico de omisión que permitiera una ulterior delimitación de las «especies» en que se manifiesta, al tiempo que establecía la distinción con la figura muy próxima de la «laguna». Así, con carácter general, la omisión legislativa haría referencia a todo tipo de abstención de disponer frente a lo prescrito según los términos de la Constitución. A diferencia de la laguna, la omisión sería siempre incumplimiento de una obligación y, en tanto que las lagunas pueden producirse de modo involuntario, las omisiones, al ser resultado de un acto de voluntad, podrían asimilarse a los casos de expresa disposición negativa. El sentido de la omisión, por tanto, se identificaría con una forma peculiar de manifestación de la voluntad del legislador según el antiguo brocardo «ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit». Sin embargo, esta primera fijación del concepto que nos

² Toda una contradicción: se reconoce la posibilidad de que las leyes sean ilegítimas, pero no hay responsable para el supuesto de que la ley inconstitucional haya provocado un perjuicio cuantificable a los particulares. Véase, interesantísimo, el artículo de Juan Alfonso Santamaría Pastor, «La teoría de la responsabilidad del estado legislador», *RAP*, núm. 68. 1972 pp.57-136, especialmente el apartado dedicado al «ilícito legislativo».

³ La justificación es siempre que también el poder legislativo está limitado aún en su discrecionalidad por la Constitución. Una panorámica de la cuestión en el sistema norteamericano con descripción de algunos de los «remedios» adoptados en, Robert A. Schapiro «The legislative Injunction: A Remedy for Unconstitutional Legislative Inaction», *The Yale Law Journal* vol.99, 1989, pp.231-250. Según este autor, «by employing the legislative injunction to guarantee constitutional rights, judges are thus not usurping legislative authority. Rather, they are creating a new constitutional baseline, so that the legislators' exercise of discretion, be it through action or inaction, will not exceed their prerogative by violating constitutional guarantees».

⁴ Otro punto de vista para afrontar el problema de las omisiones legislativas, esta vez en conexión con los postulados del Estado Social y en relación también con el control de «calidad» de las normas en, M^a Jesús Montoro Chiner: *Adecuación al ordenamiento y factibilidad*. Cuadernos y Debates, núm. 18. CEC. Madrid, 1989, pp.15-72.

⁵ «Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore» en, *Il Foro Italiano*, 1970, pp.153-191. Tambiér. en *Raccolta di Scritti*, III, Milano, 1972, pp.925-993.

brinda MORTATI, lejos de sentar los términos provoca el primer punto de discusión: el sentido de la omisión y su caracterización frente a la laguna.

Al tratar del significado y argumentar la defensa de las llamadas «sentencias aditivas», caracteriza CRISAFULLI a éstas por declarar la inconstitucionalidad «della omessa previsione» de algo que hubiera debido ser previsto por la ley ⁶, aclarando que la omisión a veces significa propiamente exclusión y en otras ocasiones es realmente una simple omisión, esto es, «carencia de una disciplina que, siempre a juicio de la Corte, hubiera debido existir con el fin de que la norma, en su pleno significado, no entrara en contradicción con las normas constitucionales parámetro».

Si continuamos examinando la doctrina italiana en este punto, sin pretensión de exhaustividad, notaremos como otros autores obvian la distinción entre omisión y laguna (SILVESTRI) o decididamente trastocan su relación de frontera en una conexión causa-efecto: PICARDI razona que, a los efectos que interesan, la omisión tiene relevancia porque provoca una laguna.

Considera SILVESTRI ⁷ que en un primer sentido general y aproximativo, constituye omisión legislativa «la mancata emanazione di leggi ordinarie in funzione attuativa di istituti o principi contenuti nella Carta costituzionale». A partir de aquí, será posible distinguir entre «lagunas institucionales» (las que hacen imposible el funcionamiento práctico de órganos o entes previstos por la Constitución) y «lagunas normativas» (en donde determinados supuestos de hecho no están regulados, en todo o en parte, según los principios constitucionales, o no se hacen operantes institutos delineados con carácter general en la Constitución). Estamos entonces en presencia de una laguna por relación con la Constitución: se reconoce la falta de una normativa legal que *debiera ser pero no es* a causa de la inercia del legislador.

El argumento de PICARDI ⁸ que procura ser rigurosamente técnico-jurídico, parte del presupuesto de que el problema de las omisiones del legislador debe resolverse propiamente en el problema de las lagunas. Entiende que la omisión del legislador es «una situación caracterizada, por un lado, por un precepto constitucional que prescribe un determinado comportamiento del legislador (emanar normas legislativas de actuación) por otro lado, por un comportamiento concreto del legislador que desdice, en todo o en parte, aquel descrito por el precepto constitucional». El resultado desemboca en el defecto parcial o absoluto de una normativa en actuación de la disposición constitucional y, por tanto, en una laguna del ordenamiento. Según este autor, el concepto de «omisiones del legislador» interesa en cuanto que explicación sociológica o política del

⁶ Vezio CRISAFULLI, *Lezioni di Diritto Costituzionale* vol. II, Padova, 1984, pp.403-404.

⁷ Gaetano SILVESTRI, «Le sentenze normative della Corte Costituzionale», *Giurisprudenza Costituzionale*, 1981, pp. 1684-1721.

⁸ Nicola PICARDI, «Le sentenze integrative de la Corte Costituzionale», en *Scritti in onore di C. MORTATI*. IV, Roma, 1977, pp.599-634.

fenómeno, pero el único problema jurídico que plantea es el de la «laguna».

Coinciden los autores en señalar como pionero en el tratamiento del tema, afrontándolo desde bases científicas, a WESSEL, quien dota por primera vez de entidad propia al concepto de «omisión del legislador» (*Unterlassung des Gesetzgebers*) configurándolo como fundamento posible del «*Verfassungs/beschwerde*», es decir, admitiendo la posibilidad de que la vulneración de derechos individuales traiga causa de un «no hacer» del legislador⁹. A esta misma época corresponden los trabajos de LECHNER¹⁰, quien entiende poder ampliar los supuestos de impugnación de las omisiones del legislador, con certeza, a los conflictos de atribuciones y, con algunas dudas debido a obstáculos de índole procesal, al recurso incidental. El problema del control de las omisiones del legislador llamó la atención de la doctrina alemana desde el primer momento (no olvidemos que la ley de BVerfG es de 1951) fijando ya los puntos en torno a los cuales, desde entonces y hasta hoy, ha venido girando la discusión.

De WESSEL procede la clasificación comúnmente admitida que distingue entre omisiones absolutas y relativas. Absolutas en tanto que falta cualquier disposición de desarrollo legislativo del precepto constitucional y relativas cuando la actuación del legislador ha sido parcial al emanar una ley que disciplina sólo algunas relaciones y no otras aun tratándose de supuestos análogos, con consiguiente lesión del principio de igualdad. Aun cuando éste es el supuesto típico —violación del principio de igualdad a causa de una omisión inconstitucional— en general se habla de omisiones relativas para referirse a los casos en que la regulación dada por el legislador es incompleta, defectuosa o no idónea para cubrir los hipotéticos supuestos que abarca la norma. El sentido práctico de la distinción no está en el mero afán clasificatorio sino en sus efectos a la hora del ejercicio de un control jurisdiccional: siempre según WESSEL, la omisión absoluta provoca la imposibilidad de cualquier intervención represiva, no sucediendo así en los supuestos de omisión relativa en donde se abren espacios para la actuación del intérprete de la norma incompleta o defectuosa. Aunque generalizada esta distinción, se ha señalado que la omisión absoluta rara vez se da; no cabría en los supuestos en que los preceptos constitucionales están formulados de manera tal que resultan autoaplicativos. La subdistinción que establece TROCKER¹¹ dentro de las omisiones absolutas entre «impuras» y «puras» según que haya habido o no una normación anterior de esa materia, no parece de gran utilidad si la escisión entre la situación normativa precedente y ausencia de regulación actual ha sido operada por la aparición de la Cons-

⁹ WESSEL, «Die Rechtsprechung der BVerfG zur Verfassungsbeschwerde» en *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1952.

¹⁰ LECHNER, «Zur Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde gegen Unterlassungen des Gesetzgebers» en, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1955.

¹¹ TROCKER, «Le omissioni del legislatore e la tutela giurisdizionale dei diritti di liberta» en *Archiv. giur.* 1970, pp.88 y ss.

titución ¹². Y es que debemos advertir que, en nuestra opinión, el problema de las omisiones de legislador cobra interés en cuanto a su control y posibilidades de corrección, no bajo el aspecto de la perfección técnica en el desarrollo por el legislador de los principios y normas constitucionales o del grado de celeridad con que ponga en marcha institutos u órganos previstos por el constituyente, sino en la medida en que la inactividad del legislador provoque la lesión de derechos o libertades reconocidos en la Constitución o impida su pleno ejercicio. Es por ello que nos resulta difícil imaginar un control abstracto de la omisión legislativa desconectado de los problemas de aplicación e interpretación de la regla de derecho a los casos particulares.

