

LA FISCALIZACIÓN DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL PORTUGUÉS . . . . .	15
I. Las omisiones inconstitucionales en general y las omisiones legislativas en especial . . . . .	15
II. La inconstitucionalidad por omisión legislativa en el derecho comparado . . . . .	19
III. La inconstitucionalidad por omisión legislativa en el derecho portugués . . . . .	22
IV. Sentido de la fiscalización de la inconstitucionalidad por omisión . . . . .	27
V. Los presupuestos de la inconstitucionalidad por omisión legislativa . . . . .	28
VI. Situaciones no comprendidas por el artículo 283 . . . . .	35
VII. Iniciativa y proceso de fiscalización de la inconstitucionalidad por omisión . . . . .	36
VIII. La práctica de la fiscalización . . . . .	36

## LA FISCALIZACIÓN DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL PORTUGUÉS

### I. LAS OMISIONES INCONSTITUCIONALES EN GENERAL Y LAS OMISIONES LEGISLATIVAS EN ESPECIAL

1. La existencia de omisiones jurídicamente relevantes es un fenómeno que se encuentra en diversos sectores del ordenamiento, en particular, en el derecho constitucional. Se verifica siempre que, mandando la norma reguladora de cierta relación o situación que se practique cierto acto o actividad en las condiciones que establece, el destinatario no lo hace, o no lo hace en los términos exigidos, o no lo hace en tiempo oportuno, y a ese comportamiento se ligan consecuencias más o menos adecuadas.

Con relación a cualesquiera de las funciones del Estado que son objeto de disciplina por la Constitución, no causan sorpresa posibles manifestaciones — y no solamente teóricas— de comportamientos omisivos, sean omisiones de actos normativos, sean de actos de contenido no normativo o individual y concreto.

Sucede esto con la función legislativa y con la función política o de gobierno, y, en algunos casos, con la revisión constitucional; sucede esto con la función administrativa, y puede suceder incluso con la función jurisdiccional. Tales comportamientos vienen así a ser inconstitucionales o ilegales, y pueden incluso tornarse ilícitos.<sup>1</sup>

1 Cfr: la tentativa de teoría general (centrada, no obstante, en el derecho administrativo y en la jurisprudencia francesa, que no habla sobre inconstitucionalidad por omisión) de Pierre Montané de la Roque. *L'inertie des pouvoirs publics*, París, 1950, o sobre

Lo que se dice acerca del ordenamiento estatal se puede decir también, *mutatis mutandi*, acerca de ciertos sectores o áreas del derecho internacional.<sup>2</sup>

2. Puede haber inconstitucionalidad por omisión de actos legislativos (o, lo que para aquí vale lo mismo, por omisión de normas legislativas). Ante las normas constitucionales que no son exigibles por sí mismas —preceptivas o programáticas— cuando el legislador no emite las leyes necesarias para conferirles exigibilidad.

Puede haber omisión por actos políticos o de gobierno: piénsese en la falta de fijación de elecciones en el plazo constitucional cuando se da la disolución del órgano colegiado fundado en el sufragio directo (artículo 116, número 6, de la Constitución), en la falta de fijación de elecciones por el presidente de la República (artículo 136, párrafo “b”), en la no designación de titulares de cargos constitucionales (artículos 136, párrafos “f”, “h”, “l”, “m”, “n”, y “p”, y 166, párrafos “g” y “h”), en la no promulgación de las leyes de la Asamblea de la República cuando es debido (artículo 137, párrafo “b”, 139, números 2 y 3, y 286, número 3), en la falta de refrendo ministerial igualmente cuando es debido (artículo 143), etcétera. Estas hipótesis se configuran de manera tan variada, que se comprende que los efectos jurídicos que les corresponden han de ser diversos —desde la responsabilidad política y penal de los titulares de los cargos (artículo 120, número 1) hasta la inexistencia jurídica de los actos con ellos conexos (artículos 116, número 2, 2a. parte, 140, 143, número 3)— y raramente —lo que torna el problema más agudo— se prevé la suplencia por órganos diferentes.

Se puede admitir la inconstitucionalidad por omisión de la revisión constitucional cuando la Constitución, implícita o explíci-

la afectación de las órdenes constitucionales y legislativas a lo largo del tiempo, la perspectiva, de Emanuele Tucari, “L’attuazione legislativa”, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico* 1982, pp. 363 y ss.

2 Véase el recurso por omisión previsto en el artículo 175 del Tratado de Roma, constitutivo de la Comunidad Económica Europea.

tamente, requiera la modificación de alguno de sus preceptos o de sus institutos — lo que debe tenerse por excepcional—. Habría sido, sin embargo, o habría acontecido en Portugal si el Consejo de la Revolución no hubiera sido extinguido en la primera revisión constitucional, de 1982.

