

ENTORNO AL CONCEPTO DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

JOSÉ JULIO FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ
PROFESOR DE DERECHO CONSTITUCIONAL DE LA
UNIVERSIDAD DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Sumario: I.- Introducción II.- Concepto 1.- La expresión «inconstitucionalidad por omisión» 2.- Diversas propuestas en la doctrina 3.- Propuesta: A) La falta de desarrollo B) La inconstitucionalidad: a) Inactividad del Poder Legislativo; b) Período temporal excesivo; c) Preceptos de obligatorio y concreto desarrollo: los encargos al legislador; d) Ineficacia de la norma constitucional.

I. Introducción

En la actualidad resulta innegable la trascendencia que ha adquirido el instituto de la inconstitucionalidad por omisión en el campo científico del Derecho Constitucional. En unos pocos años, desde mediados de los noventa del pasado siglo, la doctrina le ha prestado una atención desconocida hasta ese momento, por lo que la situación que denunciábamos en un trabajo anterior de nuestra autoría, acerca de la escasez de literatura sobre esta figura, ya no podría hoy sostenerse en idénticos términos¹. Ello lo considerábamos como una dificultad para el estudio del instituto, dificultad a la que sumábamos otras como las oscuridades conceptuales. Esta última, por el contrario, sí mantiene plena vigencia puesto que, por un lado, profundizar en su concepto sigue siendo una labor que reclama una elevada exigencia y precisión, y, por otro, las posiciones doctrinales y positivas continúan mostrando una elevada discrepancia entre ellas. Estos desacuerdos dificultan la elaboración y aceptación de una teoría general del instituto que pretendíamos en aquel trabajo y que seguimos defendiendo. Incluso, se conservan voces que rechazan la institución².

Recogemos en este trabajo lo fun-

damental de la postura que venimos defendiendo de omisión inconstitucional. Para ello, previa reflexión terminológica y exposición crítica de los diversos conceptos utilizados por la doctrina, vamos a precisar el instituto de forma positiva, es decir, indicando el contenido y la extensión que encierra. No lo haremos, en esta ocasión, de manera negativa, o sea, señalando la diferenciación existente con otras instituciones que se muestran con ciertos perfiles coincidentes a la que ahora nos atañe, para no alargar en exceso el trabajo. Para quien tenga interés es este aspecto puede consultar nuestro libro citado en la primera nota. Tres elementos parece que coadyuvan a menguar la claridad en la definición pretendida: en primer lugar, la propia naturaleza de este tipo de omisión; en segundo, la habitual ausencia de legislación positiva en la materia; en tercero, las indicadas conexiones con otras categorías jurídicas de límites hasta cierto punto difusos en algún caso.

Los presupuestos que nos sirven de partida en esta labor se cimientan en la consideración de la Constitución como auténtica norma jurídica superior y no como una mera suma de principios programáticos. Ello es perfectamente compatible con el reconocimiento de que

no todos los artículos de la Carta Magna poseen igual significación y protagonismo, al margen de exigir distinta intensidad de desarrollo. Esta polémica la entendemos superada, tanto a nivel doctrinal, jurisprudencial y, sobre todo, positivo. A pesar de ello, se hace necesario recordar que varios de los autores que analizaron la figura no comparten tales postulados, por lo que sus conclusiones y consecuencias son, forzosamente, muy diferentes.

II. Concepto

1. La expresión “inconstitucionalidad por omisión”

Antes de ofrecer el concepto por nosotros propuesto es necesario detenerse en la terminología que estamos empleando para referirnos a la institución considerada. Dicha terminología (“inconstitucionalidad por omisión”) es comúnmente aceptada por los distintos tratadistas. Nos serán útiles algunas reflexiones en torno a la misma, especialmente para la “omisión” (*omissão* en portugués, *omissione* en italiano, *omission* en francés, *Unterlassung* en alemán³).

Por lo que respecta al vocablo «inconstitucionalidad», no resulta problemático el uso que hacemos de él ya

que estamos haciendo referencia a una conducta vulneradora de la Carta Magna⁴. Estas vulneraciones tienen diversas causas y se presentan con matices diferentes. Asimismo, las consecuencias de tales infracciones pueden ser muy distintas. Pero todas ellas suponen un ataque a los preceptos básicos del ordenamiento jurídico y una agresión a los valores vitales emanados de las decisiones políticas fundamentales recogidas en el Texto Constitucional.

Mucho más problemático nos resulta el vocablo "omisión", que alude a una inactividad, a una inacción, a un dejar de hacer o de decir algo. La conducta humana puede estructurarse en dos grandes formas: la positiva ("face-re") y la negativa ("non facere"). Tanto una como otra son, en condiciones normales, manifestaciones de voluntad que se exteriorizan de diferente manera. La primera provocará un elemento físico nacido de dicha acción; la segunda carecerá de tal elemento físico, lo cual no es óbice para que pueda tener reflejo y repercusión en el mundo exterior. Ambas procederán del ser humano dirigido por su voluntad o por las circunstancias que a ésta dominan. Y como formas de comportamiento que son, fueron asimiladas y son utilizadas para la construcción y definición de los diversos modos de regulación de la vida del hombre en sociedad, en relación y trato con sus semejantes. En efecto, la Moral, la Ética, las reglas del trato social y también, por supuesto, el Derecho tendrán en cuenta estos diferentes aspectos y manifestaciones del complejo acontecer humano, cuyo origen se halla en la misma realidad. Estas diversas modalidades de dirigir la vida en sociedad darán relevancia a algunas inactividades del hombre cuando esta inacción altere el orden de valores establecido y protegido por los diferentes sistemas de regulación. La relevancia de tales inactividades se conectará estrechamente con el incumplimiento de una obligación que sujeta al ser humano y que le exige determinada conducta para la protección del orden defendido⁵.

El empleo de "omisión" en sentido jurídico parece tener su origen en el Derecho Romano, en el cual podemos detectar su uso en sentido privado y público, aunque en todo caso parece de poca relevancia. En la esfera de lo privado hacía referencia, por ejemplo, a aquellos casos en los que el juez se abstenía de dictar sentencia o a la figura de la preterición. En efecto, según algunos autores⁶, con omisión se aludía al olvido del testador respecto al heredero legítimo,

que ni es instituido heredero ni es excluido de la herencia. Tal olvido era la idea central de la preterición y tenía unas claras e importantes consecuencias, llegando incluso a provocar la nulidad del testamento. Otros autores⁷, en cambio, sólo utilizan para estos casos la palabra preterición, que es la que parece existir con exclusividad en el Digesto⁸ y no "omisión", vocablo que sí se encuentra en textos literarios latinos⁹. Sea como fuere, en este posible empleo nos estamos moviendo únicamente en el terreno del Derecho Privado sin conexión con las ideas que nos interesan, salvo la presencia de una obligación que sujeta al testador y cuya vulneración por un «dejar de hacer» tiene consecuencias jurídicas. En el campo del Derecho Público se emplea, por ejemplo, cuando un magistrado omite exigir una caución como la tutelar¹⁰. Lo que sí se utiliza, aunque en muy pocas ocasiones, en un sentido que podríamos denominar jurídico-público, es el verbo "omitto"¹¹, en donde se halla la raíz de "omissio-onis". De entre estos escasos usos cabe destacar que algunos de ellos hacen referencia a "neglegere"¹². Aunque, insisto, los supuestos no tienen demasiada importancia. Además, nos movemos por terreno de personas físicas, no de órganos.