EL CONTROL DE LAS OMISIONES DEL LEGISLADOR. POSICION DE LA DOCTRINA Y DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Desde un primer momento el Tribunal Constitucional ha venido a llamar la atención sobre los límites funcionales de su control en tanto que garante de la Constitución. Así, en una de sus primeras sentencias, la STC 5/1981, de 13 de febrero manifestaría en el fundamento jurídico (FJ) sexto que,

«El Tribunal Constitucional es intérprete supremo de la Constitución, no legislador, y sólo cabe solicitar de él el pronunciamiento sobre adecuación o inadecuación de los preceptos a la Constitución».

De la misma forma, ha venido a destacar el carácter de la ley como expresión de la voluntad popular y en ese sentido reconocida como fuente privilegiada e insustituible, no tanto ya porque sea expresión de una determinada opción política o desarrollo de un programa de gobierno, sino porque es fuente democrática, manifestación del pueblo representado en el Parlamento:

«(...) Este requisito deriva, como queda dicho, de la naturaleza misma de la jurisdicción constitucional y del lugar que ocupa en un Estado social y democrático de Derecho, cuyos órganos legislativos son la representación del pueblo (art. 66 CE). La ley, como emanación de la voluntad popular, sólo puede ser en principio derogada o modificada por los representantes de esa voluntad, y sólo para el caso de que el precepto legal infrinja la Constitución se ha concedido a este Tribunal la potestad de anularla».

(FJ 4, STC 17/1981, 1 de junio)

¹² PICARDI, «Le sentenze integrative...» cit p.106, lo considera relevante a la hora de la integración de la laguna que provoca la omisión, MORTATI por el contrario, «Appunti per uno studio...» cit, p.931, no cree que sea de mayor interés, al tiempo que expresa sus dudas acerca de la posibilidad misma de cualquier acción de inconstitucionalidad que se dirija contra una omisión absoluta.

Cierto que pese a la invocación que desde el pórtico de la Constitución se hace a la voluntad de la Nación Española de «consolidar un Estado de Derecho que asegure *el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular*», viene siendo lugar común entre los autores referirse a la «crisis de la ley» o a su «destronamiento» y no sólo porque una Constitución normativa ocupa el vértice del ordenamiento y se convierte en el centro de irradiación de la validez de las normas del sistema, o porque la ley perdió la inmunidad judicial y dejó de ser soberana. También, porque perdió la condición de «razón desprovista de pasión» en la que confiaban los ilustrados, una voluntad general, razonable por cuanto que se alcanza en el debate y discusión públicos. El juego de las mayorías a la sombra de los partidos ha desvirtuado de alguna forma la «confianza» en el legislador. No obstante todas estas razones, retomando la cuestión que nos ocupa, la legitimidad democrática de la ley en el Estado con Constitución privilegia a esta fuente respecto de cualquier otra y convierte la voluntad del legislador en irremplazable: «los riesgos que entraña un poder ilimitado de las mayorías ocasionales son seguramente ciertos, pero la conciencia de ellos o, lo que es lo mismo, la desconfianza frente al legislador, no puede llevar a sustituir ese poder por el, también ilimitado, de un juez que crea libremente derecho con pretexto de la Constitución, o a colocar en el lugar de la ley una decisión «ad casum», expresión de un criterio sobre cuya fijeza y generalización no tiene el ciudadano garantía alguna»¹³.

El problema de la omisión (inconstitucional) del legislador se complica, a nuestro modo de ver, porque su enjuiciamiento atiende a factores en muchas ocasiones «extra jurídicos» y supone una fiscalización de la «intención» del órgano, un proceso de la «mens legislatoris» difícilmente encajable en el proceso pretendidamente aséptico de depuración del ordenamiento en donde, dada una norma, se examina su adecuación a los principios y normas constitucionales. Dicho de otra forma, la omisión se produce por incumplimiento de una «obligación de hacer» (obligación que también podría decirse «personalísima», en el sentido civil del término) que se establece desde la Constitución; ahora bien, la Constitución no impone plazos y el tiempo es un factor determinante a la hora de decidir si la omisión es justificable o no.

En el caso español, como antes sucedió en otros países de nuestro entorno, el advenimiento de la Constitución no supuso el surgimiento por generación espontánea de un sistema jurídico nuevo y, como sabemos, sólo una pequeña porción de las normas hasta entonces aplicables fue derogada por fuerza de la Constitución. Esto provocaba la necesidad tanto de readaptación de las normas viejas al nuevo orden constitucional como de emanación de normas nuevas en sectores «vacíos» de regulación. Y no se trataba sólo de la ejecución de los «mandatos al legislador» previstos en la Constitución, se hacía preciso también solucionar los conflictos originados por las carencias normativas en aquellos los sectores en que la reserva de ley impide la suplencia por otra fuente. En estos últimos casos, sin embargo, el hecho de que desde un principio se admitiera la validez de normas preconstitucio-

¹³ F. RUBIO LLORENTE. Prólogo al libro *La interpretación de la Constitución* de E. ALONSO GARCIA. CEC. Madrid, 1984 p. XXIV.

nales siempre que fueran materialmente conformes con la Constitución, aunque procedentes de fuentes formales no de acuerdo con lo establecido para la normativa postconstitucional, hizo posible que en la tarea de adecuación a los principios constitucionales participaran los tribunales y muy especialmente el Tribunal Constitucional a través de la técnica de la «interpretación conforme», con lo que se liberó al legislador de una pesada carga si bien, temporalmente. Si no la solución idónea, sí resultó razonable en cuanto que permitió al legislador dedicarse al desarrollo de los «mandatos» no susceptibles de esta «ayuda» de los aplicadores del Derecho.

En este sentido, el Tribunal Constitucional fue comprensivo con el legislador en lo que también hubiera dado lugar a omisiones: si pasado el tiempo, la no adecuación por obra del legislador de la normativa preconstitucional hubiera provocado perturbaciones en la aplicación de un derecho en contradicción con los postulados constitucionales,

«(...) El hecho de que, como en este caso sucede, se trate de una norma cuya acomodación al espíritu de los tiempos se ha visto dificultada por circunstancias históricas *que no son imputables al legislador hoy competente, el cual por lo demás ha dado muestras de una plausible diligencia para acometer esa tarea actualizadora* no es, sin duda, determinante, pero refuerza aún más, si ello es posible, la necesidad de dar toda su trascendencia a las exigencias procesales en el ámbito de los procesos de inconstitucionalidad (...).

(FJ 4, STC 17/1981, 1 de junio)

La contribución del Tribunal Constitucional a la construcción del Estado de las Autonomías ha sido reconocida por todos y buena parte de la misma correspondió a la tarea de adecuar la distribución competencial, que procedente del Estado franquista tomaba en cuenta sólo municipios y provincias, a una organización territorial enteramente nueva: la de un Estado estructurado en Comunidades Autónomas. Los conflictos de competencia planteados, por ejemplo, en materia de legislación sobre puertos o sobre cooperativas (SSTC 77/1984 y 44/1984, respectivamente) fueron solventados, si se quiere de forma transitoria, interpretando el Tribunal que cabía llenar la laguna provocada por una ausencia de legislación referida a Comunidades Autónomas aplicando analógicamente una legislación prevista para municipios y provincias ¹⁴.

En estos supuestos, por tanto, de adaptación de la normativa preconstitucional, el Tribunal Constitucional, decíamos, se muestra transigente.

Es cierto que la figura de la «inconstitucionalidad por omisión», como tal, no está prevista ni en la LOTC ni en la Constitución, es más, el primer obstáculo de índole procesal que se opone al reconocimiento de un control de la omisión es, en primer lugar, que el Tribunal Constitucional considera como objeto del juicio de constitucionalidad el «texto», entendido

¹⁴ Ambos supuestos los estudia como ejemplo de aplicación analógica de la legislación preconstitucional Francisco J. EZQUIAGA GANUZAS en *La argumentación en la Justicia Constitucional española*, IVAP, Oñati, 1987, pp. 63-64.

como soporte material del precepto y si estamos ante una omisión, estamos ante un «vacío» de regulación, ante una «ausencia de texto»:

«Si se admite la distinción entre norma como mandato y texto legal como signo sensible mediante el cual el mandato se manifiesta o el medio de comunicación que se utiliza para darlo a conocer, la conclusión a la que hay que llegar es que el objeto del proceso constitucional es básicamente el último y no el primero.»

(FJ4, STC 11/1981, de 8 de abril)

Por esta razón, el control de la omisión por la vía del recurso de inconstitucionalidad, del control abstracto, es de casi imposible articulación¹⁵. El Tribunal ha concluido, asimismo, en una primera ocasión, que «la inconstitucionalidad por omisión sólo existe cuando la Constitución impone al legislador la necesidad de dictar normas de *desarrollo* constitucional y el legislador no lo hace» (FJ 3, STC 24/1982)¹⁶.