Por su parte, la ilegalidad (o inconstitucionalidad indirecta, para algunos) por omisión viene a ser la que se traduce en la no publicación de las normas reglamentarias de las que dependa la efectución de alguna ley. La Constitución de 1933, después de 1945, disponía que “cuando la ley no fuera exigible por sí misma el Gobierno expedirá los respectivos decretos dentro del plazo de seis meses a partir de su publicación si en ella no fuera determinado otro plazo” (§7o. del artículo 109, en la versión final). El precepto no pasó a la Constitución actual, pero el problema puede venir a plantearse en cualquier ley ordinaria que estipule algo semejante. La solución parece entonces que debe ser, por lo menos, la entrada en vigor de las normas legislativas que sean exigibles por sí mismas.<sup>3</sup>

Pueden también configurarse hipótesis de omisiones ilegales de actos administrativos (o de otros actos de la administración pública): omisiones de actos administrativos de ejecución de leyes o de reglamentos, inclusive de leyes impuestas por la Constitución, y omisiones de actos de ejecución de sentencias de los tribunales, en particular de sentencias de los tribunales administrativos<sup>4</sup> — siendo cierto que las decisiones de los tribunales son obligatorias para todas las entidades públicas, y los responsables de su inejecución son pasibles de sanciones (artículo 208, número 3).

También se sabe que al Proveedor de Justicia le compete apreciar quejas por omisiones de los poderes públicos (artículo 23) y

3 En este sentido, decreto, pp. 60 y ss., y *Um projecto de revisão constitucional* (artículo 127, número 5). De manera diferente, en el sentido de caducidad de la ley, el artículo 4o., número 2, del proyecto de ley 21-I (en el *Diário da Assembleia da República*, número 36, del 29 de octubre de 1976).

4 Véase, Freitas do Amaral, *A execução das sentenças dos tribunais administrativos*, Lisboa, 1967.

que las omisiones legales graves pueden ser causa de disolución de los órganos de las autarquías locales (artículo 243, número 3).

La omisión en la función jurisdiccional es específicamente la denegación de justicia (artículo 416 del Código Penal). Los jueces no pueden abstenerse de juzgar con fundamento en la falta, oscuridad o ambigüedad de la ley o en duda insalvable sobre el caso en litigio en tanto que éste debe ser jurídicamente regulado (artículo 3o. del Estatuto de los Magistrados Judiciales, mencionado en la Ley 21/85, del 30 de julio).

Todo esto sin olvidar tampoco la posibilidad de omisiones del propio Tribunal Constitucional, al no decidir o no decidiendo en el tiempo fijado en la Constitución (al que ya aludimos).

3. En especial, la inconstitucionalidad por omisión de actos legislativos o de normas legislativas (de acuerdo con la óptica que se prefiera)<sup>5</sup> es un fenómeno ligado a la estructura de determina-

5 Cfr. Montané de la Roque, *op. cit.*, pp. 60 y ss.; Barile, Paolo, *Il soggetto privato e la Costituzione*, cit., pp. 170 y ss.; Sandulli, Aldo M., *Il giudizio sulle leggi*, pp. 67 y ss.; Miranda, Jorge, "Inconstitucionalidade por omissão", *Estudos sobre a Constituição*, I, pp. 333 y ss.; "Informática e inconstitucionalidade por omissão", *O Direito*, 1989, pp. 575 y ss.; Modugno, F., *L'invalidità della legge*, I, p. 147, y "La funzione legislativa complementare della Corte Costituzionale", *Giurisprudenza Costituzionale*, 1981, pp. 1646 y ss., principalmente 1649 y ss.; Mortati, "Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore", *Scritti*, III, Milán, 1971, pp. 925 y ss., principalmente pp. 952 y ss.; Vialle, Pierre, *La Cour suprême et la représentation politique aux États-Unis*, Paris, 1972, pp. 11 y ss.; Gomes Canotilho, *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*, Coimbra, 1974, pp. 163 y ss.; *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, Coimbra, Coimbra Edit., 1982, pp. 204 y ss. y 330 y ss.; y *Direito constitucional*, Almedina, Coimbra, 1993, pp. 828 y ss.; Crisafulli, Vezio, Informe de la 3a. Conferencia de los Tribunales Constitucionales Europeos e Instituciones Similares, en *Documentazione*, fotocopiada, Roma, Corte Constitucional, 1976, I, pp. 37 y ss.; Rousillon, Henry, "Le problème du contrôle de la constitutionnalité des lois dans les pays socialistes", *Revue du Droit Public*, 1977, pp. 98 y ss.; Rebelo de Sousa, Marcelo, *Direito constitucional*, pp. 369 y 370; Matoso Pacheco, José Luis, *A inconstitucionalidade por omissão*, trabajo académico inédito, Lisboa, 1980; Prata, Ana, *A tutela constitucional da autonomia privada*, Coimbra, 1982, pp. 61 y ss.; Aguiar de Luque, Luis, "El Tribunal Constitucional y la función legislativa; el control de procedimiento legislativo y de la inconstitucionalidad por omisión", *Revista de Derecho Político*, núm. 24, verano de 1987, pp. 25 y ss.; Gonçalves Ferreira, Manoel, hijo, *Estado de direito e Constituição*, pp. 67 y ss., 89 y ss.; Barroso, Luis Roberto, *O direito constitucional e a efetividade das suas normas*, Río de Janeiro, 1990; Bacelar Gouveia, Jorge, "Inconstitucionalidade por omissão. Consultas directas aos cidadãos de nível local", *O Direito*, 1990, pp. 420 y ss.

