



# **1. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA FUNCION LEGISLATIVA:**

## **EL CONTROL DEL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO Y DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISION**

**LUIS AGUIAR DE LUQUE**

**Catedrático de la Universidad  
de Valladolid**

## SUMARIO

I.—EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DEL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO. II.—EL CONTROL DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN.

1. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA FUNCION  
LEGISLATIVA:  
EL CONTROL DEL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO Y DE  
LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISION

POR

LUIS AGUIAR DE LUQUE

Catedrático de la Universidad de Valladolid



Preguntarse acerca de la participación del Tribunal Constitucional en la función legislativa parece, en principio, una pregunta sin sentido o todo lo más de muy fácil respuesta: «El Tribunal Constitucional, al aplicar la Constitución a un acto de producción legislativa y al proceder a la anulación de una norma inconstitucional, no produce sino que anula una norma, realiza el acto contrario a la producción jurídica, es decir, que actúa como legislador negativo», dice H. KELSEN en cita ya clásica.

Pero no se trata tan sólo, siguiendo en esta línea de principios, de una mera diferencia en la forma de incidir en la configuración del ordenamiento, positiva en el órgano parlamentario, negativa en el órgano de Justicia constitucional. Se trata también de los criterios que guían y sirven de fundamento a la función de cada uno de tales órganos. Así, en el caso español, las Cortes representantes del pueblo español (art. 66.1) en quien reside la soberanía nacional (art. 1.2) ejercen la potestad legislativa del Estado, función política por excelencia. El Tribunal Constitucional, por el contrario, desempeña la función de control de constitucionalidad, función jurídica de carácter rogado. En tal sentido, el TCE en su sentencia de 11 de abril de 1981 se ha encargado de marcar las diferencias que separan a uno y otro órgano al indicar que «en un plano hay que situar las decisiones políticas y el enjuiciamiento político que tales decisiones merezcan, y en otro plano distinto la calificación de inconstitucionalidad, que tiene que hacerse con arreglo a criterios estrictamente jurídicos». Lo

primero, dentro del marco de coincidencias que representa la Constitución supone traducir normativamente, «una opción política no programada», «correspondiendo al legislador ordinario, representante en cada momento histórico de la soberanía popular, confeccionar una regulación de las condiciones de ejercicio del Derecho», no incumbiendo al Tribunal «enjuiciar el mayor o menor acierto con que los operadores jurídicos están llevando a cabo esta labor»; lo segundo, analizar la adecuación de la legislación al marco constitucional, es la función general del Tribunal y consiste en «establecer el significado de un texto y decidir si es conforme con la Constitución», pero no más.

Sin embargo, es lo cierto, como han notado CARETTI y CHELI que «la observación de las diversas experiencias europeas muestra la existencia de una tendencia general expansiva que lleva a los Tribunales constitucionales a deslizarse hacia un terreno que parece resultar extraño a su esfera de competencia»<sup>1</sup>, esto es, bien actuando como un verdadero legislador positivo o colegislador, bien, lo que en cierta medida es otra faceta del mismo tema, incorporando en su labor controles de mérito u oportunidad.

Se trata, en suma, como lo ha calificado STERN<sup>2</sup> de un proceso de disolución de las diferencias funcionales entre el legislador y el Tribunal Constitucional que apenas se puede evitar, toda vez que hunde sus raíces en las transformaciones del constitucionalismo del Estado social de Derecho al conferir a los textos constitucionales una función transformadora e introducir en los mismos amplios contenidos materiales.

A tal efecto, ZAGREBELSKY<sup>3</sup>, refiriéndose a la República italiana ha constatado que esa intervención del Tribunal Constitucional en la actividad legislativa se ha desenvuelto de dos formas distintas. De un lado como verdadero legislador positivo, esto es, sustituyendo al órgano que constitucionalmente tiene asignada dicha competencia y participando directamente y *per se* en la función innovadora del ordenamiento; se trata del supuesto más llamativo y por ello más excepcional en manos del Tribunal. Pero junto a esta forma de participar el órgano de control de constitucionalidad en la función legislativa, existe una segunda modalidad menos «aparatososa», digamos, pero no por ello menos significativa; se trata de la actuación del Tribunal Constitucional como colegislador, en palabras del profesor italiano citado, esto es, el complejo conjunto de ac-

<sup>1</sup> P. CARETTI, y E. CHELI, «L'influenza dei valori costituzionali sulla forma di governo: il ruolo della giustizia costituzionale», en *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, a cura di A. PIZZORUSSO e V. VARANO. Milán. 1985, vol. II, pág. 1021.

<sup>2</sup> K. STERN, *Staatsrecht*. vol. I, pág. 959. Citado por K. SCHLAICH, en *Tribunales Constitucionales y Derechos Fundamentales*. Madrid, 1984.

<sup>3</sup> G. ZAGREBELSKI, «La Corte Costituzionale e il legislatore», en *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, a cura di P. BARILE, E. CHELI, S. GRASSI, S. E. II Mulino.

ciones y reacciones colaborativas o conflictuales entre el Tribunal y el órgano legislativo en el que aquél es llamado a intervenir en la elaboración y fijación de la opción legislativa definitiva, configurándose así un procedimiento político legislativo, que va más allá del proceso legislativo parlamentario en sentido estricto. En esta segunda modalidad de incidencia del Tribunal en la función legislativa, dicho órgano no crea el derecho por sí mismo, pero sí que obliga a poner en marcha a los órganos legislativos y con frecuencia prefigura su opción.

En el caso español, dejando de lado otros elementos que serán analizados más tarde, la ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 3 de octubre de 1979, configuró un instrumento que potenciaba al máximo esa posición del Tribunal Constitucional como colegislador: el denominado recurso previo. Al margen de las muchas consideraciones que se puedan hacer sobre esta figura <sup>4</sup> es lo cierto que la incardinación del órgano de justicia constitucional en el proceso legislativo confería a este órgano de amplias posibilidades para intervenir positivamente en la legislación, como puso de manifiesto la práctica, ponderadamente en la sentencia sobre la LOAPA e indubitadamente en la sentencia 53/85, de 11 de abril, sobre el proyecto de Ley de despenalización de determinados supuestos de aborto.

Sin embargo, desaparecido el recurso previo (L.O. 4/85 de 7 de junio) no con ello se cancela toda posibilidad de participación activa del Tribunal en la potestad legislativa. Es cierto, como ha escrito CASCAJO, que «el Tribunal Constitucional Español no ha desbordado el esquema constitucional previsto y sería por lo tanto incorrecto y alarmante hablar entre nosotros de activismo judicial» <sup>5</sup>. Pero también es igualmente cierto que el parámetro sobre el que el Tribunal Constitucional Español ha de desempeñar su función es un texto constitucional extraordinariamente abierto al futuro, con un abundante elenco de disposiciones materiales, un reconocimiento como derecho inmediatamente aplicable de derechos positivos y de prestación y un amplio reconocimiento del principio de igualdad en el art. 14, que alcanza a todos los operadores jurídicos del sistema, incluido el propio legislador, rasgos todos ellos del ordenamiento constitucional español, que propician el protagonismo del Tribunal en la labor legislativa.