Además del problema del transcurso del tiempo para apreciar la existencia de omisión en el sentido de incumplimiento, el Tribunal Constitucional se enfrenta también con la cuestión de las «normas de desarrollo constitucional» que lleva a la vieja y superada polémica de las normas programáticas constitucionales pero también a la cuestión de la necesidad de la «interposición legislatoris» para que la eficacia de los preceptos constitucionales sea plena. El Tribunal acogería desde un primer momento la tesis de que *toda* la Constitución obliga y es efectiva desde el momento de su publicación, procediendo incluso a interpretaciones que, derivadas de los principios constitucionales, permitieran en ausencia de desarrollo legislativo una aplicación «per saltum» de la Constitución. Así sucedió en varias ocasiones en materia de derechos fundamentales; el Tribunal Constitucional es consciente de la laguna provocada por la inactividad del legislador, una «laguna técnica». Vienen al caso los comentarios que, referidos al empleo del método analó-

¹⁵ En este sentido se manifiesta L. AGUILAR DE LUQUE, «El Tribunal Constitucional y la función legislativa: el control del procedimiento legislativo y de la inconstitucionalidad por omisión» en *RDP* núm. 24, 1987 p.26.

¹⁶ Curiosamente, la Ponencia española que se presentó en la VII Conferencia de Tribunales Constitucionales europeos (siendo ponentes A Latorre Segura y L. Díez-Picazo y habiendo colaborado en su preparación P. Cruz Villalón y J. Jiménez Campo) concluye la breve referencia al tema de la inconstitucionalidad por omisión con la cita de la sentencia que figura en el texto y con la afirmación lacónica de que «El Tribunal Constitucional, sin embargo, no ha llegado a efectuar ninguna declaración de este tipo» (Las ponencias de esta VII Conferencia están recogidas en el *Annuaire International de Justice Constitutionnelle 1987*, ed. Económica, París, 1989, la referencia es a la p. 95). Creemos y así se intentará poner de manifiesto a lo largo de este trabajo, que esto no es así. Tampoco compartimos la idea que de omisión parece adoptar J. PEREZ ROYO, quien tras la misma cita de Sentencia, considera que el TC se ha enfrentado con el problema de la omisión al menos en dos casos que resuelven recursos previos, de inconstitucionalidad y remite a las SSTC 72/1984 y 98/1985, la primera relativa al Proyecto de Ley Orgánica de Incompatibilidades de Senadores y Diputados, la segunda al Proyecto de Ley Orgánica de Libertad Sindical. A nuestro modo de ver, no estamos aquí propiamente ante supuestos de inconstitucionalidad por omisión sino de inconstitucionalidad por vicio de incompetencia o infracción de la reserva procedimental de ley orgánica. Véase, *Tribunal Constitucional y División de Poderes*, Tecnos, Madrid, 1988, p.86 y nota 65.

gico por el TC como técnica para colmar lagunas (en este caso lagunas que encuentran origen en la inactividad del legislador, omisión del desarrollo legislativo de un precepto constitucional) realiza EZQUIAGA GANUZAS sobre dos Sentencias del Tribunal Constitucional ¹⁷:

1. STC 67/1982, de 15 de noviembre, en donde la «laguna» que el Tribunal detecta procede de la falta de desarrollo del art. 53.2 de la Constitución que prevé «un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad» para la defensa de las libertades y los derechos reconocidos en la Constitución, en lo que se refiere a la garantía jurisdiccional laboral.

«A la luz de una consideración global de la institución del amparo constitucional, la laguna debe ser colmada en el sentido de que en éste y análogos casos el proceso ante la jurisdicción laboral ordinaria puede y debe sustituir a la contencioso-administrativa como previa al recurso de amparo y agota la «vía judicial precedente» a que se refiere el art. 43.1 LOTC en relación con el art. 53.2 de la CE (...).»

2. La STC 36/1982, de 16 de junio sobre ejercicio del derecho de reunión. El problema se planteaba toda vez que no existía desarrollo postconstitucional que estableciera el procedimiento y los plazos para llevar a cabo la «comunicación previa a la autoridad» requerida por la constitución (art. 21.2) para las reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones. El argumento de la STC en el esquema de EZQUIAGA es el siguiente: «El TC en su sentencia comienza declarando que el artículo 21 CE ha derogado el derecho de reunión tal como venía regulado en la ley 17/1976, por la vía de la disposición derogatoria tres de la Constitución. Sin embargo, como el artículo 21 CE no establece los requisitos procesales para hacer efectivo el derecho, y en áreas precisamente de esa efectividad, el «vacío legislativo» existente debe ser llenado aplicando a la actual regulación los requisitos formales establecidos en la ley 17/1976, que se estiman por el TC compatibles con la Constitución con la sola condición de que se sustituya la exigencia de «solicitud de autorización» del art. 5.2 por la de «comunicación previa».

¿Por qué en estos supuestos el Tribunal Constitucional no ha hecho hincapié en la existencia de una omisión legislativa que estaba en la causa del amparo? El Tribunal se limita a constatar la existencia de la laguna y procura proceder a su integración. Algún sentido tenía la distinción de MORTATI entre laguna y omisión en cuanto que la primera imponía al juez el ejercicio de la integración del derecho a través de las técnicas que el ordenamiento prevé al efecto y la segunda suponía un límite a la función jurisdiccional toda vez que sólo la actividad del legislativo podría obviarla, entendido que cualquier actuación del tribunal en orden a «poner» lo que se omite es una usurpación de la función del legislador, una suplantación de su voluntad (MORTATI, ya vimos, entiende que la omisión es un acto de vo-

¹⁷ F. J. EZQUIAGA GANUZAS *La argumentación en la Justicia Constitucional española*, cit. pp. 52-56 y 61-62. Es interesante el comentario que en realidad concluye en ambos casos aludiendo implícitamente a la existencia de una «falsa laguna» o «laguna ideal».

luntad). Intentaremos ahora explicar hasta dónde, a nuestro modo de ver, tiene sentido la distinción, aún no compartiendo la idea básica de que laguna y omisión son fenómenos diversos.

No compartimos la opinión de que la omisión es un incumplimiento en el sentido de que hay un legislador «culpable» del vacío perturbador. Porque es difícil decidir si la deficiencia legislativa es culposa o dolosa, o hasta qué momento se considera tempestiva la actuación del legislador y a partir de cuándo se debe hablar de «inercia» o «pasividad», cuándo estamos, si se nos permite la expresión, ante el «silencio legislativo». El problema más bien coincide con aquel de la separación de funciones entre el legislador y el garante de la eficacia de la Constitución. En este sentido y ante una omisión del legislador, el Tribunal Constitucional puede actuar, a nuestro juicio, como «suplente», como «juez integrador», hasta donde su competencia le permita.

Parece válido el principio comúnmente admitido por la doctrina alemana de que los límites de la jurisdicción constitucional son idénticos a los de la interpretación constitucional ¹⁸. Así pues, dentro del ámbito de situaciones que provoca la omisión del legislador habrá que distinguir entre aquellas en que la laguna que se provoca por tal causa es «colmable» a través de las técnicas hermenéuticas y de integración que el Tribunal puede poner en práctica y aquellos otros vacíos de legislación que provocan lagunas «irrellenables» debido a la existencia de límites funcionales infranqueables por el Tribunal. ¿Cuáles serían esos límites del Tribunal, límites a su función?

El tribunal Constitucional no puede «crear» derecho. Por tanto, encontraremos esos límites,

- Cuando la regla de derecho necesaria no es deducible de los principios y normas constitucionales. No cabe la «concretización».
- Cuando la adopción del derecho que colma la laguna es ejercicio de una opción política (ámbito de discrecionalidad del legislador).
- En los propios límites del empleo de la analogía ¹⁹:
 - a. La aplicación analógica es incompatible con el principio de legalidad penal (STC 75/84, 27 de junio, FJ 5 y 6). De acuerdo también con el tenor del art. 4.2 Cc.
 - b. Es imposible cuando el legislador ha pretendido regular restrictivamente una materia («singularia non sunt extendenda»). Son los supuestos en que la omisión se identifica con exclusión.
 - c. La analogía no es utilizable para restringir derechos («odiosa sunt restringenda»).
 - d. No se puede suplir por vía analógica la falta de desarrollo legal. Son estos, entre otros, los supuestos de omisión «absoluta».

Según esto, en nuestra opinión, la omisión del legislador quedaría «su-

¹⁸ H. P. SCHNEIDER. «Jurisdicción constitucional y separación de poderes» *REDC*, núm. 5. 1982, p.39.

¹⁹ F. J. EZQUIAGA GANUZAS, *La argumentación ...cit.* p. 56-60.

plida» por la actuación del Tribunal cuando es posible reemplazar el «mandato» dirigido al legislador mediante la concretización del mismo realizada por el TC, dotando de eficacia inmediata el precepto constitucional, y cuando la posibilidad del recurso a la analogía salva el obstáculo procedimental que supone la reserva de ley.

Admitido, por tanto, que la omisión del legislador provocará una laguna colmable o no según los límites funcionales del Tribunal, la cuestión siguiente será examinar los supuestos en que el control de la omisión es rescindible en el órgano de justicia constitucional. ¿A través de qué vías puede llegar al Tribunal de impugnación de la omisión legislativa?

No podemos en este punto hacer afirmaciones rotundas, pero a la vista del comportamiento de los Tribunales Constitucionales de nuestro entorno a la hora de enfrentarse con esta cuestión, intentaremos sacar algunas conclusiones:

1. No parece posible el planteamiento de un recurso de inconstitucionalidad fundado sobre la no existencia de una actividad del legislativo. A ello se opone la literalidad del art. 161. 1. a CE. Podrían llegar quizás recursos fundados en la inadecuación, imperfección, defecto de la regularización dada, pero la omisión en sí no es impugnabile ²⁰.