das normas constitucionales, que puede surgir frente a cualquier ley fundamental. Pero su importancia varía de acuerdo con las concepciones políticas y jurídicas dominantes: en las Constituciones liberales no reviste gran interés, aunque no deje de manifestarse; ya en las Constituciones de tipo programático tiende a sobresalir.

Por otro lado, las formas y los efectos de la fiscalización de la inconstitucionalidad por omisión se distancia de los apegados a la inconstitucionalidad por acción, toda vez que la inconstitucionalidad por omisión se sitúa en las fronteras de la libertad de decretar que es atributo del Poder Legislativo y del deber de legislar al que está sujeto, en algunas hipótesis. De ahí la dificultad de introducir mecanismos jurisdiccionales, por lo menos cuando haya inconstitucionalidad total, y la relativa ineficacia de los resultados.

No por eso, sin embargo, se antoja legítimo contestar *a priori* la naturaleza de inconstitucionalidad que revista la violación de normas constitucionales por omisión legislativa. Lo que puede suceder es que el orden jurídico no posea los medios o incluso *no deba* poseer los medios para reaccionar (en virtud de otros principios que prevalezcan sobre la erradicación de las omisiones).

## II. LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN LEGISLATIVA EN EL DERECHO COMPARADO

1. La doctrina y la jurisprudencia de diversos países vienen dedicando no poca atención al fenómeno de la inconstitucionalidad por omisión del incumplimiento del deber de legiferación, y vienen buscando soluciones idóneas para los múltiples problemas teóricos y prácticos que suscita.

En Alemania, en Austria y en Italia, a pesar de no haber norma constitucional expresa que instituya la fiscalización, los respectivos tribunales constitucionales han conseguido llegar a resultados muy semejantes, a través de técnicas muy depuradas de interpretación e integración (en las cuales las sentencias llamadas *aditi-*

vas, creativas o apelativas):<sup>6</sup> a partir de la apreciación de la inconstitucionalidad por acción, hacen una verdadera apreciación de la inconstitucionalidad no ya por aquello que prescribe, sino por aquello que no prescribe.<sup>7</sup> Algo semejante comienza a verificarse, más recientemente, en España<sup>8</sup>

También en los Estados Unidos, los tribunales han ejercido, y con frecuencia, el poder de solicitar a los órganos legislativos que aprueben las leyes que consideran necesarias; al declarar derechos constitucionales o fundamentales de los ciudadanos, esperan que el Congreso o las asambleas legislativas de los Estados adopten, en consecuencia, las medidas legislativas destinadas a asegurar su ejercicio.<sup>9</sup> O es el propio Tribunal Supremo el que “descubre” un nuevo derecho al amparo de la 9a. enmienda (en una interpretación creadora que no deja de ser contestada por cierta corriente).<sup>10</sup>

Pero la primera Constitución que habría contemplado *ex professo* la fiscalización de la inconstitucionalidad por omisión fue la yugoslava de 1974 (con su artículo 377). Y a ella le siguieron

6 Un ejemplo muy reciente e importantísimo: la sentencia del Tribunal Constitucional federal del 29 de septiembre de 1990 con respecto al sistema electoral para las primeras elecciones de la Alemania unificada. Véase Cruz Villalón, Pedro, “Legislación electoral y circunstancias excepcionales: la igualdad de oportunidades de los partidos políticos y las primeras elecciones generales de la nueva R.F.A.”, *Revista Española de Derecho Constitucional* 1990, pp. 129 y ss.

7 Cfr. Mortati, Costantino, “Appunti...”, *op. cit.*, pp. 957 y ss.; Picardi, Nicola, “Le sentenze ‘integrative’ della Corte Costituzionale”, *Scritti in onore di Costantino Mortati*, obra colectiva, IV, pp. 599 y ss.; Elia, Leopoldo, “Le sentenze additive e la più recent e giurisprudenza della Corte Costituzionale”, *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, pp. 299 y ss.; Zeidler, Wolfgang, “Informe del Tribunal Constitucional alemán”, *Justiça constitucional e espécies, conteúdo e efeitos*, pp. 55 y 56 y 62 y ss.