De mayor relevancia para nosotros es la utilización jurídica de la idea de omisión en la ciencia del Derecho Canónico. Aquí se tendrá en cuenta la omisión de obispos y sacerdotes que supone incumplimiento de sus obligaciones, además de ciertas inactividades en el Derecho sancionador de la Iglesia que tipificarán conductas o las agravarán. Ya aparece con nitidez, en la misma conformación de esta gran parte del "ius commune", la sanción a la autoridad que incumple sus deberes por omisión.

Pero creemos que fue el sentido jurídico-penal de omisión el que se tuvo en cuenta y se trasladó al Derecho Constitucional para aludir a la institución que estamos considerando. En el ámbito del Derecho Penal los delitos y las faltas pueden provenir tanto de acciones como de omisiones de carácter doloso y culposo, siempre que estén previstas, claro está, por la ley. Ambas constituyen las dos formas de conducta humana y ambas son, también, manifestaciones de voluntad. El correccionalista español Silvela afirmaba a principios del siglo XX que la omisión era la "inactividad de la voluntad que deja de traducir la idea de la ley en hechos reales"¹³. De esta forma, entendía la omisión como la no realización de la ley, a diferencia de la acción que era la realización de la volun-

tad del sujeto actuante. La doctrina penal ha considerado que la omisión relevante para esta rama del Derecho posee una naturaleza normativa y no prejurídica, es decir, la omisión que origina la reacción del ordenamiento penal es la omisión del actuar a que obliga la ley. La existencia de un deber de hacer proveniente de una norma es, por tanto, imprescindible. Este deber de hacer que impone la norma encuentra su razón de ser en la defensa de determinado bien jurídico digno de protección. "En los delitos de omisión, el peligro para el bien jurídico existe previamente y es, precisamente, ese peligro previo el que origina, en el seno del ordenamiento jurídico, la espera de una conducta que lo conjure"¹⁴. En unos casos el tipo delictual sólo exige la infracción de una norma preceptiva que impone hacer algo; en otros supuestos, sin embargo, es preciso que la inactividad provoque un resultado; y en los delitos de comisión por omisión, se exige una vulneración de una norma preceptiva que suponga la infracción de una norma prohibitiva, encontrándose el sujeto activo en posición de garante.

Como hemos dicho más arriba, entendemos que esta idea de omisión penal fue la que se trasladó al seno del Derecho Constitucional para denominar a la institución que estamos tratando. La expresión penal tiene acuñada una carga de antijuridicidad y de reprochabilidad que está forzosamente presente en una inactividad constitucional. El trasfondo, haciendo quizá una simplificación excesiva, es el mismo: vulneración del ordenamiento jurídico a causa de un dejar de hacer por parte de quien está obligado a actuar, obligación que tiene su origen en una norma vigente en el momento de acontecer la infracción. Pese a ello, no cabe duda de que el Derecho Penal y la omisión penal se dirigen a personas físicas, únicas que pueden ser sujetos pasivos de la responsabilidad criminal. Por contra, el que incurre en inconstitucionalidad por omisión es, en principio, el Poder Legislativo, dejando ahora al margen las responsabilidades del Ejecutivo. De ahí que resulte hasta cierto punto criticable la terminología empleada. Dejación o inactividad quizá hubieran sido más convenientes para el Derecho Constitucional al estar dotadas de una generalidad trasplantable sin traumatismo de ningún tipo a los poderes públicos. Mas seguiremos utilizando la expresión comúnmente aceptada para la institución ahora estudiada por estar ya asumida con ese sentido en distintas lenguas.

Hoy en día la presencia de omisiones con relevancia jurídica en diversos sectores del ordenamiento jurídico es un hecho incontestable. Omisiones de normas jurídicas, omisiones de disposiciones no normativas, omisiones de actuaciones necesarias, de actos políticos, etc. Ello ha dado lugar a que se hayan intentado análisis generales de la problemática, aunque sin entrar en cuestiones constitucionales, de los que el más conocido es, sin duda, obra de Montané de La Roque¹⁵, a pesar de centrarse principalmente en cuestiones administrativas.

2. Diversas propuestas en la doctrina

Haciendo un esfuerzo de sistematización podemos dividir las distintas conceptualizaciones en dos grandes grupos: el primero integrado por aquellos que conciben el instituto con un carácter extenso, el segundo por los que lo entienden de dimensión más reducida. En el primer caso, la vulneración de las normas constitucionales puede producirse por la inactividad de los poderes públicos en un sentido general, con lo que se incluirían la no emisión de determinados actos políticos, actos administrativos e, incluso, la no emisión de decisiones judiciales. Así, el instituto se conecta al genérico incumplimiento de una obligación de desarrollo o de una obligación de actuar de origen constitucional sin ulteriores precisiones. En el segundo grupo la inconstitucionalidad por omisión se limitaría a la inercia del Poder Legislativo. En estos casos tal idea suele ser desglosada y se le añaden otra serie de variables que tienen necesariamente que concurrir para que efectivamente se produzca una auténtica vulneración de la Carta Magna¹⁶. Veamos algunos autores que representen concretamente las dos tendencias, que no se basan en meras formalidades sino que poseen una virtualidad significativa al incidir en el fondo y en el sentido de la institución. No se procede, insisto, con ánimo exhaustivo sino que se han buscado casos que ejemplifiquen las dos tendencias por entenderlo más operativo a nuestros efectos.

Entre los conceptos del primer grupo (concepción amplia) tenemos a Trocker que, tras indicar que el concepto de omisión se distingue sin duda (*sic*) del de inercia y del de inactividad, apunta que "l'omissione consiste in un non fare che costituisce violazione di un obbligo di attività discendente da una norma costituzionale"¹⁷. Al margen de la generalidad, la falta de un mínimo refe-

rente temporal, que parece subsumir en la idea de «violazione», la ausencia de una alusión a la responsabilidad y la consideración en términos globales de todas las normas del Texto Fundamental, resultan criticables y contrarios a un esfuerzo de precisión que lo consideramos forzoso en este instituto.