De otro lado en la medida en que el espíritu constitucional va penetrando en nuestros legisladores y sobre todo en los integrantes del poder judicial, el tipo de asuntos que son llevados ante el Tribunal Constitucional

<sup>4</sup> Véase P. CRUZ VILLALÓN, «El control previo de constitucionalidad», en *Rev. de Derecho Público*, núm. 82. 1981, y más recientemente, J. PÉREZ ROYO. «Crónica de un error: el recurso previo de inconstitucionalidad contra leyes orgánicas», en *Rev. Española de Derecho Constitucional*. núm. 17. 1986.

<sup>5</sup> J. L. CASCAJO, «Las Cortes Generales y el Tribunal Constitucional», en *II. Jornadas de Derecho parlamentario*. Madrid, 1986, pág. 15.

exige cada día respuestas más complejas y matizadas jurídicamente, a fin de no provocar lagunas o vacíos en el ordenamiento.

El objeto del presente trabajo no es, sin embargo, analizar los cauces y técnicas procesales a través de los cuales el Tribunal Constitucional incide positivamente en el ordenamiento (principalmente el citado recurso previo entre los primeros y las denominadas sentencias manipulativas), sino examinar dos ámbitos o espacios de control de constitucionalidad no explícitamente previstos como objeto de aquél y que, sin embargo, amplían sensiblemente las posibilidades del Tribunal de participar activamente de la potestad legislativa e incluso, lo que sería más perturbador, introducir controles de oportunidad. Me refiero al control en sede constitucional de los vicios del procedimiento legislativo y las hipotéticas inconstitucionalidades por omisión.

Uno y otro ámbito no aparecen como objeto específico de control de constitucionalidad en nuestro ordenamiento y son muy pocas igualmente las referencias explícitas al tema en el Derecho comparado; ambos comparten dificultades dogmáticas para ser admitidos; pero, pese a todo, en mayor o menor medida, ambos espacios parecen abrirse paso en el control de constitucionalidad por vía jurisprudencial, lo que, según ha quedado dicho, conduce al órgano de justicia constitucional a involucrarse positivamente en la labor legislativa del Parlamento. Veamos separadamente los problemas que cada uno de ambos plantean en nuestro ordenamiento.

## I. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DEL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO

La primera vía que me parece necesario analizar, a través de la cual el control de constitucionalidad parece abrirse a espacios en principio no explícitamente previstos por el derecho positivo y que, sin embargo, la práctica constitucional parece ir consolidando, es el control de los vicios formales de las leyes, esto es, «aquellos vicios que inciden sobre el acto legislativo en cuanto tal, independientemente de su contenido y en razón del procedimiento seguido para su gestión y exteriorización»<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> V. CRISAFULLI, *Lezioni di Diritto Costituzionale*. Padova 1974, vol. II, pág. 122. Entre nosotros ya en 1970 G. TRUJILLO indicará que «la cuestión de la adecuación constitucional de los actos normativos puede plantearse desde una perspectiva tanto formal como material». *Dos estudios sobre la constitucionalidad de las leyes*. La Laguna, 1970. P. VIRGA, a su vez, distingue más matizadamente dentro de tales vicios formales, el vicio de incompetencia («consiste en la usurpación por un órgano legislativo de una competencia que la Constitución reserva a otro órgano legislativo») y vicios procesales en sentido estricto, en *Diritto Costituzionale*. Giuffrè, 1979. pág. 532.

Dicho ámbito de control no parece sin embargo que, a título de principio, pueda ofrecer demasiadas objeciones, por cuanto la noción de ilegitimidad constitucional representa una categoría unitaria (a diferencia de lo que sucede con la noción de ilegalidad de los actos administrativos). Más aún, como ha señalado SCHLAICH refiriéndose a la RFA, dicha posibilidad no puede resultar extraña toda vez que «un Tribunal que se ha ocupado permanentemente del control de legislador corre el riesgo de no contentarse con el control de la ley como resultado del procedimiento e incluir cada vez más en su examen el proceso por el que el Parlamento ha preparado y tomado la decisión»<sup>7</sup>.

Sin embargo, tan palmaria constatación, pronto se revela como una práctica cuajada de implicaciones tanto de índole teórica, como de carácter práctico, tal como se ha encargado de poner de manifiesto la doctrina y la jurisprudencia constitucional alemana e italiana, así como a nivel muy incipiente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español. Sistematizando tales implicaciones éstas podrían concretarse en **un riesgo y una objeción**. Veamos brevemente cada una de ambas:

**El riesgo** ha sido detectado principalmente por la doctrina alemana<sup>8</sup> y se refiere básicamente a la posibilidad de transformar el control de regularidad constitucional en un control de oportunidad política difícilmente compatible con la naturaleza de la jurisdicción constitucional. En efecto, admitir que la legislación no se confronta por el órgano de justicia constitucional como un producto, sino como proceso, puede deslizar en la práctica el control de constitucionalidad a la ponderación de las motivaciones de los actores intervinientes en el proceso legislativo, sin que parezca fácil establecer barreras precisas que lo eviten. Más aún, matizando la línea anterior, esta apertura del control de constitucionalidad al proceso legislativo, puede desembocar en el control de una metodología óptima en la legislación como ha constatado la doctrina alemana reciente, esto es, si más allá del actuar descrito en la Constitución es posible imponer al legislador una racionalidad controlable jurisdiccionalmente en la preparación y adopción de su decisión, similar a lo que rige en el procedimiento administrativo (véase arts. 29.1 y 40.2 de la LPA, y G. DE ENTERRIA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso...* pág. 466: «Puede y debe controlarse aquí si el acto es adecuado para el servicio efectivo del fin público específico que la norma atributiva de la potestad que se ejercita ha considerado, adecuación que supone un juicio de efectividad, de congruencia, de coherencia, de proporcionalidad»), o dicho en otros términos, ello puede abocar a que el Tribunal, en el juicio de razonabilidad y de proporción

<sup>7</sup> K. SCHLAICH, «El Tribunal Constitucional Federal Alemán», en VV.AA, *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*. Madrid, 1984, pág. 225.

<sup>8</sup> K. M. MEESEN, «Das Mitbestimmungsurteil des Bundesverfassungsgerichts», en *NJW*, 1979, pág. 836. Entre los autores españoles se ha ocupado del tema A. GARRORENA, «La sentencia constitucional», en *Rev. de Derecho Político*, núm. 11/1981, págs. 13 y ss.



medios-fines, controle si las tomas de posición de los sujetos participantes en el proceso legislativo-parlamentario son congruentes con el resultado finalmente alcanzado, todo lo cual parece difícilmente compatible con la configuración de la función legislativa como función innovadora, no programada y discrecional tal como señalara entre nosotros IGNACIO DE OTTO<sup>9</sup> y consagrará el propio Tribunal Constitucional en su sentencia de 11 de abril de 1981, antes citada.