2. Probablemente es posible en el ámbito de los conflictos de competencia.

En este ámbito de conflicto entiende AGUIAR que una de las fórmulas utilizadas por el TC para obviar la omisión ha sido la elaboración del concepto de «base/norma básica» en sentido material a partir de una determinada interpretación del art. 149 CE ²¹.

3. Sin duda el Tribunal se va a enfrentar con ella cuando su aparición causa la lesión de un derecho o libertad reconocido en la Constitución. La posible vulneración del derecho provocada por el vacío de legislación que origina la omisión, puede reconocerla el juez ordinario (que planteará entonces la cuestión de inconstitucionalidad) o puede no reconocerla y el asunto también podrá llegar al Tribunal Constitucional por la vía del amparo fundado en la violación del derecho, impugnando la sentencia del juez ordinario ²².

²⁰ Más adelante tendremos ocasión de examinar el caso singular de la acción en vía principal contra la inconstitucionalidad por omisión en el ordenamiento portugués.

²¹ «Una primera forma de subvenir a la quiescencia del legislador como ha detectado A. Nieto ha sido «a través de la atrevida fórmula de dar un contenido material a las normas básicas» a que se refiere con reiteración el art. 149 Const., a partir de la S. 29 de julio de 1981. «evitando el peligro de que la pasividad del legislador del Estado bloquee la producción legislativa de las Comunidades Autónomas». L. AGUILAR. «El Tribunal Constitucional y la función legislativa...» cit. p.29.

²² AGUIAR entiende que nada parece que pueda impedir su planteamiento ante el TC por medio del recurso de amparo (en todas sus vertientes), del conflicto de competencias e «incluso a través de la cuestión de inconstitucionalidad, siempre que exista una norma anterior, con rango de ley y de cuya validez dependa el fallo, que, a falta de desarrollo del legislador post-constitucional, posibilite el planteamiento de la cuestión». «El Trib. Const. y la función legislativa...» cit. p.26.

Nos parece esencial la intermediación de un juez para que pueda plantearse la inconstitucionalidad de la omisión ante el TC porque hemos partido de la idea de que el problema central no está tanto en el comportamiento del legislador cuanto en el resultado de su quiescencia, esto es, la laguna. Y la laguna existe cuando falta en un ordenamiento dado la regla a la que el aplicador del Derecho puede referirse a la hora de resolver el conflicto que se le plantea. No caben lagunas en abstracto: «lo característico de la laguna es que un caso no está regulado por el Derecho debiendo estarlo (...) la laguna está siempre referida a un problema jurídico concreto al que el ordenamiento no da respuesta»²³. El momento de apreciación de la laguna es el de la aplicación del Derecho para la resolución de un conflicto, es decir, durante el desenvolvimiento de la función de juzgar.

De acuerdo con lo que hasta aquí llevamos dicho, ¿cuándo y cómo declararían el TC la inconstitucionalidad por omisión?

Respecto al «cuándo»: en aquellos supuestos en que la laguna relacionada con la omisión es insuperable y al Tribunal sólo le queda declarar la inconstitucionalidad de la situación que provoca y reclamar del legislador que cumpla con el mandato.

En cuanto a la fórmula empleada por el Tribunal para declarar la inconstitucionalidad de la omisión, creemos que ésta ha venido siendo cubierta por varias técnicas de decisión:

1. Las recomendaciones al legislador, hayan sido seguidas de un pronunciamiento de constitucionalidad o inconstitucionalidad.
2. La inconstitucionalidad parcial «cualitativa» introducida generalmente por la fórmula «en cuanto no prevé» o «en cuanto no incluye» y relacionada con la vulneración del principio de igualdad.
3. Las sentencias manipulativas en su vertiente «aditiva» o «constructiva» que suscitan la polémica por cuanto que se sitúan en el terreno movedido de la decisión-normativa, creadora de derecho.
4. Un último tipo de sentencia de mera inconstitucionalidad que, escudada en la imposibilidad de declarar nula una omisión, tendría unos dudosos efectos meramente declarativos.

A ellas nos referiremos en el apartado siguiente. En el resto de los supuestos el Tribunal no declarará inconstitucional la omisión y se limitará a colmar la laguna.

En un sólido trabajo²⁴ en torno al problema de la declaración y remedio de las situaciones «constitucionalmente imperfectas», intentando abordar la justificación o no de las variantes alemanas de sentencias que pronuncian la «mera inconstitucionalidad» de una norma (blose Verfassungswidrigkeit) o que declaran la norma «aún constitucional» (noch verfassungsmässige), de-

²³ EZQUIAGA GANUZAS, *La argumentación...* cit. p. 36-37.

²⁴ Ch. PESTALOZZA: «Noch verfassungsmässige» und «bloss verfassungswidrige» Rechtslagen, en *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz I. Festgabe aus Anlass der 25 jährigen Bestehens des BVerfG*. Tübingen, 1976 pp.499-567.

dica su autor, Christian PESTALOZZA, dos apartados al problema de la omisión legislativa como agente productor de situaciones, unas veces inconstitucionales y otras «aún constitucionales». Con relación a la omisión el obstáculo principal con que se encuentra el Tribunal es el de la dificultad de su sanción. Desde el punto de vista estrictamente dogmático, según el autor, no es posible declarar nulas las omisiones legislativas porque una «nada» no puede declararse nula. No es este el lugar para tratar el problema de la desconexión entre inconstitucionalidad y nulidad pero, en el tema que nos ocupa, propone este autor un tratamiento de la omisión que sí puede resultar de interés.

PESTALOZZA parte del lugar común que ya conocemos: la constatación de que la omisión del legislador haya sido inconstitucional implica la existencia de un correspondiente mandato constitucional de actuación (de obrar). Ahora bien, opina que no todo tipo de mandato constitucional es suficiente para fundar la inconstitucionalidad y distingue entonces entre mandatos «sustituibles» (vertretbar) e «irreemplazables» (unvertretbar), de esta forma intentará explicar el comportamiento del BVerfG en presencia de una omisión del legislador.

Si se trata de un mandato de la Constitución «sustituible», el BVerfG ni siquiera declara la inconstitucionalidad de la laguna legislativa. El supuesto típico tiene lugar en el «Verfassungsbeschwerde» contra sentencias, basado en el incumplimiento de tales mandatos. Aquí el BVerfG señala a los tribunales que a ellos les corresponde la tarea de satisfacer («erfüllen») por sí mismos, mediante la concretización (Konkretisierung), el mandato constitucional. Cuando la norma correspondiente de la GG aun sin la interposición del legislador alcanza a desplegar eficacia (Wirkungskraft), los tribunales tienen que aplicarla directamente y no pueden invocar que el legislador no haya desarrollado su mandato. El BVerfG los sitúa en posición de sustitutos del legislador. Razona después que no se trata de que se haya producido una delegación del mandato constitucional, es sólo que al legislador hay que darle tiempo para la ejecución plena del mandato y en este período, los tribunales no pueden adelantarsele. Lo curioso en la construcción de PESTALOZZA es que ante la misma situación, laguna legal provocada por la omisión, el paso de un período de tiempo indeterminado será factor decisivo para que el BVerfG considere la situación «aún constitucional» o entienda que es preciso que los tribunales den cumplimiento al mandato procedimiento al llenado (...«rechtschöpferisch») de la laguna. En cualquier caso y ante este tipo de mandatos «sustituibles» el BVerfG nunca declara formalmente la inconstitucionalidad de la omisión legislativa sino que entiende que el Verfassungsbeschwerde se dirige contra una sentencia en la que se aplicó un derecho no conforme a Constitución (no se tuvo en cuenta el mandato).

Lo característico de los mandatos «no reemplazables» es que los Tribunales no pueden suplir aquí al legislador que es negligente y hay que acudir a la declaración de inconstitucionalidad de la omisión. Desgraciadamente no queda muy claro el criterio para distinguir entre mandatos «sustituibles» e «irreemplazables» y nos parece difícil de admitir la tarea «difusa» de concretización de los mandatos encomendada a todos los juzgadores. En cualquier

caso, la construcción es sugerente y, a los fines del asunto en estudio, bien trabada, poniendo de relieve un dato que en ocasiones se olvida, y es que la calificación de una situación como inconstitucional es contingente y depende, en muchos casos, de factores externos a la norma.

TECNICAS DE DECISION DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y CONTROL DE LAS OMISIONES LEGISLATIVAS INCONSTITUCIONALES

Dedicaremos este apartado al examen de las fórmulas o técnicas de decisión con que el TC se ha venido enfrentando, a nuestro parecer, a la cuestión de las omisiones legislativas. La referencia será breve. Un desarrollo en rigor del problema exigiría sin duda que le dedicáramos más espacio.