8 Véase el estudio citado de Aguiar de Luque, Luis, “El Tribunal Constitucional y la función legislativa...”, o el de Ahumada Ruiz, María Ángeles, “El control de la constitucionalidad de las omisiones legislativas”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, 1991, pp. 169 y ss.

9 Véase Agresto, John, *The Supreme Court and Constitutional Democracy*, Itaca y Londres, 1984, pp. 118 y 119, nota.

10 Cfr. para todos, Reiman, Jeffrey, “The Constitution, Rights and the Conditions of Legitimacy”, *Constitutionalism. The Philosophical Dimension*, obra colectiva, ed. por Alan S. Rosebaum, Nueva York, 1988, pp. 127 y ss.

las Constituciones portuguesa de 1976 (artículo 279, después 283) y la brasileña de 1988 (artículos 103, § 2o., y 5o.-LXXI).

2. Si no está demostrado que el instituto yugoslavo haya sido la fuente del instituto portugués, éste fue, ciertamente, la fuente de la acción de inconstitucionalidad por omisión brasileña. Brasil creó, sin embargo, todavía una figura nueva: el *mandado de injunção*.

La “acción de inconstitucionalidad” es propuesta por ciertos órganos y entidades frente al Supremo Tribunal Federal. Declarada la inconstitucionalidad por omisión de la medida legislativa para hacer efectiva la norma constitucional, se dará conocimiento al poder competente para la adopción de las providencias necesarias, y, tratándose de un órgano administrativo, para que lo haga en treinta días (artículo 103, número 2).

Se habrá de otorgar el *mandado de injunção* siempre que la falta de la norma reglamentaria vuelva inviable el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales y de las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, a la soberanía y a la ciudadanía (artículo 5o., LXXI). Compete al Supremo Tribunal Federal procesar y juzgar originalmente el *mandado de injunção* cuando la elaboración de la norma reglamentaria fuera atribución del presidente de la República, del Congreso Nacional, de la Cámara de los Diputados, del Senado Federal, de las Mesas de una de las Cámaras Legislativas, del Tribunal de Cuentas de la Unión, de uno los tribunales superiores o del propio Supremo Tribunal Federal (artículo 102, número 1, párrafo “q.”).

Las dos figuras parecen distinguirse por un diferente sentido de alcance. La acción de inconstitucionalidad por omisión es una modalidad de fiscalización abstracta, el *mandado de injunção* es una modalidad de fiscalización concreta. El órgano competente para conocer de aquél es el Supremo Tribunal Federal; el órgano competente para conocer de ésta puede ser cualquier tribunal. La primera tutela, cualquier norma constitucional; la segunda, normas no exigibles por sí mismas, principalmente normas atinentes a derechos de libertad. En fin, en la acción de inconstitucionalidad



dad por omisión, el Supremo Tribunal no se sustituye al órgano legislativo; solamente declara la existencia de inconstitucionalidad, mientras que en el *mandado de injunção* el tribunal puede emitir las medidas necesarias, de efecto individual o *erga omnes* apropiados a los casos.<sup>11</sup>

### III. LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN LEGISLATIVA EN EL DERECHO PORTUGUÉS

1. En el caso portugués se presentan en todas las Constituciones, normas programáticas o normas preceptivas susceptibles de ser infringidas por omisiones del legislador. Pero solamente en la Constitución actual se concibió un medio destinado *ex profeso* a garantizarlas.

Así, en la Constitución de 1822 se leía en el artículo 28: “La Constitución, una vez hecha por las presentes Cortes extraordinarias y constituyentes, solamente podrá ser reformada o alterada después de que hayan pasado cuatro años, contados a partir de su publicación; y por lo que se refiere los artículos, cuya ejecución depende de leyes reglamentarias, contados a partir de la publicación de esas leyes...”. Esto quiere decir que se preveía la dependencia de ciertos preceptos constitucionales de normas legislativas que los ejecutaran y que, a falta de éstas, se establecía una consecuencia o sanción: la inmutabilidad de esos preceptos.

Recuérdense también las normas de los artículos 237 y 238 y del artículo 240 al contemplar, respectivamente, el derecho a la educación y el derecho a la asistencia, derechos sociales embrionarios.