Pese a las graves consecuencias a las que conduce una orientación jurisprudencial de esa índole, es lo cierto que la doctrina de la RFA ha detectado sentencias del Tribunal de Karlsruhe que apuntan en esa dirección (así la Sentencia sobre la interrupción del embarazo o la Sentencia sobre la ley de Farmacias); sin embargo esa orientación no parece extrapolable a la jurisprudencia constitucional de nuestro país dictada hasta hoy, al menos en lo que se refiere al control directo de normas, máxime teniendo en cuenta que en el ordenamiento constitucional español parece difícil encontrar apoyatura para esa «metodología óptima del legislador» y sí una clara diferenciación entre la potestad legislativa como potestad no programada y la función administrativa como potestad reglada (art. 103.1 de la Constitución). No obstante, cabe preguntarse, aunque se trata de un contexto procesal distinto, si no existe un cierto apunte de esa construcción en la sentencia del Tribunal Constitucional Español recaída en el caso Barral (STC 90/85, de 22 de junio); recordemos que en dicha ocasión, bien que referido a la concesión o denegación de suplicatorio, el Tribunal otorgó el amparo por carecer la denegación de suplicatorio de la necesaria motivación, criterio éste que no deja de plantear serias interrogantes: ¿es exigible en tal supuesto la motivación del acto parlamentario? ¿el análisis de la ausencia de motivación implícita no conduce al examen de la motivación misma? ¿es extrapolable a los actos parlamentarios los criterios de motivación de los órganos judiciales o administrativos de carácter colegiado? ¿habría de ponderarse en tal supuesto las motivaciones individuales de los diputados integrantes de la comisión de suplicatorios? En suma, aunque hasta el momento actual nuestro Tribunal Constitucional ha practicado en el control de normas una cierta *Judicial self restraint*, es preciso advertir que el riesgo no es tan lejano y puede desvirtuar la naturaleza del control de constitucionalidad.

Cuestión sustancialmente distinta, y ampliamente elaborada en la doctrina y jurisprudencia constitucional italianas<sup>10</sup>, es la **objeción** que

<sup>9</sup> I. DE OTTO, «La función política de la legislación», en *Parlamento y sociedad civil*. (Coord. M. A. APARICIO.) Barcelona, 1980.

<sup>10</sup> Un reciente resumen de las posiciones en torno al tema en la doctrina italiana puede verse en I. TORRES MUÑOZ. «El control jurisdiccional de los actos parlamentarios. La experiencia italiana», en *Rev. Española de Derecho Constitucional*, núm. 17, 1986, páginas 241 y ss. En relación con el ordenamiento constitucional español el único autor que me consta que haya dedicado explícitamente al tema un trabajo es A. E. DE ASÍS ROIG, «Influencia de los vicios *in procedendo* sobre la eficacia de las leyes», en *I Jornadas de Derecho Parlamentario*, vol. I. Madrid, 1985. págs. 161 y ss.



frente al control jurisdiccional de los vicios de procedimiento se plantea. Me refiero, obvio es decirlo, al cuestionamiento de la autonomía parlamentaria que entraña el control en sede constitucional de los *interna corporis acta*.

En efecto, admitir que el órgano de justicia constitucional pueda controlar el modo a través del cual las Cámaras desarrollan su labor de producción legislativa entraña una evidente intromisión en la tradicional autonomía parlamentaria, introduciendo una cierta heteronomía en el actuar de aquéllas. Así lo ha advertido con rotundidad entre nosotros L. CAZORLA quien critica dicha posibilidad en los siguientes términos: «constituiría un atentado a la centralidad política de las Cortes Generales que las resoluciones del carácter de las comentadas (se refiere a los actos internos de las Cámaras) pudieran ser objeto de revisión jurisdiccional; equivaldría a poner en duda la capacidad de las Cámaras de ordenar e impulsar sus propias decisiones finales, éstos sí recurribles»<sup>11</sup>. Sin embargo, aún aceptando los riesgos antes expuestos acerca del control de constitucionalidad del proceso legislativo, no creo que pueda levantarse una objeción de principio a dicha posibilidad, ni en las democracias parlamentarias en general, ni específicamente en el ordenamiento constitucional español.

De una parte, porque la configuración de la Constitución como norma suprema, y la consiguiente degradación de la ley y del poder legislativo imponen la subordinación del órgano parlamentario a esa norma suprema a la hora de elaborar las leyes, máxime si se tiene en cuenta que los textos constitucionales contemporáneos (y de modo muy especial el español) han ampliado notablemente su contenido, no sólo incluyendo un amplio elenco de disposiciones materiales, sino también regulando con precisión, a veces casi reglamentaria, los procesos de decisión de los órganos constitucionales en general y parlamentarios en particular. El Derecho Parlamentario, que materializaba la autonomía parlamentaria como conquista histórica del Estado liberal de Derecho, se ha constitucionalizado en los modernos Estados constitucionales de Derecho, dato éste que no debe pasar inadvertido al analizar el tema que nos ocupa. A mayor abundamiento, en el caso español, hay que señalar que la irremediable introducción de elementos materiales en el concepto de ley operante en nuestro ordenamiento constitucional<sup>12</sup> comporta inexcusablemente un realzamiento de los elementos formales del proceso legislativo, que no pueden ser marginados del control de constitucionalidad.

---

<sup>11</sup> L. M. CAZORLA PRIETO, *Las Cortes Generales: ¿Parlamento contemporáneo?* Madrid, 1985, pág. 105.

<sup>12</sup> «Dicho en pocas palabras, la idea que pretendo expresar como resumen es la de que el concepto de ley que nuestra Constitución exige ha de construirse con elementos materiales y formales». F. RUBIO LLORENTE, «Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley», en VV.AA., *Las fuentes del Derecho*. Barcelona, 1983.

En segundo lugar, la autonomía parlamentaria, como principio rector del Derecho Parlamentario, tenía su razón de ser en un sistema político-constitucional presidido por la tensión dialéctica Legislativo-Ejecutivo, o más precisamente como conquista histórica de un ámbito de no ingerencia de la Corona en el funcionamiento de la institución parlamentaria. Sin embargo, es lo cierto que la correlación de fuerzas institucionales en los sistemas políticos contemporáneos, y la naturaleza de la función legislativa de los Parlamentos ha variado sustancialmente. El Derecho Parlamentario, hoy, en los Estados democráticos, parlamentarios y pluralistas, está presidido por una tensión distinta, la tensión dialéctica mayoría-minoría y su principio rector ya no puede seguir siendo la garantía de unos ámbitos exentos de ingerencias de la Corona, sino la realización del valor superior del pluralismo (art. 1.1. de la CE), garantizando los derechos de las minorías y la publicidad de los debates<sup>13</sup>. La tendencia manifiesta en el constitucionalismo europeo hacia la generalización del control de constitucionalidad de los Reglamentos parlamentarios, en nuestro ordenamiento recogida en el art. 27.2 de la LOTC, parece responder a este nuevo contexto, que tampoco debe ser menospreciado a la hora de analizar el presente tema.

En suma, no creo que pueda hoy levantarse una objeción de principio al control de sede constitucional de los vicios de procedimiento, como ponen de manifiesto las jurisprudencias constitucionales alemana e italiana, e incluso, incipientemente, la producción jurisprudencial del Tribunal Constitucional Español. Cuestión distinta, como advierte especialmente la doctrina italiana, es fijar los contornos precisos en que dicho control ha de desenvolverse, a fin de no vaciar de significado el principio de autonomía e independencia parlamentarias, como ha constatado el TCE en su Auto 183-84, de 21 de marzo: «característica propia de los órganos constitucionales es la independencia y el aseguramiento de ésta obliga a entender que, si bien sus decisiones, como sujetos que están a la Constitución y las Leyes, no están exentas del control jurisdiccional, sólo quedan sujetos a este control cuando afecten a relaciones externas del órgano o se concreten en la redacción de normas objetivas generales susceptibles de ser objeto de control de constitucionalidad, pero ello sólo, naturalmente, a través de las vías que para ello se ofrecen».