El autor luso Miranda también estaría en este grupo al estimar que "a inconstitucionalidade por omissão é a inconstitucionalidade negativa, a que resulta da inércia ou do silêncio de qualquer órgão de poder, o qual deixa de praticar em certo tempo o acto exigido pela Constituição"¹⁸. La referencia a cualquier órgano de poder denota claramente que Miranda sostiene un concepto amplio de la institución, concepto que se trata de acotar con un referente temporal (no realizar el acto en cierto tiempo) que parece que habrá que esclarecer en cada caso concreto.

De idéntica manera, en el ámbito de América Latina hay concepciones amplias de la figura. Es el caso de Sagüés, que aunque no entra de forma específica en el aspecto conceptual, indica que "aludimos a la inconstitucionalidad por omisión cuando el comportamiento inconstitucional no se traduce por actos, sino por abstinenencia de conducta"¹⁹. El también argentino Bidart Campos afirma que la inconstitucionalidad por omisión "sobreviene cuando el órgano que conforme a la Constitución debe hacer algo, se abstiene de cumplirlo"²⁰. En Brasil Rodrigues Machado habla de omisiones en la función legislativa, en la función política o de gobierno, en la función administrativa y en la función jurisdiccional²¹.

La propuesta del maestro italiano Mortati, plasmada en uno de los más importantes trabajos sobre la materia que existe²², alude, genéricamente, a "ogni specie d'astensione dal disporre quanto sarebbe prescritto, a termini di Costituzione". La generalidad con la que está trazada nos impulsaría a incluirla en el primer grupo, pero en realidad ello sería un error ya que de todo el trabajo se deduce que hace referencia tan sólo al legislador. Por ello lo situamos en un lugar intermedio entre ambas posiciones.

Pasando al segundo grupo (concepción reducida), se puede mencionar a Silvestri que, al tratar un determinado tipo de sentencias de la Corte Constitucional italiana²³, escribe: "In un primo senso generale e approssimativo si può dire che costituisce omissione legislativa la man-

cata emanazione di leggi ordinarie in funzione attuativa di istituti o principi contenuti nella Carta costituzionale". Observamos que la vulneración, en su opinión, se produce por la falta de emanación de ley ordinaria. A pesar de que ello ya supone una concreción respecto a posiciones anteriores, estimamos criticable por su vaguedad y exagerada amplitud la segunda parte de la definición. En efecto, no resulta correcto referirse a institutos o principios constitucionales sin explicación ulterior. Es más, la omisión inconstitucional sólo puede referirse a normas concretas y determinadas, no a principios de corte general extraídos del sentido global de las prescripciones constitucionales con un método inductivo.

En términos semejantes, aunque quizá más suscribibles, tenemos a Picardi, el cual, en un famoso homenaje al profesor Mortati²⁴, señala que "per omissione del legislatore si intende una situazione caratterizzata, per un verso, da un precetto costituzionale che descrive un determinato comportamento del legislatore (emanare norme legislative di attuazione), per altro verso, un comportamento concreto del legislatore che contrasta, in tutto o in parte, con quello descritto dal precetto costituzionale". Las alusiones al legislador y a la norma legislativa lo sitúan con claridad en este segundo grupo. Asimismo, vemos como altamente plausible la estructura interna de esta definición, presidida por una rigurosa lógica de causa a efecto.

El profesor de Coimbra Gomes Canotilho es todavía más meridiano en su conceptualización. Así, en una importante obra²⁵, hoy superada en algunos de sus aspectos dado lo apegada que está a su tiempo, afirma: "A omissão legislativa significa que o legislador não faz algo que positivamente lhe era imposto pela constituição. Não se trata, pois, apenas de um simples negativo não fazer; trata-se, sim, de não fazer aquilo a que, de forma concreta e explícita, estava constitucionalmente obrigado. Já por esta definição restritiva de omissão se pode verificar que a inconstitucionalidade por omissão, no seu estrito e rigoroso sentido, deve conexionar-se com uma exigência concreta constitucional de acção (verfassungsrechtliche Handlungsgebote)". En otro trabajo²⁶ dice que "entender-se-á, principalmente, mas não exclusivamente, como omissão legislativa inconstitucional, o não cumprimento de imposições constitucionais permanentes e concretas". Más abajo completa lo dicho: "A omissão legislativa existe quando o legislador não cumpre ou cumpre incomple-

tamente o dever constitucional de emanar normas destinadas a actuar as imposições constitucionais permanentes e concretas". Asimismo, entiende que existe esta omisión en caso de no cumplimiento de las que denomina "ordens de legislar", es decir, "imposições concretas mas não permanentes". Observamos que el concepto, uno de los más rigurosos que nos ofrece la doctrina y recogido por diversos autores brasileños, gira en torno a las imposiciones constitucionales concretas, sean permanentes o no, que se traducen en una exigencia de acción. Aun así entendemos que pueden recogerse otros datos también necesarios en la definición, tal y como reflejaremos en nuestra propuesta.

En la doctrina española nos encontramos a Aguiar de Luque²⁷, el cual habla de "violación constitucional provocada por la inactividad del órgano legislativo pese a la existencia de un mandato constitucional explícito al respecto". Las críticas que hemos hecho a una excesiva inconcreción pueden ser reproducidas completándolas con ciertos elementos que deshacen un tanto la excesiva indeterminación de la propuesta. Nos referimos a la alusión al órgano legislativo y a un mandato constitucional explícito al respecto. Un talante similar hallamos en varias sentencias Tribunal Constitucional español, con la 24/1982, en cuyo fundamento jurídico 3º se lee: "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". Por su parte, Villaverde Menéndez alude a un silencio legislativo que "suponga la creación de una situación jurídica contraria a la Constitución, medie o no una obligación constitucional de legislar"²⁸, lo cual hay que completarlo con la idea de que ese silencio "altera el contenido normativo de la Constitución"²⁹, trayendo como consecuencia jurídica "la existencia de una norma implícita que regula una materia, y semejante norma es contraria a la Constitución"³⁰. Con un concepto así se desconocen la mayor parte de situaciones de ineficacia del texto constitucional por no desarrollo, puesto que éstas no suelen modificar la Constitución sino privarla de plena eficacia. De esta forma, parece separarse de la idea de que la necesidad de desarrollo proviene de la misma vinculación de la Constitución, dado que esa necesidad queda reducida a los escasos supuestos de mutación constitucional. Además, el desvincularse de la obligación constitucional de legislar y, por lo tanto, de las que podemos denominar tesis obliga-

cionistas, aporta esas dosis de inconcreción que venimos censurando.