11 Cfr. Fernandes de Oliveira, Herzeleide Maria, “O mandado de injunção”, *Revista de Informação Legislativa*, núm. 100, octubre-diciembre de 1988, pp. 47 y ss.; Ferreira Maciel, Adhemar, “Mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão”, *ibidem*, núm. 101, enero-marzo de 1989, pp. 115 y ss.; Lopo Saraiva, Paulo, “O mandado de injunção, os direitos sociais e a justiça constitucional”, *ibidem*, núm. 108, septiembre-diciembre de 1990, pp. 84 y ss.; Afonso da Silva, José, *Mandado de injunção e habeas corpus*, São Paulo, 1988; la obra colectiva coordinada por Sálvio Figueredo Teixeira, *Mandado de segurança e deinjunção*, São Paulo, 1990; Barroso, Luis Roberto, *op. cit.*, pp. 171 y ss.

En la carta constitucional, además de las normas relativas a la “instrucción primaria y gratuita para todos los ciudadanos” (§ 30 del artículo 145), a los “colegios y universidades” (§ 32) y a los “socorros públicos” (§ 29), eran posibles de violación por omisión las que mandaban organizar “cuanto antes un Código Civil y Criminal, fundado en las sólidas bases de la Justicia y la Equidad” (§ 17) o al asegurar “un privilegio exclusivo temporal” a los inventores (§ 24).

Lo mismo podría decirse de la Constitución de 1838, cuando, por ejemplo, el § 1o. del artículo 13 prescribía que la ley determinaría el modo de hacer efectiva la responsabilidad por los abusos cometidos en el ejercicio de la libertad de imprenta o cuando el § 1o. del artículo 123 preveía la existencia de jurados “en los casos y la forma que la ley determine”.

Y también de la Constitución de 1911, respecto a la reglamentación por ley especial del *habeas corpus* (número 31 del artículo 3o.) o respecto a la competencia del primer Congreso la República para elaborar la Ley sobre los Crímenes de Responsabilidad, el Código Administrativo, las leyes orgánicas de las provincias ultramarinas, la Ley de la Organización Judicial, la Ley sobre la Acumulación de Empleos Públicos, la Ley sobre Incompatibilidades Políticas y la Ley Electoral (artículo 85).

En las normas de la Constitución de 1933, por un lado, se devolvía al legislador (y en la práctica, más al gobierno que a la Asamblea Nacional) la disciplina de las libertades públicas (§ 2o. del artículo 8o.), en una tendencia que la doctrina (sin embargo, raramente, los tribunales) contrariaría al transformar las normas sobre derechos, libertades y garantías en normas programáticas,<sup>12</sup> y, por otro lado, el Estado tomaba una posición francamente intervencionista en la vida social y económica (véase, entre otros, los artículos 14, 30 y siguientes y 43).

Finalmente, en la ley fundamental de 1976 se multiplican los llamados de varios tipos al legislador ordinario. La adaptación de

<sup>12</sup> Cfr. Miranda, Jorge, *Inviolabilidade do domicílio*, pp. 401 y ss. y 416 y ss., y autores citados.

las leyes atinentes al ejercicio de los derechos, libertades y garantías debería estar concluida hasta el final de la primera sesión legislativa (artículo 293, número 3, inicial, estudiado atrás); de la ley depende el modo de participación de las organizaciones de trabajadores en la elaboración de la legislación del trabajo (hoy artículos 55, párrafo “d”, y 57 número 2, párrafo “a”), así como la creación de un sistema de seguridad social (artículo 63, número 2) y de un servicio nacional de salud (artículo 64, número 2); también dependen de la ley la delimitación negativa del sector privado (artículo 87, número 3), el encuadramiento de medidas de política agraria (artículo 97 y siguientes), la creación de regiones administrativas (artículo 256), etcétera. Las dos revisiones constitucionales de 1982 y 1989 no fueron a contrapelo de ese camino, sino por el contrario.

Si todas nuestras Constituciones han conferido a las asambleas políticas la competencia para vigilar el cumplimiento de la Constitución, la carta agregaba que al inicio de cada sesión las Cortes examinarían si la Constitución había sido exactamente observada “para proveer lo que fuera justo” (artículo 139).<sup>13</sup> Ahora bien, en el objetivo de esta función de garantía de la Constitución cabían no solamente las infracciones positivas, sino también la no efectuaración de normas como la que acabamos de indicar.

No deja de ser esclarecedora la aproximación de esta competencia parlamentaria a la competencia atribuida al Consejo de la Revolución, en 1976 como “garante del cumplimiento de la Constitución” (artículos 142 y 146), de “velar por la emisión de las medidas legislativas necesarias para volver exigibles las normas constitucionales”, pudiendo para el efecto — y en esto residía el elemento inédito, desconocido por todas las Constituciones anteriores— “recomendar a los órganos legislativos competentes que las emitan en tiempo razonable” (artículo 279 en seguimiento del artículo 146, párrafo “b”).