1. RECOMENDACIONES AL LEGISLADOR

También han sido llamadas «demandas», «reclamaciones» o «apelaciones» al legislador. De su existencia saben todos los sistemas de control de constitucionalidad y han tomado carta de naturaleza como «mensaje» particularmente dirigido al legislador dentro de las sentencias de los Tribunales Constitucionales, incluido como «obiter dictum» en las mismas. Su eficacia vinculante no es clara y unas veces quedan enunciadas como «consejos» y otras como «amenazas». Su importancia es en ocasiones enorme puesto que la advertencia dirigida al legislador puede llegar a condicionar el fallo. En casi todos los sistemas de control de constitucionalidad se ha caracterizado a la sentencia que contiene una inequívoca advertencia al legislador como un tipo peculiar de sentencia, prescindiendo de que el fallo sea en sentido estimatorio o desestimatorio y, así como en España la referencia es a las «sentencias apelativas»²⁵, en Italia se habla de «sentenze-monito» y en Alemania de «Appellentscheidungen» (en Francia, pese al régimen muy diverso de control, el Consejo Constitucional también ha producido decisiones que «suministran precisiones acerca de los medios para remediar una inconstitucionalidad»²⁶).

Lógicamente, están íntimamente conectadas a la necesidad, detectada por el Tribunal, de una actuación del legislador. ZAGREBELSKY señala²⁷ que es ésta de las recomendaciones al legislador, una categoría que comprende hipótesis distintas agrupadas bajo el común denominador de procurar insertar en el proceso legislativo puntos de vista relativos al contenido de

²⁵ Este es el nombre que reciben, por ejemplo, en la Ponencia española para la VII Conferencia de Tribs. Constits. cit. en «*Annuaire... 1987*» p. 109-110.

²⁶ *Annuaire international...1987* cit. Ponencia francesa, p.153.

²⁷ *La giustizia costituzionale*. Il Mulino. 1988 pp. 320-327. También del mismo, «La Corte Costituzionale e il legislatore» en *Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*. Il Mulino, 1982 pp. 103-159. La literatura italiana sobre el tema es abundantísima.

las opciones legislativas y elaborados en sede de juicio de constitucionalidad. Con carácter general, el contenido de los «consejos» al legislador puede ser relativo al «quando» (en aquellos casos en que se insta al legislador a que legisle) o al «quomodo», acerca del modo en que la actividad legislativa solicitada debe realizarse (o, si ya realizada, cuáles serían las modificaciones deseables).

La duda principal que suscitan estas «recomendaciones» es la de su pertinencia o no. Su eficacia, como ya adelantamos, es dudosa y se hace depender de la «sensibilidad» del legislador. Sin embargo, en Italia se ha convertido en un poderoso instrumento de intervención de la Corte en la actividad del legislativo bajo la fórmula de las «decisiones de transición» o «sentencias condicionales» en el supuesto de la llamada «doppia pronuncia». En síntesis, consisten estas decisiones en la advertencia al legislador de que a no ser que la actividad que de él se solicita se lleve a cabo, cabrá una ulterior sentencia en que se declare la inconstitucionalidad a la que él no pone remedio. Por así decir, se pone plazo a la actividad del legislador; la cuestión sometida al juicio del Tribunal recibe sanción de constitucionalidad entendido que se trata de una conformidad «claudicante», condicionada a que el legislador provea. La analogía entre esta «doppia pronuncia» (Sentencia desestimatoria condicionante + Sentencia estimatoria si no se cumple la condición) dirigida al legislador y las sentencias interpretativas estimatorias que completan un anterior pronunciamiento interpretativo desestimatorio, que se dieron con frecuencia para encauzar la aplicación del Derecho en sentido constitucional por los jueces ordinarios durante la llamada «guerra delle due Corti», es muy marcada. La crítica es la misma en ambos casos: el riesgo de una usurpación por parte de la Corte Constitucional de competencias que corresponden al legislador en un caso, a la jurisdicción ordinaria en otro y la deformación del significado del control y de la calificación de la inconstitucionalidad. Las indicaciones al legislador han sido en ocasiones tan precisas que, con acierto, se ha hablado de «Sentenze-delega».

En Alemania el «Appell» al legislador aparece como «obiter dictum» en algunas ocasiones, pero forma parte inescindible de las últimas variantes de sentencias introducidas con el fin modular los problemáticos efectos, naturalmente retroactivos de la sentencia que declara la inconstitucionalidad y nulidad. Estas «Entscheidungsvariante» son las de declaración de la norma como «aún» constitucional ('noch' verfassungsmässig) o como «meramente» inconstitucional ('bloss' verfassungswidrig). Estos tipos de sentencia últimamente introducidos por el BVerfG se aplican a todas las situaciones en que el sobrevenir de la nulidad provoca un desorden tal que, a juicio del Tribunal, conviene la situación en menos conforme con la Constitución que la precedente. Incluye más supuestos que el de la omisión pero la referencia aquí es con relación únicamente a este caso. Las sentencias que declaran una regulación «aún constitucional» son similares a las sentencias condicionales italianas. Las que declaran la norma inconstitucional pero no nula o «sólo incompatible» («nur unvereinbar») provocan una situación de pendencia, de suspense jurídico, puesto que la norma inconstitucional aunque no nula es inaplicable y todo queda a la espera de la nueva regulación. En ambos su-

puestos, el «Appell» al legislador incluye lo que el que el Tribunal considera el remedio para restablecer la regularidad constitucional.

En España las «recomendaciones» al legislador han sido formuladas con cierta contención. Sin embargo, el poco afortunado recurso previo de inconstitucionalidad, preveía la posibilidad de que el TC indicara las correcciones necesarias para la mejor acomodación a la Constitución de la futura ley. Una de las más conflictivas sentencias de nuestro Tribunal, la 53/1985 referida al recurso previo de inconstitucionalidad sobre la reforma del art. 417 Cp. relativo al aborto (decidida por el voto de calidad del Presidente y acompañada del «dissent» de seis Magistrados) sirve como ejemplo paradigmático de lo que la doctrina italiana llama «sentenze-delega», intento de producir legislación vinculada. El voto particular del magistrado TOMAS Y VALIENTE es ilustrativo al respecto: «la jurisdicción constitucional es negativa, puede formular exclusiones o vetos sobre los textos a ella sometidos; lo que no puede decirle al legislador es lo que debe añadir a las leyes para que sean constitucionales. Si actúa así, y así ha actuado en este caso este Tribunal, se convierte en un legislador positivo». El mismo magistrado, ya en sede académica²⁸, se ha manifestado acerca del sentido que a su juicio tienen las orientaciones que el Tribunal, en muchas ocasiones, dirige al legislador y ensaya un modelo de tipología interesante (distingue entre recomendaciones transaccionales, cautelares, correctivas, orientadoras) sobre el que cabrían algunos comentarios que no vamos a realizar en este momento.

Lo que nos interesa destacar de las «recomendaciones» al legislador es su carácter de instrumento de comunicación directa TC-Parlamento. En la base de las mismas está siempre la necesidad apreciada por el Tribunal de una actuación del legislador para la sanación de una situación inconstitucional o relativamente constitucional. Dentro de estos supuestos está el del vacío legal perturbador de la constitucionalidad, originado por la omisión legislativa y al que el Tribunal Constitucional no puede, en el límite de sus funciones, poner remedio por sí solo.

2. SENTENCIAS ADITIVAS

En este punto, la terminología, acogida también en España, es genuinamente italiana. Las sentencias aditivas («aggiuntive» o «additive», aunque algunos autores las distinguen) se integran en el grupo más amplio de las decisiones «manipulativas», expresión que se ha utilizado para resaltar que se trata de una técnica de decisión cuyo fin es la transformación del significado de la ley bajo control, más que su eliminación o su interpretación conforme. Suponen el territorio límite de actuación de un Tribunal ante una omisión inconstitucional y su única justificación está en que ponen orden en la situación inconstitucional provocada por la inercia del legislador. La principal acusación contra ellas es que, como sugiere su nombre, implican

²⁸ TOMAS Y VALIENTE, Conferencia Inaugural de las Jornadas sobre *El Parlamento y sus transformaciones actuales*, que tuvieron lugar en Cartagena y han sido ahora publicadas bajo ese título. GARRORENA (ed.) Tecnos, Madrid. 1990. La Conferencia que citamos lleva por título «A modo de sugerencia (Notas sobre las recomendaciones del TC al legislador)», pp. 17-23.

una función positiva o integradora del Tribunal en contraste con la función negativa, «nomofiláctica» que es fundamento de la admisibilidad de un poder irresponsable políticamente que controla la producción del Parlamento democrático.