Tres son las cuestiones que me parece necesario abordar a fin de sistematizar los problemas de delimitación que el tema plantea: actos impugnables, legitimados para plantearlo en sede constitucional, y vicios que puedan ser apreciados por el Tribunal. Veamos separadamente.

a) El procedimiento legislativo, que concluye en la gestación de un texto legal, está integrado por una constelación de subactos que son

<sup>13</sup> «El problema constitucional más importante del Parlamento consiste en la protección de las minorías». E. STEIN, *Derecho Político*. Madrid, 1973, pág. 53.

los que en puridad pueden ser denominados *interna corporis acta*. La posibilidad de que estos últimos, autónomamente, puedan ser residenciables en sede constitucional por vía de recurso de amparo es una hipótesis que no tiene que ser descartada a tenor del enunciado del art. 42 de la LOTC; no obstante, el Tribunal en el Auto precedentemente mencionado se muestra especialmente restrictivo respecto al tema. En todo caso, ni es ése el problema que aquí se quiere analizar, ni, por tanto, es extrapolable la doctrina allí sentada. Por el contrario, la cuestión a que se refiere el presente trabajo es la impugnabilidad, a través de las vías que el ordenamiento ofrece (como señala el propio Tribunal), de las normas legales como producto normativo del procedimiento legislativo-parlamentario. Este es el tema al que aquí se hace referencia y no creo que la doctrina del Tribunal precedentemente citada, sea, en dicho contexto, un obstáculo para ello. Al contrario, frente a lo a veces sostenido, me parece que la interpretación que ha de darse a la precitada afirmación del Tribunal hay que conectarla con las posibilidades de recursos existentes para impugnar *aisladamente* un acto interno de las Cámaras (sólo en cuanto se concreta en la redacción de normas objetivas de carácter reglamentario), pero no en relación a las denuncias de inconstitucionalidad por vicios de procedimiento.

b) A tenor de lo precedentemente escrito, los cauces procesales hábiles para la impugnabilidad del producto legislativo por vicios de procedimiento son los propios del control de normas, recurso de inconstitucionalidad y cuestión de inconstitucionalidad. Dicha afirmación quizá pueda parecer una obviedad, pero, sin embargo, no es pacíficamente admitida. R. PUNSET, con una sutil y aguda distinción, aunque parcamente argumentada, sostiene que «parece rechazable la competencia de los jueces o Tribunales ordinarios para promover una cuestión de inconstitucionalidad con base en los *interna corporis* de la formación de las leyes y más bien se circunscriben en su acción a cuestionar simplemente su validez material»<sup>14</sup>. La razón de ello para el autor citado reside en el privilegio de validez aparente y ejecutoriedad de la norma que ha de presuponersele al texto de rango legal. No obstante, no parece claro que esa presunción tan sólo deba operar ante los vicios procesales de pequeña entidad, toda vez que hoy no parece discutible que los jueces y Tribunales puedan cuestionar una ley por vicios formales de incompetencia (por ej. insuficiencia de rango) o, incluso, por vicios manifiestos de procedimiento. La experiencia italiana, donde como es sabido el único cauce procesal es la cuestión, creo que viene a ratificar lo expuesto, pese a lo sugerente de la idea apuntada por PUNSET. El problema se desplaza así a los vicios (manifiestos, no manifiestos, esenciales, no esenciales, etc.) que pueden ser controlados por el Tribunal.

---

<sup>14</sup> R. PUNSET, *Las Cortes Generales*. Madrid, 1983, pág. 100.

c) La primera advertencia que hay que realizar, a fin de delimitar el tema, es concretar la noción de vicios de procedimiento, por cuanto en el curso de un *iter* legislativo la presunta ilegitimidad constitucional de un «subacto» legislativo puede provenir bien porque su contenido viole el ordenamiento constitucional, bien porque el procedimiento, en sí mismo considerado, vulnere ya normas materiales, ya normas procedimentales. Parece claro que en tanto que el primer supuesto puede constituir un vicio «en» el procedimiento el último (vulneración de normas procedimentales) es el que genuinamente puede calificarse como vicio «de» procedimiento. Mayores dificultades encierra el segundo supuesto, pues no es posible olvidar que con frecuencia las normas materiales desempeñan una función de garantía del propio procedimiento. La valoración del grado en que afectan al procedimiento no parece que pueda realizarse con criterios generales, por lo que habrá de ponderarse casuísticamente.

Sentado lo anterior, el análisis de los vicios procesales creo que ha de partir del examen de los diversos instrumentos que disciplinan el procedimiento legislativo o, *a sensu contrario*, qué tipo de normas pueden ser violadas por una Cámara parlamentaria al elaborar una ley. Pues bien, tres parecen ser los instrumentos que hayan de tomarse en consideración: Constitución, Reglamento parlamentario y Ley.

La última, la Ley, de la que nuestro ordenamiento ofrece más ejemplos de lo que pudiera parecer<sup>15</sup>, no creo que deba ofrecer excesivos problemas desde la perspectiva aquí analizada. Si las normas en conflicto, la norma que disciplina al procedimiento legislativo y la norma elaborada en transgresión de aquél, corresponden a la misma categoría normativa, ha de operar el principio de que el legislador actual no puede vincular al legislador del futuro. Más complejo parece resultar la colisión entre dos normas legales de distinto carácter, especialmente en conexión con el pluralismo normativo derivado del carácter autonómico del Estado; no obstante, en todo caso, el problema ha de resolverse desde la perspectiva de las fuentes del Derecho y las categorías e instrumentos que el ordenamiento ofrece ante supuestas colisiones normativas.

El problema se concreta entonces en las posibles vulneraciones de la Constitución o los Reglamentos parlamentarios en el curso del proceso legislativo.

En principio pudiera parecer relevante la distinción entre vicios constitucionales y vicios reglamentarios, tal como ha entendido un amplio sector de la doctrina italiana<sup>16</sup>. Sin embargo, como ha escrito PIZZO-RUSSO, «parece en exceso limitada la tesis que considera posible el control sobre los *interna corporis* sólo cuando se emplean como términos de referencia las normas constitucionales que regulan el procedimiento de

<sup>15</sup> Así el artículo 30 de la LO 1/1980 de 30 de enero, del Consejo General del Poder Judicial asignaba al CGPJ la facultad de informar diversos proyectos de ley.