En la doctrina peruana Morón Urbina la conceptúa como "la inacción legislativa en la reglamentación de los principios contenidos en el texto constitucional"³¹. Al margen de cierta imprecisión con la que disintimos nos resulta poco acorde con la institución, tal y como señalamos anteriormente, la referencia a los principios constitucionales. También nos parece censurable el empleo del vocablo reglamentación, que lo entendemos con un concreto significado técnico-jurídico no circunscribible al campo de la inacción legislativa inconstitucional, aunque dicho empleo puede responder a una formación jurídica de diferente base y con precisiones terminológicas distintas.

En el fondo de estas dos maneras, una amplia y otra más reducida, de concebir la naturaleza de la omisión inconstitucional quizá esté una postura diferente en cuanto a cómo y a quién debe llevar a cabo el programa y el proyecto de la Norma Básica y en cuanto al grado de responsabilidad que se adquiere en este elevado cometido. Sea como fuere, la generalidad que se observa en la postura «extensa» de la institución no la creemos de recibo dado que puede dar lugar a referirse a situaciones que en el fondo no son anticonstitucionales. Además, estimamos necesaria una concreción que a veces no se observa. En efecto, la falta de alusiones temporales y la no discriminación entre las prescripciones constitucionales son elementos que generan una inseguridad en una materia que, por mor de sus implicaciones y conexiones, tendría que ser tratada con una mayor precisión. Aunque, desde otro punto de vista, es posible pensar que la relatividad que envuelve al instituto es la que no sólo obliga sino la que también requiere un estudio de carácter no excesivamente preciso y concreto. Mas ésta no es nuestra opinión, tal y como mostramos a continuación.

3. Propuesta

Expuesto lo anterior estimamos como lo más acertado, habida cuenta la complicada penetrabilidad del tema, una definición que conduzca el instituto a la inactividad legislativa y que recoja los diversos elementos cuya concurrencia se muestra absolutamente necesaria para poder hablar de una auténtica vulneración de la Norma Básica, y no de una mera falta de proceder que se quede en el terreno de la simple omisión sin entrar en el campo de la inconstitucionalidad. La presencia de ambas ideas se tor-

na, por lo tanto, irrenunciable.

En este orden de cosas la inconstitucionalidad por omisión la conceptualizamos 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*. Afirmado esto, procede un desglose de los términos de la definición propuesta para efectuar un insoslayable comentario de la misma que arroje luz sobre el contenido que le damos al instituto. Dos son, *grosso modo*, los elementos a destacar en la definición: la primera idea (falta de desarrollo) hace referencia a la omisión; el resto, haciendo una inicial visión global, alude a la inconstitucionalidad. Veámoslo.

A. La falta de desarrollo

La falta de desarrollo la concebimos en un sentido un tanto amplio ya que abarca no sólo la total ausencia de legislación en ese punto conflictivo, sino también la presencia de una normativa parcial. Tal normativa parcial la entendemos con un doble cariz ya que puede hacer alusión a una realidad dual: a una regulación que se olvida de alguna parte inescindible de esa materia o a una que trata parcialmente a sus destinatarios, con la consiguiente vulneración del principio de igualdad. En todos estos supuestos estamos ante un no actuar que, siendo una decisión política, tiene consecuencias jurídicas (la inconstitucionalidad)³².

B. La inconstitucionalidad

a. Inactividad del Poder Legislativo

Pasando ya a lo que supone inconstitucionalidad hay que indicar, en primer lugar, que la antedicha falta de desarrollo la predicamos del Poder Legislativo que debe ser, en la distribución de funciones del Estado Democrático de Derecho, el encargado de emanar normas con rango de ley que desenvuelvan los preceptos constitucionales que requieran tal proceder. Parafraseando a Gomes Canotilho cabe indicar que si se toma como punto de partida el postulado democrático y el postulado del Estado de Derecho la «atualização» de las imposiciones constitucionales presupone una reserva total de ley, en el sentido de que toda la conformación concretizadora tiene que ser una ley del Parlamento³³. En otro orden de consideraciones, no tiene sentido, como se ha hecho en alguna ocasión, tratar de determinar si la inercia del Poder Legislativo

es consciente o inconsciente, es decir, voluntaria o no. Creemos que cuestiones de "conciencia" de un órgano constitucional no son reconducibles al fenómeno jurídico, ni casi a ningún otro, aunque sí pueden influir en las dimensiones de la responsabilidad política, eso sí, tras un proceso de individualización. Ir más lejos en este sentido excede de las finalidades de este trabajo.

El Poder Legislativo posee, en el Estado democrático, total legitimidad para llevar a cabo el desarrollo de las disposiciones constitucionales dado que es elegido directamente por el pueblo cuando éste está ejerciendo su soberanía a la hora de votar. En España se ha dicho, y de forma acertada, que "si las Cortes Generales representan al pueblo español y éste es, según el apartado segundo del artículo 1 de la propia Constitución, el titular de la soberanía nacional, la conclusión evidente es que las Cortes Generales, como institución, encarnan esa misma soberanía nacional, son el órgano en el que esta soberanía se concreta y expresa"³⁴. Los otros poderes estatales ostentan una legitimidad que podríamos denominar indirecta, por contraponerla a la directa que pertenece al Legislativo³⁵.

El sistema parlamentario no sólo engloba los esquemas formales del tradicional Estado de Derecho, sino que también posee una carga material proveniente de sus mismos orígenes anglosajones (idea del *rule of law*, en la que se construye el proceso político de legislación a imitación del proceso judicial y en la que el Derecho parte del Derecho judicial, de la experiencia de injusticia que tiene el pueblo, en contraposición a la imposición unilateral del soberano en la inicial teoría del Estado de Derecho alemana). El Parlamento es, según decía Fischbach en el tormentoso período de entreguerras, "el crisol donde se funden y armonizan los intereses y aspiraciones de las diferentes clases del pueblo"³⁶. Al genuino producto del Parlamento, la ley, norma que «todo lo puede» respetando los límites constitucionales, le corresponde ser el vehículo que lleve a cabo el desarrollo constitucional, el recipiente que lo contenga, además de ser expresión de la voluntad popular y fuente privilegiada e insustituible. En un sistema en el que impere la democracia y el Estado de Derecho resultan desfasadas las palabras de Kirchmann, tributarias de otra época: "La ley positiva es el arma sin voluntad, igualmente sumisa a la sabiduría del legislador y a la pasión del déspota"³⁷. Asimismo, la visión de Leibholz, menos radical pero igualmente crítica con

la ley, creemos que no incide en nuestra particular problemática, aunque sí es una verdad desde otra perspectiva³⁸. Por lo tanto, a los efectos de la inconstitucionalidad por omisión, parece imponerse la visión clásica de la norma legal dentro del Estado Constitucional, lo que nos hace dirigir la mirada en exclusiva hacia el Poder Legislativo.