Aún debemos precisar que dentro de los supuestos que están en la base de las sentencias aditivas cabe distinguir dos hipótesis:

a. Aquellas en que la omisión se entiende como «exclusión» y por tanto la adición lo que provoca es la «admisión». Consideramos estos supuestos encajables también en la clasificación de «sentencias de inconstitucionalidad parcial cualitativa». Generalmente se refieren a aquellos casos en donde la omisión impide la aplicación de la norma a hipótesis que también debiera contemplar de conformidad con la Constitución. Un ejemplo de este tipo de sentencia aditiva en donde la omisión comporta una exclusión inconstitucional podría encontrarse en las SSTC 103/83 de 22 de noviembre y 14/83 de 23 de noviembre que extienden el derecho a una pensión de viudedad a los varones.

b. La segunda hipótesis dentro de estas sentencias aditivas es la de los casos en que la omisión es eso, una simple omisión. El contraste con la Constitución viene provocado por la inexistencia de una regla de actuación. El Tribunal integra la laguna. Un ejemplo de este supuesto podría ser la sentencia que ya mencionamos 67/1982, atinente a la «vía judicial procedente» previa al amparo en el ámbito de la jurisdicción laboral. Así sucedió también con la falta de regulación legal de la objeción de conciencia al servicio militar. El Tribunal habría de señalar que la carencia legislativa vulneraba el dictado constitucional y, por tanto, que a la espera de la emanación de la ley sería conveniente dotar al derecho de objeción de conciencia de un contenido mínimo: el aplazamiento de la incorporación de los objetores al servicio militar hasta la publicación de la ley en cuestión ²⁹. La justificación de estas sentencias es que propician el despliegue de efectos de las normas constitucionales que queda obstaculizado por la ausencia de leyes. Su principal defensor, CRISAFULLI, razona que la disciplina nueva que pone la Sentencia no procede «dalla fantasia della Corte». La Corte no crea libremente (como haría el legislador) sino que se limita a individualizar una norma ya implicada en «el sistema» y deducible del mismo. Frente a la simple «recomendación al legislador», la «adición» está dotada de capacidad autoaplicativa. Se puede considerar quizás una «legislación», pero sólo en

²⁹ «Es cierto que cuando se opera con esa reserva de configuración legal el mandato constitucional puede no tener, hasta que la regulación se produzca, más que un mínimo contenido que en el caso presente habría de identificarse con la suspensión provisional de la incorporación a filas, pero ese mínimo contenido ha de ser protegido, ya que de otro modo el amparo previsto en el artículo 53.2 de la Constitución carecería de efectividad y se produciría la negación radical de un derecho que goza de la máxima protección constitucional en nuestro ordenamiento jurídico. *La dilación en el cumplimiento del deber que la Constitución impone al legislador no puede lesionar un derecho reconocido en ella.*

Para cumplir el mandato constitucional es preciso, por tanto, declarar que el objeto de conciencia tiene derecho a que su incorporación a filas se aplace hasta que se configure el procedimiento que pueda conferir plena realización a su derecho de objeto». (STC 15/1982, de 23 de abril, FJ 8).

términos descriptivos, porque al no ser libre, sino inducida o deducida es una legislación «a rime obligate» (...) «che, per ció solo, vera legislazione non é».

El carácter muy peculiar de la «interpretación constitucional» frente a la interpretación de cualquier otra norma, hace que esta actividad del Tribunal, cuando genera normas, sea generalmente contestada. Lo que parece obvio es que ante una omisión inconstitucional el Tribunal sólo puede razonar acerca de la no constitucionalidad, por contraste con la norma que idealmente debiera existir; el problema es que la Constitución abre muchas veces una gama de «multiple choice» todas válidas y correspondientes a políticas distintas. No es al Tribunal Constitucional a quien le corresponde elegir.

3. SENTENCIAS QUE DECLARAN LA INCONSTITUCIONALIDAD PARCIAL DE UNA NORMA EN RELACION CON LA VULNERACION DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD.

Dentro de lo que se ha dado en llamar en la tipología de las formas de decisión de los Tribunales Constitucionales «tipos intermedios» (frente a los «tipos extremos»: declaración de inconstitucionalidad y nulidad o declaración de conformidad con la Constitución) el supuesto más habitual es el de la inconstitucionalidad parcial, en donde se declara la inconstitucionalidad de la norma «limitadamente a la parte... en cuanto...». Es una inconstitucionalidad «en cuanto...» (La fórmula en Italia suele ser «in quanto...», en la jurisprudencia del BVerfG se habla de pronunciamientos introducidos por la «soweit-satz»).

En este ámbito de la inconstitucionalidad parcial cabe también la diferenciación entre inconstitucionalidad parcial cuantitativa e inconstitucionalidad parcial cualitativa. A esta última nos referiremos aquí. También ha sido denominada inconstitucional parcial «ideal» o «vertical». El texto objeto del pronunciamiento permanece intocado, por ello, algunos autores hablan de declaración de nulidad parcial sin alteración del texto normativo (son los alemanes, «Teilnichtigklärung ohne Normtextreduzierung»).

La sentencia de inconstitucionalidad parcial cualitativa viene a ser la otra cara de la moneda de la sentencia interpretativa desestimatoria.

Este supuesto de la hipótesis de violación del principio de igualdad mediante omisión es probablemente el más complejo de cuantos estamos examinando y seguramente el que más ponga de manifiesto la insuficiencia de este análisis «a vista de pájaro» que venimos realizando sobre las técnicas de control de la omisión por los órganos de la justicia constitucional.

Esta situación (violación del principio de igualdad mediante omisión) se produce en aquellos casos en que la ley, regulando algunos supuestos, omite otros sustancialmente análogos o bien, cuando injustificadamente delimita el ámbito de aplicación de la disciplina de que se trate en atención al sexo, raza, opinión, religión, etc. En algunos casos el Tribunal podrá solucionar la inconstitucionalidad interpretando extensivamente la norma, incluyendo en-

tonces los supuestos omitidos o recurriendo a la analogía («ubi edem ratio, idem ius»). La cuestión no es sin embargo fácil. El principio de igualdad no impone el tratamiento igual, sino el que la diversidad de tratamientos esté justificada, sea razonable. Por otra parte, uno de los límites en el recurso a la analogía está en que no es posible interpretar extensivamente lo que se regula como excepción («singularia non sunt extendenda»).

En absoluto entraremos en el ámbito tenebroso del control de la «justicia de las leyes» o de su «razonabilidad». Sirva aquí únicamente recordar la alambicada doctrina forjada en Alemania en torno a la problemática del respeto al principio de igualdad en leyes que comportan gastos dinerarios con cargo al Estado. Se ha hablado también del supuesto especial de «discriminación por trato favorable» (gleichwidriger Begünstigungsausschluss). El telón de fondo en donde habría que situar la complejidad del caso está en la intelección de los derechos fundamentales y muy en particular el principio de igualdad, como límite invulnerable a la acción del legislativo, límite pues de su «discrecionalidad» a la hora de dictar normas o, en terminología mejor admitida, de su «libertad de configuración» (Gestaltungsfreiheit). De ahí que se haya tentado la búsqueda del control de lo que, siguiendo con la influencia de la terminología administrativista se ha denominado «exceso de poder legislativo».

El Tribunal Constitucional Federal alemán, al respecto, en una decisión fundamental (BVerfGE 8,28) para «entender» el régimen de control del principio de igualdad en la omisión, ha declarado ³⁰:

«Cuando el legislador, en contradicción con el artículo 3 GG [concerniente al principio de igualdad], privilegia a un grupo de personas, el Tribunal Constitucional Federal no puede, en línea de principio restablecer la igualdad poniendo él mismo, en lugar del legislador, un nuevo texto de ley comprensivo ahora del grupo de personas no considerado. Puede, en efecto, darse la hipótesis de que el legislador no hubiera predispuesto tal disciplina legislativa si en el ejercicio de su poder discrecional hubiera sido consciente de la incidencia del art. 3 GG. Una decisión de BVefG fundada sobre el art. 3 GG debe, siempre que sea posible, salvaguardar la libertad de opción del legislador... Si una ley, favoreciendo a determinados grupos de personas, viola el art. 3 GG, el Tribunal Constitucional puede declarar nula la norma que crea el privilegio o establecer que la falta de consideración de determinados grupos —esto es, la omisión del legislador— es (meramente) inconstitucional. En cualquiera de los dos casos el legislador puede sopesar en qué modo atender al principio de igualdad al disponer la nueva regulación. Al contrario, una decisión que declare nula una parte de la disposición es admisi-

³⁰ Tomo la versión italiana del fallo que da ZAGRABELSKY en *La giustizia...* cit. La referencia a la sentencia con comentarios en MAUNZ, comentario al art. 93 GG en los *Kommentar z. GG*, también SCHLAICH en *Das Bundesverfassungsgericht*. München, 1985, p. 167 y ss.

ble sólo cuando el BVerfG pueda suponer con certeza que el legislador habría optado, en observancia del art. 3 GG, por el texto que resta en vigor, es decir, habría extendido la ley, sin modificaciones, a todos los grupos que hubiera debido tener presentes según el art. 3 GG».

Volviendo a nuestra jurisprudencia, un ejemplo de los problemas que provoca este tipo de control y muestra, también, de una decisión de inconstitucionalidad parcial cualitativa, es la STC 116/1987 de 7 de julio, relativa a la cuestión de inconstitucionalidad sobre la regulación de los derechos que corresponden al personal de las Fuerzas Armadas de la República. El fallo de tal sentencia fue como sigue:

Estimar parcialmente la presente cuestión de inconstitucionalidad, y en consecuencia:

1º. Declarar que el art. 1 de la Ley 37/1984 de 22 de octubre, es *parcialmente inconstitucional y por tanto nulo, en cuanto excluye del ámbito de aplicación* del Tit. I de la misma a los militares profesionales que ingresaron en las Fuerzas Armadas de la República después del 18 de julio de 1936.