<sup>16</sup> Véase I. TORRES, ob. cit., págs. 201 y ss.

formación de los actos normativos, con exclusión de las incorporadas en fuentes subordinadas, empezando por las normas de los reglamentos parlamentarios»<sup>17</sup>. De una parte, porque, salvo en casos notorios, no parece que pueda considerarse definitivo que todo vicio del procedimiento constitucionalmente prescrito tenga que llevar inexcusablemente aparejada la nulidad del acto, siendo así que, en ocasiones, la exigencia constitucional es imprecisa, ambigua y, en gran medida, irrelevante. De otra parte, en sentido contrario, tampoco parece fácil situar al mismo nivel todos los requisitos formales de índole reglamentaria, norma, recordemos, sometida a control de constitucionalidad, lo que parece hacer pensar que ha de gozar de una virtualidad mayor que la de las normas meramente programáticas, carentes de protección jurisdiccional frente a sus violaciones, amén del carácter del Reglamento parlamentario de norma de integración del ordenamiento que, como ha señalado algún autor<sup>18</sup>, hace difícil, cuando no imposible, no conectar los vicios de Reglamento con la lesión (directa o indirecta) de alguna norma o principio constitucional.

Ahora bien, si la distinción entre vicios constitucionales de procedimiento y vicios reglamentarios parece insatisfactoria, más difícil me parece ofrecer criterios que permitan delimitar con precisión los vicios controlables en sede constitucional, de aquellos que no lo son.

MANZELLA distingue entre actos que vulneran normas (constitucionales o reglamentarias) de organización procedimental, y actos que vulneran normas (constitucionales o reglamentarias) para la formación de las decisiones, estimando sometidos a control jurisdiccional a los primeros, y exentos los segundos; sin embargo, como advierte PIZZORUSSO, «si bien se mira, esta construcción no hace sino confirmar, aunque en un ámbito más limitado, el principio de la imposibilidad de controlar los *interna corporis* y ello sin más bases que los argumentos que en su momento sostuvieron aquel principio»<sup>19</sup>.

Más novedosa me parece la posición del propio PIZZORUSSO que distingue, atendiendo a las consecuencias de la violación de normas procedimentales, entre vicios sanados («cuando el interés en cuya protección se dictaron las normas violadas haya sido satisfecho de otro modo en el curso ulterior del procedimiento») y vicios no sanados, siendo, ob-

<sup>17</sup> A. PIZZORUSSO, *Lecciones de Derecho Constitucional*. Madrid, 1984, vol. II, página 15. En igual sentido, A. GARRORENA ha escrito: «La lógica interna de tan discutible como compartida tesis apunta a una razón aparentemente convincente; es éste un modo "práctico" de distinguir entre vicios de forma que son esenciales, esto es, que afectan a la esencia del acto y deben causar la nulidad del mismo, y vicios de forma que no sean esenciales y que, por tanto, no deberían provocar tal nulidad... ¿Qué decir al respecto? Pues que entiendo que alguien crea que ahí hay un valor argumental atendible. Pero que, sin embargo, cualquiera que sea su innegable comodidad, me parece que ésta es una solución lógicamente gratuita y técnicamente incorrecta». Ob. cit., pág. 13.

<sup>18</sup> E. MATÍA: Ponencia presentada a las Jornadas de Parlamentos Autónomos (Inédito), 1985.

<sup>19</sup> Referencias tomadas de A. PIZZORUSSO, *Ibidem*.

viamente, susceptibles de control estos últimos, tesis ésta de la que parece haberse hecho eco el TCE en su sentencia 108/86 que más tarde habrá ocasión de retomar.

No obstante, matizando la postura anterior, me parece que un elemento que es necesario introducir a la hora de analizar los vicios de procedimiento controlables en sede jurisdiccional y los vicios no susceptibles de aquél, por quedar cubiertos por el principio de autonomía parlamentaria, es aquel que tiene su base en los principios hoy rectores del Derecho parlamentario (constitucional y reglamentario) esto es, el pluralismo y los derechos de las minorías y, congruentemente con ello, la naturaleza del procedimiento legislativo como proceso de «discusión y de negociación entre las diversas fuerzas políticas en presencia constante de la opinión pública»<sup>20</sup>. En este sentido, a efectos de ponderación por el Tribunal, me parece especialmente relevante la finalidad de garantía del pluralismo y de los derechos de las minorías a que sirven muchos aspectos del procedimiento legislativo reglamentario y que forman parte de la noción misma de ley. Como ha apuntado muy acertadamente ASIS ROIG<sup>21</sup>, «el procedimiento garantiza no sólo la eficacia y consecución del acuerdo, sino también la integración de la voluntad de los disidentes; por consiguiente, se encuentra directamente incardinados dentro de una de las cuatro grandes columnas que sostienen nuestro vigente sistema político, el pluralismo». Entiéndase que esto no significa que deba llegarse a un acuerdo material, que la composición debe realizarse sobre el contenido, sino que el procedimiento sirve de cauce para lograr un más alto grado de composición de intereses representado, atendiendo a la finalidad de integración política a que sirve la función legislativa.

Sin embargo, como puede comprobarse de lo hasta aquí expuesto, los criterios que pueden fijarse con carácter general respecto a la delimitación del control en sede constitucional de los vicios de procedimiento son bastante imprecisos, probablemente porque, como señala GARRORENA, «lo único correcto es sentar como presupuesto la controlabilidad de las *interna corporis* y a partir de aquí iniciar una ponderada y prudente construcción jurisprudencial que depure progresiva y casuísticamente qué vicios de forma deben ser, son efectivamente esenciales, invalidantes y cuáles no». Resulta por ello obligado referirse a la doctrina sentada hasta el momento por nuestro Tribunal Constitucional.

Que los vicios de procedimiento son controlables en sede constitu-

<sup>20</sup> La referencia completa, tomada de F. RUBIO LLORENTE, es la siguiente: «La tercera de las vías indicadas, que es, me parece, la que intenta el propio BOCKENFORDE, pretende construir, no a partir de principios jurídicos y constitucionales, que naturalmente acepta, sino, como decía de la forma de ley y del procedimiento legislativo. Lo que caracteriza a la ley como forma superior (bajo la Constitución) de creación del Derecho en un sistema democrático, es su modo de elaboración en el Parlamento, a través de la discusión y de la negociación entre las distintas fuerzas políticas y en presencia constante de la opinión pública». Ob. cit., pág. 39.

<sup>21</sup> A. de ASIS ROIG, ob. cit., pág. 235.

cional parece indiscutible desde el momento en que el propio Tribunal se ha ocupado del tema en tres ocasiones sin negar en ninguna de ellas su competencia: la sentencia 35/84 de 13 de marzo, en que declaró inconstitucional una modificación del régimen económico-fiscal de Canarias sin mediar el informe previo prescrito por la Disposición Adicional 3.<sup>a</sup> de la Constitución, la sentencia 89/84 de 29 de septiembre, en que analizó las alegaciones del recurrente relacionadas con una presunta vulneración de los artículos 136 y 207 del Reglamento del Congreso de los Diputados y la Sentencia 108/86, de 29 de julio, en que analiza el alcance de las previsiones constitucionales consagradas en el artículo 88.