A pesar de ello, a nadie se le escapa la actual distorsión del clásico reparto de funciones y competencias entre los poderes constituidos. La creciente complejidad de la realidad y el dominio de una sólida mayoría parlamentaria gubernamental, respaldada por un partido o coalición, son dos importantes razones explicativas de la expansión del Ejecutivo a costa del Parlamento. Este estado de cosas puede menguar la legitimidad racional-democrática de actuación de los órganos estatales. Pero no cabe duda de que la realidad se nos presenta así, por lo que habrá que considerar nuevas responsabilidades del Ejecutivo en el desenvolvimiento constitucional, aunque estas responsabilidades, a nuestro juicio, no resultan articulables, jurídicamente hablando, de manera suficiente para ser exigidas por los hipotéticos mecanismos que controlan la inconstitucionalidad por omisión. Por lo tanto, y como el Parlamento conserva su fuerza para reaccionar ante el reproche que el órgano de justicia constitucional le haga a causa de una situación de omisión vulneradora de la Carta Magna, circunscribimos el ámbito de la inconstitucionalidad por omisión al campo de actuación, o, mejor dicho, de inactuación del Poder Legislativo.

Un supuesto discutible se plantea cuando se encuentra en marcha un procedimiento legislativo y, al mismo tiempo, se produce una fiscalización de una inactividad vulneradora de la Norma Básica a causa del no desarrollo del precepto que se está intentando desarrollar en ese procedimiento legislativo abierto y todavía no finalizado. Nuestra opinión es que la fiscalización de la inconstitucionalidad por omisión debe continuar en la medida en que no se sabe cómo acabará el susodicho procedimiento y si al término del mismo va a tener posibilidad de eficacia plena la disposición constitucional de que se trate porque la legislación emanada puede resultar altamente defectuosa en ese sentido.

b. Período temporal excesivo

En segundo lugar, la inactividad debe conectarse a un período excesivamente

prolongado. Aquí se encuentra la gran relatividad de la institución y la necesidad de un proceder casuístico que analice individualmente las circunstancias de cada supuesto, lo cual se puede traducir en diferentes posiciones en función del caso, aunque en apariencia haya similitud desde el punto de vista técnico. Los preceptos constitucionales que necesitan desarrollo no contemplan, salvo casos especiales como el art. 117.1 de la *Bonner Grundgesetz* (y aún este con un carácter indirecto), perentorios plazos en los que deban actuar los poderes constituidos, sino que conceden libertad a éstos para llevar a cabo su proyecto jurídico-político. Ello no parece que pueda ser de otro modo habida cuenta la necesaria libertad de conformación que debe tener la mayoría parlamentaria nacida de las elecciones para dar efectividad a su programa de actuación. Mas esto no puede retrasar *sine die* la realización del texto constitucional. Por eso, con el objeto de tener presente y compatibilizar ambas verdades, nos expresamos de forma abierta en la definición respecto al tiempo que debe transcurrir para dar efectividad a aquellas partes de la Constitución que lo necesitan. «Durante un tiempo excesivamente largo» es una expresión que permite modulaciones, que puede entenderse como un tiempo irrazonablemente largo, y que *a priori* carece de concreción, por lo que queda en manos del órgano competente determinar si ha transcurrido o no ese tiempo teniendo presente las diversas circunstancias que existan, circunstancias de variada naturaleza³⁹.

No se nos escapan las altas dificultades de esta labor, que va no sólo a frisar sino también a traspasar el terreno de lo jurídico, recibiendo las influencias de los fenómenos políticos. Pero por ello no estamos admitiendo la presencia de inseguridad jurídica en la definición. El decurso histórico y el contexto reinante en el momento de efectuar la fiscalización determinarán, junto a la propia naturaleza de las cosas, su mismo resultado. La transcendencia del instituto no desarrollado también incidirá en la modulación del plazo. Semejantes obstáculos tienen que ser asumidos por la hermenéutica constitucional, en la que, "además de los principios generales de interpretación, se requieren conocimientos técnicos muy elevados, y de un alto grado de sensibilidad jurídica, política y social"⁴⁰.

Pese a introducir estas dosis de moderación, que quizá sean de realismo, no hay que olvidar que la necesidad de desarrollo y las circunstancias que lo retardan no son intereses equivalentes

que tengan que ser ponderados como en una situación exclusivamente política, sino que en virtud de las exigencias del Derecho uno es el principio (necesidad de desarrollo) y otro es la excepción (retraso en ese desarrollo). Por lo tanto, la excepción si quiere imponerse necesita justificación.

c. Preceptos de obligatorio y concreto desarrollo: los encargos al legislador

En tercer lugar, la aludida falta de desarrollo la referimos a los preceptos constitucionales que requieren tal proceder de una forma concreta. No todas las normas constitucionales poseen el mismo carácter jurídicamente hablando, de manera que pueden establecerse distintas tipologías en función de diferentes criterios. De este modo, unas normas, dada su formulación, se nos presentan como una suerte de encargos constitucionales o encargos al legislador, esto es, como exigencias constitucionales de desarrollo ulterior. El concepto de encargo al legislador que proponemos es el siguiente: norma constitucional de eficacia limitada que, dada la previsión explícita o implícita en ella contenida, resulta de obligatorio y concreto desarrollo para que cobre eficacia plena. Son normas, como acabamos de decir, de eficacia limitada que requieren una actividad para completar esa eficacia a la que está destinada toda norma. Con estas expresiones queremos referirnos a una articulación técnica respecto al modo de presentarse el precepto, articulación que no aporta connotaciones materiales y que produce que nazca una obligación que pesa sobre el legislador. Dicha exigencia de desarrollo posterior puede ser tanto explícita como implícita, pero siempre tiene ser evidente su carácter imperativo, que habrá que presumir si la disposición no presenta el carácter facultativo de manera expresa. Evidentemente, hay otro tipo de normas constitucionales que dada su incomplitud puedan ser desarrolladas, lo cual puede resultar muy conveniente. Incluso no resulta descabellado decir que toda norma constitucional es susceptible de ser desarrollada. Pero en este momento hablamos de aquellas cuyo desarrollo es obligatorio en virtud de su misma formulación. Por ello, se recoge en la definición ofrecida de omisión inconstitucional esta idea de obligatoriedad con el objeto de subrayar la vinculación que pesa sobre los poderes constituidos respecto a dotar de eficacia a tales normas. Asimismo, introducimos la nota de la concreción para aclarar que no se está ante principios constitucionales de carácter general, los

cuales no pretenden tener determinada legislación de desarrollo sino que lo que realmente buscan es conseguir vigencia en todo el ordenamiento y ser cumplidos en las distintas aplicaciones de la Ley Fundamental.