2º. Declarar que el art. 4 de la ley 37/1984 de 22 de octubre, es parcialmente inconstitucional y, por tanto nulo en cuanto incluye en el ámbito de aplicación del Tit. II de la misma a los militares profesionales mencionados en el número anterior.

3º. Desestimar la cuestión en todo lo demás.

Sin entrar en la justicia de la decisión, el problema estaba en una diferenciación de trato por el ámbito de aplicación de una norma. El voto particular firmado por los magistrados Rubio Llorente y Díez-Picazo, se dirige a cuestionar la técnica jurídico-constitucional de la sentencia y sirve como muestra de la crítica común de la doctrina en todos los sistemas en que estas sentencias tienen lugar (mucho más habituales en Italia, pero también en Alemania):

«(...) Como se ha recordado en multitud de ocasiones, al enjuiciar la constitucionalidad de las leyes, el Tribunal actúa adoptando el papel de lo que se ha llamado un «legislador negativo», esto es, decretando la expulsión de una norma del ordenamiento jurídico por su contradicción con la Constitución. Y ésta es la única función que en rigor puede serle requerida. En el caso concreto, era claro que el Tribunal que propuso la cuestión no podía buscar ni la nulidad de la norma, ni el mantenimiento de su vigencia, puesto que con ninguna de las dos soluciones se podía atender a la pretensión que ante él estaba planteada. El Tribunal proponente de la cuestión trató de que el Tribunal Constitucional creara una norma nueva convirtiéndose en «legislador positivo». Y esto es, finalmente, lo que el Tribunal ha hecho. Es verdad que en algunos casos relacionados con el derecho a la igualdad del art. 14 de la Constitución y con problemas de discriminación el Tribunal ha realizado lo que los italianos lla-

man una «sentencia manipulativa», mediante la nulidad parcial de la disposición, anulando de ella un inciso o una palabra, pero esto se ha hecho utilizando precisamente esa técnica y con referencia, además, a las discriminaciones típicas del artículo, 14. En el caso presente, la técnica sólo aparentemente se quiere repetir. En el apartado 1º del fallo se declara parcialmente nulo un artículo de la ley porque ha excluido de su ámbito de aplicación a una categoría de sujetos. De suerte que no hay en rigor nulidad de ningún inciso o de ninguna parte de la disposición legal. Lo que se produce es un reajuste dentro del texto legal, que, a nuestro juicio, el proceso de inconstitucionalidad no permite».

«... Entendemos que las diferenciaciones entre categorías de personas que el texto legal toma en consideración no carecían de fundamento razonable, de suerte que el legislador era libre de establecer, respecto de cada una de ellas, regímenes jurídicos diferenciados. No se trata de juzgar —una vez más hay que repetirlo— la bondad o la justicia intrínseca de la norma, cosa que la propia sentencia puntualiza al excluir la alegación relativa al art. 1.1 de la Constitución (...».

4. OMISIONES INCONSTITUCIONALES Y SENTENCIAS QUE DECLARAN LA INCONSTITUCIONALIDAD SIN NULIDAD

De las variantes jurisprudenciales últimas adoptadas por el BVerfG a partir de la década de los —70 y utilizadas cada vez con más frecuencia, hicimos mención en el apartado relativo a las recomendaciones al legislador. Se trataba de la declaración de «aún conformidad/constitucionalidad» (noch Verfassungsmässigkeit) y de «mera inconstitucionalidad» (blosse Verfassungswidrigkeit). En ambos casos la reclamación al legislador (Appell) forma parte de la estructura de la Sentencia y la sanación de la inconstitucionalidad requiere una actividad ulterior del legislativo. El uso de esta última variante de sentencia de «mera» inconstitucionalidad ha estado relacionado en la inmensa mayoría de los casos con un problema de omisión del legislativo o inercia de éste. La variante anterior, la que declara la norma «aún conforme» con la Constitución se ha venido relacionando con los supuestos de inconstitucionalidad sobrevenida postconstitucional, cuando la variación de las circunstancias de hecho en el entorno en que la norma opera hacen que ésta, en principio justificada y constitucional, devenga imperfecta y necesitada de adecuación.

Nos referimos aquí sólo a la sentencia de «mera inconstitucionalidad». La ocasión viene propiciada por la STC 45/1989, de 20 de febrero (sentencia sobre el IRPF) con la cual, a nuestro parecer, se produce la acogida de esta variante de sentencia al tiempo que el Tribunal sanciona la susceptibilidad del control de las omisiones legislativas. La sentencia concluía como sigue:

Ha decidido declarar:

1°. La inconstitucionalidad y nulidad con los efectos que se indican en el Fundamento undécimo, de los arts. 7 ap. 3°; 31, ap. 2° y 34, aps. 3° y 6°, de la ley 44/1978 de 8 de septiembre.

2°. La *inconstitucionalidad* del art. 4.2 de la citada ley, *en cuanto no prevé* para los miembros de la unidad familiar, *ni directamente ni por remisión*, posibilidad alguna de sujeción separada.

3°. La *inconstitucionalidad* del art. 24, ap. b, de la misma ley, en la redacción anterior a la ley 37/1988, *en cuanto que no incluye* entre los periodos impositivos inferiores al año, el correspondiente a los matrimonios contraídos en el curso del mismo.

Esta sentencia no fue acompañada de ningún voto particular.

La justificación que el Tribunal da para proceder a la declaración de inconstitucionalidad desconectada de la nulidad a la que parece obligar en todo caso el art. 39.1 LOTC es que «la conexión entre inconstitucionalidad y nulidad quiebra, entre otros casos, en aquellos en los que *la razón de la inconstitucionalidad del precepto reside, no en determinación textual alguna de éste, sino en su omisión*». (FJ 11).

El Tribunal Constitucional aquí se veía incapaz de colmar la laguna provocada por la omisión, «la infracción del principio constitucional de igualdad no podría ser reparada, en este caso, mediante la pura y simple extensión ...» (FJ 11).

El efecto de la Sentencia en esta declaración de simple inconstitucionalidad de la omisión intenta ponerse en claro en el FJ 10: «Esta omisión legislativa constituye una discriminación proscrita por los arts. 14 y 31.1 de la Constitución, pues no puede el legislador tampoco cuando adopte una regulación especial o excepcional, singularizar sin fundamento entre aquellos que, atendido el fin de la diferenciación, se encuentran en una posición igual. Así hemos de declararlo ahora, sin que la constatación de tal inconstitucionalidad determine, claro está, anulación alguna, pues para restablecer en este punto la igualdad que la Constitución impone basta con afirmar, con los efectos inherentes a nuestra sentencia que el art. 24.1.b de la ley 44/1978, *en cuanto regla discriminatoria «ex silentio», no podrá aplicarse* en el futuro en los procedimientos y procesos relativos a situaciones nacidas bajo su vigilancia».

A su vez, del art. 4.2 de la ley se dice que su inconstitucionalidad (por no prever) «no puede ir acompañada de la declaración de nulidad, pues su aplicación no ha violado ni viola precepto constitucional alguno en todos aquellos casos, sin duda la mayoría, en los que entre los miembros de la unidad familiar sujetos conjunta y solidariamente al impuesto median las relaciones que justifican esta modalidad impositiva...» (FJ 11).

El exhorto dirigido al legislador no deja lugar a dudas: «le cumple pues, al legislador, a partir de esta sentencia, llevar a cabo las modificaciones o adaptaciones pertinentes en el régimen legal del impuesto, sirviéndose para ello de su propia libertad de configuración normativa que, como hemos venido señalando, no puede ser ni desconocida ni sustituida por este Tribunal

Constitucional, al que en un proceso como el que ahora concluye, sólo le corresponde apreciar la conformidad o disconformidad con la Constitución de los preceptos enjuiciados, cuya ilegitimidad constitucional *sea cual sea la fórmula utilizada (nulidad o simple inconstitucionalidad) hace jurídicamente imposible su aplicación (...)*», incluso a hechos pasados.

Tras esta rara mezcla de prudencia y novedad, el aplicador del Derecho, probablemente confortado por el «*iura novit curia*», entendería que «en aplicación estricta de los efectos establecidos en la referida sentencia, a los hechos que nos ocupan, se ha producido un vacío normativo que impide a este Tribunal determinar la cuota defraudada, ya que le está expresamente vedado extender al mismo el régimen establecido para los contribuyentes no integrados en unidades familiares...», «pues no existe normativa aplicable para realizar la correspondiente liquidación, lo que conlleva necesariamente a la absolución de la procesada (...) ante la imposibilidad de determinar la concurrencia del elemento normativo de dichos tipos, cual es la cuantía de la cuota defraudada, puesto que estos delitos, como preceptos de los denominados «en blanco», han de ser completados con otras disposiciones no penales, aquí de carácter tributario que si bien en el momento de la perpetración de los hechos y de la incoación del procedimiento estaban vigentes, hoy han sido declarados inconstitucionales y por tanto de imposible aplicación para integrar la norma penal». (Audiencia Provincial de Madrid (Secc. 3ª). Sentencia 27 de marzo 1989. Fundamento de Derecho Cuarto).