En la primera de las sentencias citadas (S. 35/84), el Tribunal se apoyó, para declarar inconstitucional la norma impugnada, en una corriente doctrinal consolidada, al paralelismo entre procedimiento parlamentario y procedimiento administrativo, centrando su argumentación en la extrapolación de los criterios propios de la teoría del acto administrativo y sus posibles vicios, constatando que la omisión de un informe preceptivo en un procedimiento administrativo entraña un vicio esencial determinante de la anulabilidad del acto. Abundando en dicha línea, podríamos distinguir entre actos dictados por órgano manifiestamente incompetente, actos de contenido imposible, actos dictados con omisión absoluta y total del procedimiento, actos dictados con infracción de las reglas esenciales para la formación de voluntad de los órganos colegiados y actos afectados de irregularidades no invalidantes (arts. 47 y 28 de la LPA). Sin embargo, con ello no se logra más que una primera aproximación al tema en base a unos criterios no siempre extrapolables, dados los muy diversos principios a que responden ambos sectores del ordenamiento (el administrativo y el parlamentario).

En todo caso, algo parece insoslayable en dicha sentencia, que las trasgresiones manifiestas de exigencias formales explícitamente consagradas por el texto constitucional acarrear la inconstitucionalidad de la norma afectada, pues, aunque referido a un Decreto-ley, las afirmaciones allí vertidas son extrapolables: «si ello es así, emerge con claridad lo inexcusable del informe o audiencia del Parlamento canario requerido por esos mismos textos (Disposición adicional 3.<sup>a</sup> de la Constitución y art. 45 de la LO 10/1982, de 10 de agosto)».

Un dato firme parece también extraerse de la segunda sentencia citada (S. 89/84): que el Tribunal no parece encontrar dificultades en emplear el Reglamento parlamentario como parámetro de constitucionalidad, aunque en esta ocasión, el contraste del Reglamento parlamentario con el procedimiento legislativo seguido, fuera favorable a este último, si bien realizando una interpretación flexible de las normas reglamentarias permitiendo excepcionar prescripciones expresas: «Las infracciones de preceptos del Reglamento del Congreso de los Diputados que los recurrentes denuncian no se han producido en absoluto... Es verdad que el proyecto de Estatuto de Autonomía fue remitido a la Mesa del Congreso

en la anterior legislatura y, en consecuencia, caducó en aplicación del artículo 207 citado. Sin embargo, tal caducidad obedece al principio de representatividad de la Cámara, en virtud de la cual ésta no está vinculada por los actos de la anterior, y ello quiere decir que la caducidad puede ser excepcionada por la propia Cámara haciendo suyos los asuntos pendientes cuando así lo permita su naturaleza.»

Finalmente, en la tercera sentencia (S. 108/86) el Tribunal vuelve de nuevo sobre las exigencias procesales impuestas por la Constitución, si bien, pese a la naturaleza constitucional de tales requisitos formales, el Tribunal no estima que ello acarree inconstitucionalidad para la norma cuestionada. Dos son las razones que recoge y que ya han sido precedentemente apuntadas. De una parte el vicio ha quedado sanado ulteriormente; de otra que no lesiona los derechos de las minorías: «el defecto indicado sólo tendría relevancia si hubiese menoscabado los derechos de Diputados o grupos parlamentarios del Congreso». *A sensu contrario* cabe entender que si podían tales vicios comportar la inconstitucionalidad de la norma cuestionada si éstas no hubieran sido ulteriormente sanadas o acarreasen lesión de los derechos de las minorías y el pluralismo de los debates, posición ésta que concuerda con lo anteriormente mantenido<sup>21 bis</sup>

---

<sup>21 bis</sup> Encontrándose el presente trabajo en pruebas de imprenta, el TCE ha dictado un Auto de fecha 27 de mayo de 1987 (Rec. núm. 268/87) que viene a reiterar el criterio restrictivo respecto a la posibilidad de recurso de amparo frente a actos internos. El acto impugnado era el rechazo por el Congreso de los Diputados de una proposición de ley en la fase de toma de consideración, lo que en opinión de los recurrentes vulneraba el principio de igualdad. La falta de consistencia de la pretensión parece clara y la Sección del Tribunal la rechaza con términos taxativos: «No cabe entender que cualquier denegación dentro de un largo 'iter procedimental' para la elaboración de una ley, ya sea éste de rechazo de una proposición de ley, ya sea la negativa a la petición de retirar un proyecto de ley o de aceptar una enmienda, etc. pudiera considerarse que podrían lesionar derechos fundamentales residenciables en amparo de aquellos a los que en su caso pudiera aplicarse la norma legislativa que eventualmente pudiera ser aprobada, lo contrario supondría desconocer los mecanismos propios del sistema parlamentario y del juego correspondiente de mayorías y minorías. Por eso en lo que se refiere al proceso de elaboración de las leyes, se trate de la fase de que se trate, la intervención del Tribunal Constitucional no es posible, en tanto que se respeten los derechos de participación política de los Diputados y grupos parlamentarios. El control jurisdiccional que este Tribunal puede llevar a cabo se realiza sólo sobre los actos mediante los que los órganos estatales actúan sus competencias pero no sobre la decisión adoptada en virtud de criterios políticos y de oportunidad acerca de la ocasión idónea para el ejercicio de sus competencias».

No creo, sin embargo, que tales palabras representen una posición contraria a la tesis aquí mantenida. El contexto de aquéllas era un recurso de amparo y el vicio denunciado totalmente ajeno a los vicios de procedimiento, pues como ha quedado dicho, no todo vicio «en» el procedimiento (suponiendo que lo fuera), puede calificarse como vicio «de» procedimiento.



## II. EL CONTROL DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISION

El segundo ámbito no explícitamente previsto por el ordenamiento para el control de constitucionalidad en sede jurisdiccional, sobre el que me parece necesario reflexionar es el de la inconstitucionalidad por omisión, esto es, la violación constitucional provocada por la inactividad del órgano legislativo pese a la existencia de un mandato constitucional explícito al respecto.

El fundamento de principio para admitir como competencia del Tribunal dicho ámbito parece lógico, de modo parejo a la evolución sufrida por la jurisdicción contencioso-administrativa con el silencio administrativo; si la función por excelencia del órgano de justicia constitucional es controlar la regularidad constitucional del actuar de los poderes públicos y, de modo específico, del legislador, tan inconstitucional es una actuación positiva del legislador vulneradora del orden constitucional, como la no actuación cuando constitucionalmente está prevista, o dicho en otros términos, tan alterada queda la plenitud del texto constitucional y tan negada la voluntad del constituyente con un actuar contrario a la Constitución como con un no actuar. Así lo ha apreciado en determinados supuestos la jurisdicción constitucional alemana, como de modo específico la constitución portuguesa<sup>22</sup> y yugoslava o en el plano doctrinal CONSTANTINO MORTATI.

El citado autor italiano, en un trabajo lleno de esperanzas acerca de las posibilidades del órgano de jurisdicción constitucional para subvenir a tal tipo de problemas<sup>23</sup> distingue la omisión que califica de «absoluta», esto es, allí donde falta todo tipo de actuación normadora destinada a aplicar el precepto constitucional, de la omisión «relativa» derivada de actuaciones parciales que disciplinan un tema para algunas relaciones y no para otras análogas, conectándose así la omisión del legislador con el principio de igualdad, advirtiendo de las mayores dificultades que ofrece el control de constitucionalidad sobre las primeras que sobre las segundas.

Sin embargo, en todo caso, se trate de omisiones absolutas o de omisiones relativas, es preciso constatar que un análisis detallado del

---

<sup>22</sup> Véase J. MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*. Vol. I, tomo II. Coimbra, 1981, págs. 655 y ss.