13 Fuente: artículo 137 de la Constitución brasileña de 1824.

2. Una fiscalización autónoma de la inconstitucionalidad por omisión surgiría, entre nosotros, en ocasión de las negociaciones con vista a la segunda Plataforma de Acuerdo Constitucional. La confirmación a los tribunales de su poder genérico de apreciación de la inconstitucionalidad (artículo 207) vendría a ser acompañada de la organización de este nuevo instituto.

En la primera contrapropuesta presentada por el Consejo de la Revolución se preveía (3.6):

En el caso de que el Consejo de la Revolución verifique que la Constitución no está siendo cumplida por omisión de las medidas legislativas necesarias para volver exigibles las normas constitucionales, podrá recomendar a los órganos legislativos competentes que las adopten en un tiempo razonable. Cuando considere que sus recomendaciones no hayan sido cumplidas, el Consejo de la Revolución podrá requerir al Presidente de la República para que fije plazos para que las medidas recomendadas sean emitidas. Si los órganos legislativos continuaren sin adoptar las medidas recomendadas, y transcurridos los plazos fijados por el Presidente de la República el Consejo de la Revolución podrá sustituirse a aquellos y emitir él mismo las medidas.<sup>14</sup>

La segunda parte de la cláusula no obtuvo el acuerdo de los partidos, por representar una verdadera facultad de avocación legislativa para el Consejo. Solamente asentaron lo que vendría a ser el artículo 279, porque, como se dijo en la Asamblea Constituyente, esta disposición “compromete al Consejo de la Revolución en la ejecución de la Constitución, pero no concentra en sus manos una suma de poder que eventualmente podría ser contraria a las exigencias del sistema democrático”.<sup>15</sup>

Con todo, la fiscalización de la inconstitucionalidad por omisión fue elevada al límite material de la revisión constitucional (artículo 290, párrafo “m”, hoy 288, párrafo “1”, 2a. parte).

14 Véase *Fontes e trabalhos preparatórios da Constituição II*, p. 123.

15 Diputado Barbosa de Melo, en *Diário*, núm. 116, p. 3830. *Cfr.* también, en un sentido algo diferente, la intervención del diputado Vital Moreira (*ibidem*).

3. En la primera revisión constitucional se llegó a defender, como ya hemos dado cuenta, la supresión del instituto. Éste permanecería, sin embargo (así como con posterioridad a 1989), solamente con algunas diferencias.<sup>16</sup>

Son cuatro esas diferencias:

- a) En el texto de 1976, la fiscalización competía al Consejo de la Revolución oficiosamente, como garante del cumplimiento de la Constitución (citados artículos 146, párrafo “b”, y 279); en el texto de 1982 carece de una iniciativa de ciertos órganos (artículo 238, número 1).
- b) En el texto de 1976, verificada la existencia de la inconstitucionalidad por omisión, se dirigía una recomendación a los órganos legislativos competentes (artículo 279); en el texto de 1982, el Tribunal Constitucional se limita a dar dicho conocimiento al órgano Legislativo competente (artículo 283, número 2).<sup>17</sup>
- c) En el texto de 1976, el Consejo de la Revolución no estaba obligado a formular una recomendación (podía formularla); y como solamente a través de ella se verificaba la inconstitucionalidad por omisión, ésta podía, así, a pesar del proceso, no llegar a ser declarada. En el texto de 1982, verificada la existencia de la inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional tiene que hacer del conocimiento de la omisión al órgano Legislativo — además de que su decisión es publicada en el *Diário da República* (citado artículo 122, número 1, párrafo “g”).

Estas diferencias se aseguran, obviamente, no tanto en las modificaciones en la naturaleza de la fiscalización como en la diferencia de la naturaleza de los órganos encargados de ella; resultan del tránsito de una fiscalización política a una fiscalización esencialmente jurisdiccional.

16 Aquí también se confirma la doctrina que defendemos sobre los límites materiales de la revisión constitucional.

17 Es también lo que dispone el artículo 377 de la Constitución yugoslava.

#### IV. SENTIDO DE LA FISCALIZACIÓN DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

1. La fiscalización no posee carácter preventivo ni sustitutivo. No tiene carácter preventivo, pero sí la naturaleza de fiscalización *a posteriori*, porque el Tribunal Constitucional (como anteriormente, el Consejo de la Revolución) no interfiere en la formación de ningún acto y sólo puede actuar en consecuencia de una omisión jurídicamente relevante a cuyo reconocimiento ha de proceder. No tiene carácter sustitutivo, porque el tribunal no puede adoptar las medidas que considere necesarias, incluso cuando el órgano Legislativo, al cual haya sido comunicada la verificación, no supla la omisión.