Estos encargos al legislador son preceptos calificados por parte de la doctrina como un género de «normas incompletas» y que requieren para su eficacia la *interpositio legislatoris*. Gracias a ello se concretará su sentido general, se les dará complitud y se realizarán las previsiones de los constituyentes. No en vano la Constitución es una norma, pero con unas funciones y finalidades que la caracterizan y especifican. Por tal motivo, no agota la regulación de las materias que aborda sino que abre un puente a los poderes constituidos para el cumplimiento del programa constitucional y su ajuste a la concreta situación del tiempo histórico que esté transcurriendo. La Constitución debe ser, en este sentido, “abierta” merced a las denominadas cláusulas *open-ended*.

Hemos dicho que este tipo de normas constitucionales son ante todo una articulación técnica. Por lo tanto, normas constitucionales de diverso tipo, en función de una perspectiva material, pueden presentarse con esta forma de encargo al legislador. Importantes son los casos, citados ahora como un mero ejemplo, de un derecho fundamental que no sea de primera generación y de una norma de organización esencial que no consume la regulación.

Consideramos más completo el análisis que hemos hecho con base en la existencia de normas de eficacia limitada que otro, realizado por algún autor, que gire en torno a normas constitucionales exigibles y no exigibles, cuyo elemento de diferenciación estriba en la posibilidad de aplicación directa por mor del contenido de la misma norma. De esta forma, la omisión inconstitucional se produciría con carácter exclusivo respecto a los preceptos no directamente exigibles. Frente a ello creemos que a pesar de que el contenido de una norma sea lo suficientemente “denso” como para posibilitar su aplicación directa ello no tiene que significar, en todo caso, que posea una eficacia total y una plenitud acorde con la voluntad de los constituyentes. Por ello, puede también requerir y no sólo posibilitar un desarrollo ulterior. Es el caso de un derecho fundamental que será tenido en cuenta por un órgano aplicador para la resolución de un caso concreto pero que necesitará una ley posterior para una ple-

na efectividad y una mayor protección.

La presencia de un encargo al legislador para que se produzca una omisión inconstitucional es esencial porque una omisión tendrá relevancia jurídica sólo cuando exista un precepto jurídico que establezca una conducta y precisamente dicha omisión lesione tal precepto. La omisión pasa así, como señala Stahler, de un «no hacer nada» a un “no hacer algo”, siendo ese algo lo que espera el orden jurídico⁴¹. No se fundamenta en la no realización de una acción arbitraria sino en la no realización esperada, debida⁴², de manera que el centro de toda discusión acerca del problema de la omisión del legislador es el encargo constitucional, que resulta vinculante⁴³.

Hasta ahora hemos visto, al margen de la inactividad del Poder Legislativo, dos de los elementos esenciales de la definición: el encargo al legislador, contenido en una norma constitucional que es de eficacia limitada, y el paso del tiempo que determina el fraude constitucional. Los dos son imprescindibles. Uno sin el otro deja sin sentido a la inconstitucionalidad por omisión.

d. Ineficacia de la norma constitucional

En cuarto y último lugar, tenemos la parte final de la definición propuesta más arriba, que alude a la ausencia de eficaz aplicación de las normas constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo a causa de la inactividad del Poder Legislativo. Estamos aquí ante la consecuencia de todo lo anterior: la existencia de unas normas del Texto Fundamental que requieren *interpositio legislatoris* unida a la dejación del órgano encargado de tal *interpositio* trae como resultado la falta de eficacia de aquellas normas o una eficacia minorada. Esta característica de la eficacia es uno de los fundamentos de la lógica jurídica de las normas, las cuales no nacen para cumplir un mero requisito de existencia en el seno del ordenamiento sino que se originan con la sólida intención de tener reflejo aplicativo en la sociedad y, de esta forma, cumplir su *ratio essendi* principal al regular de modo real la convivencia. Como afirma Morón Urbina “el valor eficacia constitucional exige incorporar al sistema el control a las omisiones constitucionales de las autoridades, y en particular las del legislador”⁴⁴

Concebimos como rasgos de una norma totalmente diferentes el de la validez y el de la eficacia⁴⁵, los que, aunque se influyen de manera recíproca,

no son interdependientes y poseen vida propia (una norma puede ser válida y no eficaz, y viceversa). Spagna Musso apunta que "una norma jurídica se constantemente disapplicata, e quindi inoperante, no per questo è giuridicamente inesistente"⁴⁶. Quien niega la eficacia de un precepto jurídico incumpliendo-lo no tiene por qué rechazar su validez, aunque es forzoso reconocer que una norma dotada de la más absoluta ineficacia acaba siendo un sinsentido que influirá sobre la validez y que hay que desterrar⁴⁷, salvo que poderosas razones extrajurídicas muevan a lo contrario. Éste es uno de los razonamientos que nos hacen pensar en un auténtico fraude constitucional en algunos de los posibles supuestos de inconstitucionalidad por omisión.

Una postura fáctica en este tema, como la sostenida por ROSS⁴⁸, llevaría a una identificación entre validez y eficacia, constatándose aquélla después del nacimiento de la norma. Ello no lo consideramos de recibo, puesto que la validez, como queda dicho, es independiente de la eficacia, dado que está en función de la competencia del órgano que la dicta, el procedimiento que se sigue y la

materia regulada. En cambio, "la eficacia de las normas se refiere exclusivamente al cumplimiento real de Derecho en el seno de la sociedad (...). Básicamente la eficacia consiste en la conformidad o adecuación de la conducta de los destinatarios con lo que la norma prescribe"⁴⁹. La falta de desarrollo imposibilitará a los ciudadanos cumplir con el precepto constitucional, y no precisamente por un hipotético desacuerdo con su contenido sino por la carencia de regulación.

Esta última parte de la definición que ahora estamos comentando también busca una finalidad delimitadora. En efecto, cuando decimos que la inactividad del legislativo respecto a normas constitucionales que exigen tal actuación provoca la ineficacia de estas últimas queremos excluir aquellos casos en los que, pese a la ausencia de un adecuado desarrollo, el precepto constitucional tiene una vigencia tan efectiva que cumple las previsiones constitucionales en cuanto a su aplicabilidad. Se podría decir que realmente goza de complitud, esto es, posee eficacia plena. Las razones pueden ser diversas: su misma formulación, la dimensión aplicativa que le den los tribunales, mayor

aceptabilidad social, etc. Por lo tanto, no habrá en este tipo de supuestos omisión inconstitucional, aunque no se nos escapa la dificultad de encontrar en la práctica una situación de este tipo sin el apropiado desarrollo postconstitucional. Incluso si se encuentra tal situación, la ausencia de base legal posibilitaría la alteración de estos criterios aplicativos con lo que retornaría el fraude de la Constitución y la omisión inconstitucional. Lo dicho deja de nuevo patente la necesidad de actuar de modo casuístico en la solución práctica de los hipotéticos supuestos de omisión inconstitucional. Esta última idea se refuerza aún más si se piensa que todo precepto constitucional por el hecho de serlo ostenta cierta eficacia, como la que viene producida por ayudar a la aplicador del Derecho a la hora de interpretar éste de conformidad con la Constitución.