<sup>23</sup> C. MORTATI, «Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore», en *Problema di Diritto Pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana. Raccolta di Scritti*. Vol. III. Milano, 1972, págs. 923 y ss. Entre nosotros desde una perspectiva general se ha ocupado del tema M. JIMÉNEZ DE PARGA en un artículo publicado en *Diario 16*.

tema no puede dejar de tomar en consideración las muy serias objeciones y dificultades que se levantan frente a esta posible competencia del órgano de jurisdicción constitucional.

Así, en primer término, desde una perspectiva teórica general, es preciso recordar que el legislador es el llamado a innovar el ordenamiento, a la genuina creación del Derecho, y en esa potestad constitucional asignada se considera condicionalmente comprendida la posibilidad de no actuar. A mayor abundamiento, desde una perspectiva más concreta, es preciso advertir que los mandatos al legislador toman la forma técnica de «reservas de ley», lo que parece hacer aún más difícil técnicamente la posibilidad de intervenir por parte del Tribunal Constitucional en un tema constitucionalmente encomendado al Legislador.

Es cierto, se podrá contrarreplicar a dicha objeción, que el legislador, en los sistemas constitucionales contemporáneos, dotados de una constitución rígida jurídicamente superior y jurisdiccionalmente garantizada, ha perdido gran parte de la supremacía que ostentara en épocas pasadas, como ha quedado precedentemente apuntado, pero esto a lo más que puede conducir es a reafirmar la obligación constitucional del legislador de disciplinar determinados temas y, por ende, la posibilidad del órgano de justicia constitucional de constatar la inconstitucionalidad de una omisión del legislador, pero sigue ofreciendo dificultades el reconocer al Tribunal la posibilidad de arbitrar medidas ante dicha eventualidad sin quebrar los principios de Estado de Derecho y, más aún, la sustitución pura y simple del legislador por el órgano de justicia constitucional.

Un segundo núcleo de reparos frente a esta competencia del Tribunal gira en torno a las dificultades de carácter procesal, si bien en nuestro ordenamiento no parecen, en cambio, insoslayables. Parece obvio que el objeto central del proceso en el control de constitucionalidad de normas es el acto legal, «las leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley», según reza el artículo 161.1 a, de la Constitución española, lo que evidentemente veda todo intento de llevar a sede constitucional las omisiones del legislador por vía de recurso directo. Sin embargo, nada parece impedir que el tema pueda plantearse ante el Tribunal Constitucional, ya por medio del recurso de amparo, ya por medio 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 postconstitucional, posibilite el planteamiento de la cuestión (piénsese en un hipotético proceso acerca de un problema de paternidad antes de la Ley 13-V-81 que abrió la posibilidad de investigar la paternidad, en desarrollo del artículo 39.2 de la Constitución).

Sentadas tales premisas, parece que las dificultades y posibilidades de admitir el control de constitucionalidad de las inconstitucionalidades de omisión, así como el análisis de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional sobre el tema se ha de encarar desde una doble

faceta: de una parte, precisando el alcance y significado que de la figura de «mandatos al legislador» ofrece nuestro ordenamiento, pues sólo a partir de ello podremos determinar el grado de control que sobre los mismos puede establecerse; en segundo lugar, es necesario puntualizar qué abanico de posibilidades están a disposición del Tribunal, una vez constatada una inconstitucionalidad por omisión. Veamos separadamente.

a) La figura del «mandato al legislador», utilizada por vez primera en relación a la Constitución de 1978 por RUBIO LLORENTE<sup>24</sup>, hace referencia a aquellos preceptos constitucionales que imponen al legislador la emisión de una norma (o conjunto de normas) que discipline algún aspecto del texto constitucional que allí se encuentra tan sólo delineado en sus rasgos generales.

La necesidad de desarrollo de los preceptos constitucionales por vía legal es una exigencia casi inseparable de las normas constitucionales dada su condición de normas incompletas lo que, sin embargo, no ha de conducir a una reducción de su valor normativo, como ha estudiado A. NIETO<sup>25</sup>. Sin embargo, existen ocasiones en que esa necesidad de desarrollo legislativo es sentida de modo especialmente intenso por el constituyente, que convoca al legislador a esa labor de desarrollo en términos rotundamente imperativos, dejando en principio deferida la plena virtualidad del precepto constitucional al cumplimiento del mandato.

No obstante, pese al intento de concretar la noción de «mandato al legislador», es lo cierto que la Constitución española ofrece ejemplos tan variados, que resulta difícil un tratamiento homogéneo.

Así, por la naturaleza del tema para el que se emplea esta técnica de regulación constitucional podría distinguirse aquellos mandatos al legislador referidos a aspectos orgánicos o al establecimiento de alguna nueva institución, de aquellos otros previstos para el desarrollo de algún aspecto jurídico de carácter material, sea un derecho fundamental, aunque pueda parecer un contrasentido<sup>26</sup>, sea un derecho de carácter meramente constitucional. De otra parte, atendiendo a la relación del precepto constitucional compren-

<sup>24</sup> F. RUBIO LLORENTE, «La Constitución como fuente del Derecho», en *La Constitución española y las fuentes del Derecho*. Vol. I, Madrid, 1979, pág. 70.

<sup>25</sup> A. NIETO, «Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional», *R.A.P.*, número 100/102, vol. I, págs. 377 y ss.

<sup>26</sup> Aunque la moción de mandato al legislador aparezca en SCHEUNER como una variedad de las normas materiales de un texto constitucional y en cuanto tal alternativa a las garantías institucionales, los principios estructurales del Estado y los Derechos fundamentales en nuestro ordenamiento constitucional, alguno de estos últimos se materializa también como un mandato al legislador; la objeción de conciencia me parece paradigmático al respecto. Así lo aprecia el propio Scheuner que advierte de la posibilidad de que un mandato al legislador genere un derecho subjetivo amparable ante el TCF, V. O. SCHEUNER, «Staatszielbestimmungen», en *Verfassung beitrage Zur Verfassungstheorie*, edit. M. Friedrich. Darmstadt, 1978.

sivo de un mandato al legislador con el ordenamiento anterior preconstitucional, me parece que hay que distinguir aquellos mandatos al legislador en que el constituyente impone innovar el ordenamiento sobre la base de lo constitucionalmente estatuido, de aquellos otros en que, más moderadamente, prescribe modificar el ordenamiento existente.

Pues bien, de lo hasta aquí dicho, y sin perjuicio de ulteriores motivaciones, no se puede colegir, de principio, que unos mandatos al legislador tengan un mayor carácter vinculante que otros y, por tanto, que en unos casos sea más susceptible de control en sede constitucional la posible quiescencia del legislador que en otros, toda vez que el art. 9.1 en que encuentra fundamento toda vinculación a la Constitución, no establece distingos. Todo mandato constitucional, en mi opinión, es, en principio, residenciable ante el Tribunal Constitucional, siempre que existan cauces procesales para ello y sin que en ningún caso pueda el órgano de justicia constitucional sustituir a la Ley en su papel de norma primaria universal, tal como en más de una ocasión ha declarado nuestro Tribunal Constitucional.