Podría indagarse sobre si el instituto se traduce exactamente en una fiscalización de la inconstitucionalidad y si no debería, antes, ser considerado una medida de defensa de la Constitución (en sentido amplio), afín a otras medidas. El interés práctico de esta diferente calificación no resulta claro, y, más allá de ello, no está corroborado por la localización sistemática y por la importancia de la omisión legislativa en la dinámica del sistema.

Tampoco la virtual ineffectividad de la decisión de fiscalización —la verificación tampoco crea ninguna obligación jurídica para el órgano Legislativo; solamente declara una obligación preexistente— afecta el sentido jurídico del instituto.

2. Sería, por lo tanto, erróneo asimilar la verificación de la existencia de la inconstitucionalidad por omisión a la declaración de inconstitucionalidad (por acción). Una cosa es declarar inválida o ineficaz una norma con los efectos que eso produce; otra cosa es declarar que falta una norma que no debería faltar.

La verificación de la existencia por omisión no altera el orden jurídico, sino que se circunscribe a un factor —probablemente unido a otros— susceptible de llevar a los órganos legislativos a transformar su comportamiento de negativo a positivo.

Y es así, por una necesidad de equilibrio entre el principio de la garantía de la Constitución, encarnado en el Tribunal Constitu-

cional, y el principio democrático, encarnado en los órganos legislativos; es así, una vez más a consecuencia del Estado de derecho democrático.

## V. LOS PRESUPUESTOS DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN LEGISLATIVA

1. De la letra, del espíritu y del contexto del artículo 283 (en este punto idéntico al primitivo artículo 279) derivan los presupuestos o requisitos de funcionamiento del instituto, los cuales corresponden a otros tantos momentos de la indagación del órgano de fiscalización.<sup>18</sup> Ellos son:

- a) Que el incumplimiento de la Constitución derive de la violación de una norma cierta y determinada;
- b) Que se trate de norma constitucional no exigible por sí misma;
- c) Que, en las circunstancias concretas de la práctica legislativa, falten las medidas legislativas necesarias para volver exigible aquella norma.

2. Antes que todo, solamente se ha de tener por relevante el incumplimiento de la Constitución que se manifieste a través del no cumplimiento de una de sus normas, debidamente individualizada. No es el campo del artículo 283 la apreciación de los resultados globales de aplicación de la Constitución, sino la apreciación de una situación de violación necesariamente demarcada a partir de un precepto al que el legislador ordinario no confiere la exigibilidad.

La inconstitucionalidad por omisión — tal como la inconstitucionalidad por acción— no se valora frente al sistema constitucional en bloque. Es valorada frente a una norma cuya no exigibilidad frustra el cumplimiento de la Constitución. La violación se especifica mirando hacia una disposición violada, y no al conjun-

18 Cfr. Gomes Canotilho, *Constituição dirigente* ..., cit., pp. 351 y ss.

to de disposiciones y principios. Si no fuera así, el juicio de inconstitucionalidad sería indefinido, fluido y dominado por consideraciones extrajurídicas, y el órgano de garantía podría quedar remitido al arbitrio o a la parálisis.

Se trata de una regla común a la fiscalización inscrita en el artículo 283 y a la inscrita en el artículo 280. La única diferencia entre la inconstitucionalidad por acción y la inconstitucionalidad por omisión aquí es esta, empero importantísima: en cuanto que la primera consiste tanto en la infracción de una disposición como de un principio, la inconstitucionalidad por omisión consiste en la infracción de un precepto, de una disposición-norma, y no más. Más allá de la letra del artículo 283, está una necesidad de determinación y, por lo tanto, de seguridad y certeza, que la justifica.<sup>19</sup>

3. Es conocida la caracterización de la norma no exigible por sí misma, su análisis en mandatos primario y secundario y la posibilidad de violación tanto por acción como por omisión del legislador.<sup>20</sup>

A su vez, la norma orientada para conferir exigibilidad variará extraordinariamente la “medida legislativa necesaria” a que se refiere el artículo 283. Pero el adjetivo inculca en el sentido una idea de proporcionalidad y habrá de ser siempre un acto legislativo o ley en el sentido formal — ley, decreto-ley o decreto legislativo regional— por la propia naturaleza de las cosas.

No puede ser otra norma constitucional, a formularse en revisión ulterior. Porque la Constitución, incluso cuando propone grandes objetivos y metas de transformación, debe ser interpretada tal como existe; debe ser interpretada como texto jurídico que es, y no, como probablemente llegará a ser. No puede ser una norma derivada de tratado, porque, si bien ésta es homóloga a la norma derivada de la ley, su producción no depende de la voluntad unilateral del Estado portugués. No puede ser norma de régimen (por lo menos en tanto que la norma constitucional no exigible

19 De manera diferente, Gomes Canotilho y Vital Moreira.

20 *Cfr. supra*



atribuya un derecho), porque ésta no puede dar garantía o efectividad fuera del ámbito de la respectiva asamblea o de las relaciones con otros órganos. No puede ser norma reglamentaria, porque los reglamentos se relacionan a la “buena ejecución de las leyes” (artículos 115, número 7, y 202, párrafo “c”), individual o globalmente considerados (reglamentos autónomos), y no a la ejecución de la Constitución.