En definitiva, como idea recopilatoria final, la inactividad del legislador, el paso del tiempo generador de fraude constitucional, la exigencia constitucional de actuar y la ineficacia, centro de nuestra propuesta, son las claves de bóveda de la vulneración de la Carta Magna por omisión.

Notas

¹ Aludimos a la monografía publicada en 1998 por la editorial madrileña Civitas *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho Comparado. El caso español*.

² Es el caso, por ejemplo, del trabajo de Carlos Ruiz Miguel, "Crítica de la llamada inconstitucionalidad por omisión", *Revista de las Cortes Generales*, N° 51, septiembre-diciembre de 2000.

³ El verbo alemán «unterlassen» está compuesto de la preposición «unter» y del verbo «lassen», cuyo origen hay que buscarlo en el gótico "létan" (*Das Herkunftswörterbuch*, Duden, Mannheim, 1989).

⁴ "Inconstitucionalidade verifica-se desde que os órgãos do poder, por acção ou omissão, deixam de respeitar os imperativos da Constituição a que están adstritos" (Miranda, Jorge, «Inconstitucionalidade por omissão», en *Estudos sobre a Constituição*, vol. I, Livraria Petrony, Lisboa, 1977, p. 334).

⁵ Un punto de partida diferente, aunque unas consecuencias similares, lo encontramos en Alfonso Tesaurio cuando, al referirse a los eventos jurídicos, indica que "l'omissione non è il modo di comportarsi di un soggetto e, per ciò stesso, una manifestazione di volontà negativa che si contrappone a quella positiva in cui si concreta l'azione. L'omissione è l'opposto dell'azione, la sua negazione, cioè una non-azione, un non-comportamento: più propriamente, è la mancanza dell'azione che un soggetto ha l'obbligo di porre in essere, per ciò stesso, è la mancanza del comportamento che un soggetto ha l'obbligo di tenere (...). L'omissione, pertanto, se non è il modo di comportarsi di un soggetto non è, nemmeno, il nulla. L'omissione (...) è un avvenimento che ha rilevanza giuridica in quanto si concreta nel non porre in essere un determinato comportamento, una determinata azione, una determinata situazione ovvero nel non impedire il verificarsi di un determinato evento. L'omissione, però, pur concretandosi in un avvenimento diverso e distinto dall'azione, di regola, ha valore in quanto trova la causa del suo verificarsi nell'azione del soggetto che pone in essere l'omissione e non è, invece, dovuta ad altra causa a lui estranea" (Tesaurio, Alfonso, *Istituzioni di Diritto pubblico*, UTET, Turín, 1973, pp. 75-76).

⁶ García Garrido, Manuel Jesús, *Diccionario de Jurisprudencia Romana*, Dykinson, 2ª ed., Madrid, 1986, p. 259.

⁷ D'Ors, Alvaro, *Derecho Privado Romano*, EUNSA, Pamplona, 1986, pp. 314 y ss. También Arias Ramos, José, *Derecho Romano*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1947, pp. 551 y ss.

⁸ D. 28, 2; 28, 3.

⁹ Según el ya clásico diccionario etimológico latino de Raimundo De Miguel y del Marqués de Morante (editado por A.

Jubera en Madrid en 1889) el origen del empleo escrito de la palabra hay que buscarlo en L. Aurelio Symmachus, "uno de los oradores más eminentes de su época, último defensor del paganismo y hábil político", cuyo *cursus honorum*, iniciado en época de Valentiniano I, fue el de cuestor, pretor, pontífice, intendente de la Lucania, procónsul de Africa, prefecto de Roma y, en tiempos de Teodosio I, cónsul.

¹⁰ Quizá sea interesante citar las en otro tiempo autorizadas palabras de Mommsen, hoy un tanto superadas: "el funcionario público no era más ni menos responsable por los actos ejecutados como tal funcionario, ni casi de otra manera, que lo era cada particular individuo por sus acciones y omisiones" (Mommsen, Theodor, *Derecho Público Romano*, La España Moderna, Madrid, 1893, p. 228). Sin duda, la alusión a funcionarios es un grave anacronismo.

¹¹ *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae (VIR)*, Walter de Gruyter, Berlín, 1983.

¹² D. 10, 2, 27.

¹³ Silvela, L., *El Derecho Penal estudiado en principios y en la legislación vigentes en España*, vol. I, Madrid, 1903, p. 179.

¹⁴ Cobo Del Rosal, M.; Vives Anton, T. S., *Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, 2ª ed., Valencia, 1987, p. 291.

¹⁵ Montané de La Roque, Pierre, *L'inertie des Pouvoirs Publics*, Dalloz, París, 1950.

¹⁶ El autor peruano Eto Cruz recoge ambas posturas en sus reflexiones al afirmar que se pueden vislumbrar dos tipos de manifestaciones de la figura: la que denomina *lato sensu* y la *stricto sensu*. Ésta la refiere al órgano legislativo y es la que asume. En aquella ve dos "aspectos": la inconstitucionalidad por omisión de actos políticos y la indirecta -ilegalidad por omisión, omisiones de actos administrativos, omisiones de la función jurisdiccional y omisiones de reformas constitucionales- [Eto Cruz, Gerardo, "La inconstitucionalidad por omisión", *Doctrina Constitucional*, Instituto de divulgación y Estudios jurídico constitucionales (INDEJUC), Trujillo (Perú), 1992, pp. 246 y ss.].

¹⁷ Trocker, Nicolò, "Le omissioni del legislatore e la tutela giurisdizionale dei diritti di libertà (Studio comparativo sul diritto tedesco)", *Archivio giuridico*, 1970, pp. 88 y ss.

¹⁸ Miranda, Joge, *Manual de Direito Constitucional*, Coimbra Editora, Coimbra, 1993, vol. II, p. 338.

¹⁹ Sagüés, Néstor Pedro, "Inconstitucionalidad por omisión de los poderes Legislativo y Ejecutivo. Su control judicial", *Ius et Veritas. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, N° 5, pp. 39 y ss.

²⁰ Bidart Campos, Germán J., "La justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión", *Anuario jurídico*, UNAM, México, N° VI, 1979, pp. 9 y ss. También en *El Derecho*, tomo 78, Buenos Aires, pp. 785 y ss.

²¹ Rodrigues Machado, Marcia, "Inconstitucionalidade por omissão", *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, N° 30, diciembre de 1988, p. 42.