En función de ello, el problema no será, por tanto, su control en sede constitucional, sino las posibilidades que se ofrecen al órgano de justicia constitucional ante un supuesto de esa índole, que será el tema que se abordará a continuación.

b) Según ha quedado precedentemente expuesto, el monopolio en la elaboración de la legislación es tarea que incumbe en exclusiva al legislador, ya estatal, ya autonómico, sin que el Tribunal Constitucional pueda en ningún caso sustituir al legislador en esa tarea de fijación de objetivos-fines y determinación de unos medios al servicio de aquéllos, materializada en la gestación de normas primarias generales; sin embargo, no es ésta la única forma de incidir en el ordenamiento, y el Tribunal Constitucional, en el control de la inconstitucionalidad por omisión, emite con frecuencia sentencias que afectan positivamente a aquél, de tal modo, que no resulta exagerado afirmar que dicho órgano, en tales ocasiones, participa en cierta medida del ejercicio de la potestad legislativa.

Ahora bien ¿en qué medida el Tribunal Constitucional puede subvenir provisionalmente a colmar los espacios vacíos dejados por el legislador? ¿qué razones legitiman esa invasión del Tribunal en ámbitos reservados al legislador? ¿hasta dónde puede llegar el órgano de justicia constitucional en esa labor?

Las respuestas ofrecidas hasta el momento por la doctrina no parecen ser más que unas breves aproximaciones o apuntes de respuesta que sistematizan las soluciones ofrecidas casuísticamente por la jurisprudencia constitucional respectiva y esa será la línea que se seguirá aquí.

En primer término parece que la única respuesta que puede darse en términos más definitivos es la que se refiere a la legitimidad del ór-

gano de justicia constitucional para acometer dicha labor, en cierta medida ya apuntada. La función del Tribunal Constitucional como supremo garante de unos preceptos constitucionales (los mandatos al legislador) que nada parece indicar que tengan un menor carácter vinculante, es la razón que avala dicho actuar.

En cuanto al marco en que dicha función ha de desempeñarse por el Tribunal, dos son los elementos que creo que han de conjugarse. De un lado, el ámbito de sus propias competencias materializadas en cauces procesales (recurso de inconstitucionalidad, cuestión, conflicto y recurso de amparo); de otro lado, la naturaleza del tema regulado mediante un mandato al legislador. Así, me parece que no es posible en ningún caso un recurso directo de inconstitucionalidad por las razones precedentemente apuntadas, ante una omisión del legislador, como también parece igualmente claro que el Tribunal no puede suplir al legislador cuando se trata de instaurar aquellas instituciones u órganos constitucionalmente previstos. Por el contrario, la doctrina ha considerado plenamente viable la intervención del Tribunal cuando, por vía de amparo (o incluso por vía de cuestión), se suscita una omisión del legislador que comporta una lesión de un Derecho Fundamental<sup>27</sup>. Entre uno y otro extremo sólo la ponderación de la importancia de los valores constitucionales y las prerrogativas (e inviolabilidad) del legislador en el caso concreto pueden ofrecer una respuesta, o como ha calificado la doctrina alemana, «la proporcionalidad del grado de injerencia del Tribunal en la legislación»<sup>28</sup>.

Referido lo anterior a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español, tres son las fórmulas que parecen decantarse de la misma.

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 de la Constitución, partir de la sentencia de 28 de julio de 1981, «evitando el peligro de que la pasividad del legislador del Estado bloquease la producción legislativa de la CCAA»<sup>29</sup>.

Una segunda fórmula, también empleada por el Tribunal Constitucional Español, en aquellos supuestos que precedentemente he denominado como inconstitucionalidad por omisión relativa, esto es, en conexión con el principio de igualdad ante la Ley, ha sido ampliar la vigencia de una norma a aquellos sectores de población inicialmente no previstos por el legislador. Las dos Sentencias sobre el derecho a una pensión de viudedad por los varones (S. 103/83, de 22-XI y 14/83, de 23-XI) y el pago de horas extraordinarias a los ATS varones (S. 81/82, de 21-XII) son los supuestos más notorios de esta fórmula, advertidos sus riesgos por Aro-

<sup>27</sup> V. O. SCHEUNER, ob. cit.

<sup>28</sup> K. SCHLAICH, «Corte costituzionale e controllo sulle norme nella Republica Federale di Germania», en *Quaderni Costituzionali*, núm. 3, 1982., pág. 587.

<sup>29</sup> A. NIETO, ob. cit., pág. 393.

zamena en su voto particular a la Sentencia 22-XI-83 en la que textualmente indica: «lo que hace la sentencia no es declarar derogada una disposición... lo que hace es integrar el ordenamiento de la seguridad social, incorporando al régimen de viudedad el derecho de los viudos en unos términos de generalidad, sin atender el dato de la situación de necesidad; se trata de una innovación por la vía de sentencia del derecho de la seguridad social... lo que obviamente no es una tarea propia de la que se ha llamado función del legislador negativo como única que compete al Tribunal Constitucional». Se trata en cierta medida de una variante de las sentencias del Tribunal Constitucional de Karlsruhe que se limitan a constatar la «inconstitucionalidad simple» de la norma cuestionada<sup>30</sup>, si bien, en favor del Tribunal Español hay que señalar que este último, al menos en las sentencias emitidas hasta el momento, ha sido más respetuoso con la centralidad del Parlamento en la creación de normas que el Tribunal alemán-federal.

Finalmente, la tercera fórmula empleada por el Tribunal Constitucional Español, sin duda donde más claramente se ha puesto de manifiesto la intervención positiva de éste en la legislación, es en aquellos supuestos de inconstitucionalidad por omisión que afectan a Derechos fundamentales. Se trata concretamente de las sentencias en cadena sobre la objeción de conciencia que se inician con la sentencia 15/82, de 23 de abril. En tales supuestos el Tribunal estimó que en la medida en que el mandato al legislador se vinculaba a un Derecho fundamental de carácter subjetivo, este último no podía quedar totalmente negado en tanto no mediara la intervención del legislador. Como quedó dicho más atrás, no se trata de que el mandato sea aquí más inmediatamente vinculante, sino de que, en la medida en que se trata de un derecho fundamental accionable ante el Tribunal Constitucional, se trata de un precepto que goza de aplicación directa, aunque sea con un contenido mínimo como indicara la precitada sentencia. Sin embargo, es lo cierto que a través de ello el Tribunal llevó a cabo una verdadera innovación jurídica introduciendo la objeción de conciencia como causa de suspensión provisional de la incorporación a filas, que anteriormente no existía en nuestro ordenamiento.

Pues bien, intentando abstraer una doctrina general de estos supuestos, parece que podría concluirse por una cierta capacidad del Tribunal Constitucional para suplir al legislador en aquellos supuestos de inconstitucionalidad por omisión (relativa o absoluta) siempre que el mandato al legislador se conjugue con un derecho fundamental, innovación jurídica que cabría considerar como derecho transitorio, esto es, norma provisional que comprende las medidas estrictamente precisas para evitar una total negación del Derecho fundamental en cuestión, en tanto se produce la intervención del legislador a quien genuinamente corresponde la potestad legislativa.

<sup>30</sup> Véase K. SCHLAICH, «Tribunales Constitucionales y...», pág. 194.