Con lo que queda claro que la actuación del legislador se ve afectivamente impulsada por la STC que, detectando una omisión, la declara inconstitucional provocando «una laguna parcial en un sistema trabado que, como tal, no es sustituido por otro sistema alguno» (STC 45/1989 FJ 11).

No obstante la excelencia de este método para «inducir» al legislador a poner remedio a la situación, nos encontramos de nuevo con contradicciones de difícil justificación. Efectivamente el problema del control de la omisión reside en su sanción. En este caso, la declaración de inconstitucionalidad provoca una laguna. Cierto es que la regulación existente era defectuosa (el defecto residía en una «omisión relativa» inconstitucional). Pero si se ha venido considerando por los Tribunales Constitucionales, inconstitucional la derogación que provoca una laguna que amenaza la seguridad en el tráfico jurídico, la certeza del Derecho, ¿hemos de considerar conforme a Constitución la laguna que provoca la declaración de inconstitucionalidad?

LA BUSQUEDA DE VIAS DE CONTROL ABSTRACTO DE LA OMISION. LA ACCION DIRECTA DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISION DEL ART. 283 DE LA CONSTITUCION PORTUGUESA³¹

Parece claro que los procedimientos encaminados a asegurar la conformidad de las normas con la Constitución, en concreto, el control de normas

³¹ Para mejor apreciar la especificidad respecto de la regulación en otros países del entorno

llevado a cabo por los órganos de la jurisdicción constitucional, no han sido concebidos para sancionar las inconstitucionalidades por omisión que resultan, como hemos venido analizando de la ausencia de la «interpositio legislatoris».

De ahí la idea de prever un recurso específicamente dirigido al control de estas hipótesis de inconstitucionalidad por omisión. A excepción de Portugal, ninguno de los países europeos occidentales dotados de justicia constitucional conocen un procedimiento de estas características. No obstante, sí aparece recogido, además como competencia a ejercer «de oficio» por el Tribunal Constitucional, en ordenamientos de corte socialista (casos de Yugoslavia o Polonia), al menos a nivel formal.

Sin adentrarnos en las probables razones que justifican la posibilidad de esta competencia que implica un poderoso control sobre la actividad del órgano legislativo e incluso una facultad de impulso legislativo, casi de iniciativa legislativa en algunos casos, debemos hacer algunas observaciones en lo que al sistema portugués se refiere. En primer lugar, advertimos que el control de las omisiones legislativas fue, en origen, una competencia atribuida al guardián del cumplimiento de la Constitución: el Consejo de la Revolución, y que, después de la reforma constitucional de 1982, eredaría el Tribunal Constitucional portugués con variaciones sustanciales a la hora de su ejercicio. En segundo lugar, la Constitución portuguesa tiene como peculiaridad el gran número de preceptos necesitados de desarrollo legislativo para su completa operatividad, lo que ha originado en la doctrina intentos de clasificación de los preceptos constitucionales dirigidos al legislador (mandatos al legislador de carácter concreto y permanente; órdenes de legislar-mandatos de carácter concreto pero no permanente; mandatos abstractos de adopción de medidas legislativas —«normas-fin», «normas-tarifa»— para la prosecución de los fines y objetivos constitucionales) con el fin de someter a grados de vinculación y de control, el «deber general de legislar». Recordemos, por último, que en el sistema de control normativo portugués *objeto* de control de constitucionalidad (en el control sucesivo), tanto abstracto como concreto, son las *normas* cualquiera que sea la naturaleza del acto normativo que las contenga.

1. EL ART. 283 DE LA CONSTITUCION PORTUGUESA ³²

Prevé este artículo un recurso directo, en vía principal, para un control

européo ver en *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*. 1987, cit., el «Rapport général», p.24; también, la ponencia portuguesa presentada en esa VII Conferencia, pp. 197-221. En los mismos o parecidos términos, el artículo de NUNES DE ALMEIDA (pp. 859-889) en el núm. 60-61 *REP*, 1988, dedicado monográficamente al ordenamiento constitucional portugués. Ver asimismo, VV.AA. *La justice constitutionnelle au Portugal*, Económica. París. 1989, en concreto pp. 148-155. El estudio en particular de la regulación del control de la omisión en la Constitución portuguesa en J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, 4^a ed., Coimbra, 1989, pp. 828-833 con las referencias allí citadas; del mismo autor, «*Constituição dirigente e vinculação do legislador*». Coimbra 1982. La redacción primitiva y actual de la Constitución portuguesa en F. SOUSA PINTO *Constituição da República portuguesa. Anotada*. Coimbra, 1982.

³² Art. 283: 1. A requerimento do Presidente da República, do Provedor de Justiça ou, com

abstracto de la inconstitucionalidad por omisión. Los sujetos legitimados en este proceso son el Presidente de la República, el Defensor del Pueblo y, en su caso (supuestos en que se vean afectados los derechos de las regiones autónomas), los presidentes de las asambleas regionales. El Tribunal Constitucional deberá verificar si efectivamente se ha producido un incumplimiento de la Constitución a consecuencia de la no adopción de las medidas legislativas necesarias para hacer efectivas las normas constitucionales. La sentencia estimatoria es una sentencia meramente declarativa, verificadora, dirigida a poner en conocimiento del órgano legislativo competente la inconstitucionalidad de su incumplimiento del deber de legislar³³.

Las diferencias son muy notables respecto del tratamiento de la omisión legislativa según el texto constitucional anterior a la reforma de la Constitución operada por la ley constitucional nº 1/82 de 30 de septiembre. El antiguo art. 146.b reconocía como competencia del Consejo de la Revolución, en tanto que garante del cumplimiento de la Constitución, el velar por la emisión de las medidas necesarias para el cumplimiento de las normas constitucionales, pudiendo a tal fin formular «recomendaciones» y aún, instar la emisión de tales medidas legislativas en un tiempo razonable (antiguo art. 279 CP³⁴).

2. ¿QUE OMISIONES SON RECURRIBLES?

Coinciden los autores en señalar que no cabe la alegación de un «simple deber general de legislar». La inconstitucionalidad de las omisiones legislativas, en la interpretación de J. J. GOMES CANOTILHO, derivaría *ex art.* 283 CP del «no cumplimiento de normas que de forma permanente y concreta vinculan al legislador a la adopción de medidas legislativas concretizadoras de la Constitución», sería preciso pues, distinguir éstas de aquellas otras omisiones o, mejor dicho, de aquel incumplimiento de la Constitución derivado de la no actuación de normas-fin abstractamente impositivas. El razonamiento del que parte este autor es que el incumplimiento de los fines y objetivos de la Constitución, aunque también inconstitucional, no es fiscalizable a través de esta acción abstracta de control de inconstitucionalidad puesto que su concretización depende esencialmente de factores de oportunidad y de confrontación de opciones políticas.

No sólo tiene relevancia el tipo de mandato sin también el tipo de norma constitucional del que se hace descender, no todos los autores opinan que

fundamento em violação de direitos das regioes autónomas, dos presidentes das assembleias regionais, o Tribunal Constitucional aprecia e verifica o nao cumprimento da Constituição por omissao das medidas legislativas necessarias para tornar exequiveis as normas constitucionais. 2. Quando o Tribunal Constitucional verificar a existência de inconstitucionalidade por omissao, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente.

³³ A esta competencia del Tribunal se refieren los arts. 67 y 68 de la ley del Tribunal Constitucional, ley nº. 28/1982 de 15 de noviembre.

³⁴ Establecía este artículo que: «Quando a Constituição nao estiver a ser cumprida por omissao das medidas legislativas necessariás para tornar exequiveis as normas constitucionais, o Conselho da Revolução poderá recomendar aos órgãos legislativos competentes que as emitam em tempo razoável».

sea posible controlar la omisión que reside en la no actuación de un *principio* constitucional.

3. LA SENTENCIA QUE VERIFICA LA EXISTENCIA DE UNA OMISION INCONSTITUCIONAL.

El hecho de que, como ha venido manteniendo la doctrina portuguesa, las sentencias en este supuesto de control sean meramente de verificación, implica que están desprovistas de cualquier efecto vinculante. Y si puede decirse que el legislador está vinculado a legislar, es porque tal vinculación resulta de la Constitución y no de la decisión del Tribunal, que no abre ningún proceso legislativo.

La consecuencia, clarísima, de esta decisión de «mero reconocimiento» es que la omisión carece de sanción, toda vez que, en principio, se ha venido negando al Tribunal competencia para apreciar el problema del tiempo o de la oportunidad de las medidas legislativas necesarias y, asimismo, el Tribunal Constitucional portugués parece haberse mostrado reacio hasta el momento a emitir «decisiones apelativas»³⁵.

³⁵ Esto según el informe presentado por el Tribunal Constitucional portugués a la VII Conferencia de Tribs., en *Annuaire... 1987* cit., p. 209; también puede verse en L. NUNES DE ALMEIDA *REP* núm., 60-61, p. 876. En el sentido, a nuestro modo de ver más lógico, de interpretar estas sentencias de «mero reconocimiento» como sentencias de apelación al legislador, se pronuncia por ej. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional* cit., p. 830.