²² Mortati, Costantino, "Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamento omissivi del legislatore", en *Problema di Diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana. Raccolta di scritti*, vol. III, Giuffrè, Milán, 1972.

²³ Silvestri, Gaetano, "Le sentenze normative della Corte costituzionale", *Giurisprudenza costituzionale*, 1981, pp. 1684 y ss.

²⁴ Picardi, Nicola, "Le sentenze integrative de la Corte costituzionale", en *Aspetti e tendenze del Diritto costituzionale. Scritti in onore di C. Mortati*, vol. IV, Roma, 1977, pp. 599 y ss.

²⁵ Gomes Canotilho, José Joaquim, *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, Coimbra Editora, Coimbra, 1982, p. 331.

²⁶ Gomes Canotilho, José Joaquim, *Direito Constitucional*, Livraria Almedina, 6ª ed., Coimbra, 1993, pp. 1089 y ss.

²⁷ Aguiar de Luque, Luis, "El Tribunal Constitucional y la función legislativa: el control del procedimiento legislativo y de la inconstitucionalidad por omisión", *Revista de Derecho Político*, N° 24, 1987, p. 25.

²⁸ Villaverde Menéndez, Ignacio, *La inconstitucionalidad por omisión*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, p. 7.

²⁹ *Ibidem*, p. 3

³⁰ *Ibidem*, p. 73.

³¹ Moron Urbina, Juan Carlos, "La omisión legislativa como un caso de inconstitucionalidad", *Revista Jurídica del Perú*, N° III-IV, julio-diciembre 1988, pp. 349 y ss.

³² Creemos irrelevante hacer distinciones terminológicas en este momento ya que silencio, abstención, inactividad, no hacer o inacción no son términos que en Derecho Constitucional tengan un sentido jurídico diferenciado. Una opinión

contraria parece encontrarse en Villaverde Menéndez, Ignacio, *La inconstitucionalidad por omisión*, op. cit., p. 40.

³³ Gomes Canotilho, José Joaquim, *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, op. cit., p. 26.

³⁴ Solé Tura, Jordi; Aparicio Pérez, Miguel A., *Las Cortes Generales en el sistema constitucional*, Tecnos, 2ª ed., Madrid, 1988, p. 177. Esto habría que matizarlo indicando que la verdadera expresión de la titularidad de la soberanía popular se halla en el momento constituyente. La Constitución, así, objetivará la soberanía. Durante la vigencia de la Constitución la soberanía se ejercerá en las elecciones, pero no habrá manifestaciones de la titularidad de dicha soberanía.

³⁵ Otto Bachof no es de esta opinión al estimar, hablando del presunto carácter antidemocrático del Poder Judicial, que «el juez no es menos órgano del pueblo que todos los demás órganos del Estado». Y añade: «La alusión a la falta de inmediatez de su comisión por el pueblo no constituye un argumento convincente ante el hecho de que también el Gobierno, el Presidente, los funcionarios, cuentan solamente con un mandato indirecto del pueblo; el mismo Parlamento no puede ser considerado como «directamente» comisionado más que bajo un aspecto muy relativo, ya que su composición está de hecho mucho más ampliamente mediatizada por los partidos» (Bachof, Otto, *Jueces y Constitución*, Civitas, Madrid, 1985, p. 59).

³⁶ Fischbach, Oskar Georg, *Derecho Político general y Constitucional comparado*, Labor, 2ª ed., Barcelona, 1934, p. 77.

³⁷ Kirchmann, Julius Hermann von, *La jurisprudencia no es ciencia*, Centro de Estudios Constitucionales, 3ª ed., Madrid, 1983, p. 27.

³⁸ Este autor considera que la ley es una amenaza para la libertad en el moderno Estado Democrático de partidos (Leibholz, Gerhard, *Problemas fundamentales de la democracia moderna*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1971, pp. 15 y ss.). También Bachof incidirá en la cuestión al señalar que «la ley, en otro tiempo escudo de la libertad y del Derecho, se ha convertido hoy precisamente en una amenaza para estos bienes», por mor de la transformación de su función «en la medida en que la ley se convirtió en un medio para la realización de cambiantes fines políticos» (Bachof, Otto, *Jueces y Constitución*, op. cit., pp. 48, 49 y 51).

³⁹ Señala Morón Urbina que la inconstitucionalidad no se produce a partir del día inmediato posterior a la vigencia constitucional «sino sólo a partir del transcurso de tiempo que hace incurrir al legislador en una inacción reproachable» (Morón Urbina, Juan Carlos, «La omisión legislativa inconstitucional y su tratamiento jurídico», *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, N° 1, 1999, p. 462).

⁴⁰ Fix-Zamudio, Héctor; Carpizo, Jorge, «Algunas reflexiones sobre la interpretación constitucional en el ordenamiento mexicano», en la obra colectiva *La interpretación constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México D. F., p. 21.

⁴¹ «Das Unterlassen wird dadurch vom “nichts tun” zum “etwas (das die Rechtsordnung erwartet) nicht tun” (Stahler, Konrad, *Verfassungsgerichtliche Nachprüfung gesetzgeberischen Unterlassens*, tesis doctoral, Munich, 1966, p. 1).

⁴² Seufert, Leo, *Die nicht erfüllten Gesetzgebungsgebote des Grundgesetzes und ihre verfassungsgerichtliche Durchsetzung. Ein Beitrag zum Problem des gesetzgeberischen Unterlassens*, tesis doctoral, 1969, Würzburg, pp. 38-39.

⁴³ *Ibidem*, p. 106.

⁴⁴ Morón Urbina, Juan Carlos, «La omisión legislativa inconstitucional y su tratamiento jurídico», op. cit., p. 460.

⁴⁵ Sobre la problemática general de la relación entre validez y eficacia puede verse Spadaro, Antonino, *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, Edizioni Scientifiche italiane, Nápoles, 1990, pp. 45 y ss.

⁴⁶ Spagna Musso, Enrico, «Appunti per una teoria giuridica dell'anomia costituzionale», en *Aspetti e tendenze del Diritto Costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, vol. I, Giuffrè, Milán, 1977, p. 284.

⁴⁷ De ahí lo criticable que resulta afirmar que hay normas (las programáticas, que nosotros no aceptamos) cuya validez es plena, pero que mientras no se desarrollen no producen efecto alguno y los órganos de aplicación del Derecho no las pueden aplicar (v. gr., Qurioga Lavié, Humberto, *Derecho Constitucional*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1978, pp. 140 y 142).

⁴⁸ Ross, A., «El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural», en *El concepto de validez y otros ensayos*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1969.

⁴⁹ Segura Ortega, Manuel, *Teoría del Derecho*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991, p. 143.