La ley será casi siempre una ley expresamente hecha con posterioridad a la entrada en vigor de la Constitución (o de la ley de revisión). No obstante que el conferir exigibilidad podría ser obtenido por adaptación e incluso por aprovechamiento de leyes anteriores, contando con que éstas, como cualesquiera otras, sean repensadas a la luz de la constelación de valores ínsita en las normas constitucionales (y, en este caso, no habrá inconstitucionalidad por omisión).

Sea como fuere, conforme a lo dicho por el Tribunal Constitucional, la intervención del legislador no se reconduce aquí al “deber” que pende sobre el órgano o los órganos de soberanía que tienen la competencia de atender a las necesidades “generales” de legislar, que se hagan sentir en la comunidad jurídica (esto es, no se reconducen al “deber general” de legislar), sino que es ante todo algo que deriva de una competencia o encargo constitucional (*Verfassungsauftrag*). Por otro lado, se trata de una incumbencia o “imposición” no sólo claramente definida en cuanto a su sentido y alcance, sin dejar al legislador ningún margen de libertad en cuanto a su propia decisión de intervenir (esto es, en cuanto al *an* de la legislación) —en tales términos que bien se puede hablar, en la hipótesis, de una verdadera “orden de legislar”— toda vez que su cumplimiento queda satisfecho tan pronto como sean emitidas (así puede decirse) las normas correspondientes.<sup>21</sup>

21 Acuerdo 276/89, del 28 de febrero, en *Diário da República* 2a. serie, núm. 133, del 12 de junio de 1989.

4. Por omisión se entiende la falta de medidas legislativas necesarias, falta que puede ser total o parcial.<sup>22</sup> La violación de la Constitución, en verdad, proviene en ocasiones de la completa inercia del legislador, y otras veces de su actividad deficiente; compitiendo al órgano de fiscalización pronunciarse sobre la adecuación de la norma legal a la norma constitucional.<sup>23</sup>

Puede no ser indiferente, para el efecto, que se trate de omisión *institucional* (relativa a una institución o a un órgano creado por la Constitución) o una omisión *no institucional* (relativa a un derecho fundamental o a una incumbencia del Estado en la vida económica y social).

El juicio de la inconstitucionalidad por omisión se traduce en un juicio sobre el tiempo en que debería de producirse la ley: ninguna omisión puede ser descrita en abstracto, sino solamente en concreto, señalizada entre diversos hechos, éstos de signo positivo. La ausencia o insuficiencia de la norma legal no puede ser separada de determinado tiempo histórico, señalado por la necesidad de producción legislativa y cuya duración, mayor o menor, o será predeterminada — muy raramente— por la propia Constitución<sup>24</sup> o dependiendo de la naturaleza de las cosas (o sea, de la naturaleza de la norma constitucional no exigible por sí misma confrontada con las situaciones de la vida, incluyendo la situación en la que el legislador ordinario esté por actuar a su margen).

Así, el órgano de fiscalización, sin sustituirse al órgano Legislativo, ha de medir e interpretar el tiempo transcurrido, el tiempo que le hubiera dado al órgano Legislativo (competente) para emitir la ley,<sup>25</sup> y habrá de concluir por la omisión, siempre que, pon-

22 Sobre omisiones y lagunas, *cfr. supra*; y sobre omisiones absolutas y relativas, Wessel, citado por Mortati, *op. cit.*, pp. 927 y ss.; Gomes Canotilho, *Constituição dirigente...*, cit., pp. 335 y ss.

23 Se entiende aquí adecuación en el sentido de suficiencia, y no en el sentido de satisfacción ante cualquier juicio de mérito (que le está vedado emitir al órgano de fiscalización).

24 Las más de las veces en disposiciones transitorias.

25 Se confunde, sobre todo, con el “tiempo razonable” de la 2a. parte del artículo 279 precedente (el tiempo para hacer la ley *después* de la recomendación del Consejo de la Revolución).

derado todo, reconozca que el legislador no solamente podía, sino debía haber emitido la norma legal, ante determinadas circunstancias o situaciones en que se colocó o fue colocado. Pues el significado último de la inconstitucionalidad por omisión consiste en el agotamiento, por omisión, de parte del legislador ordinario, de los criterios y valores de la norma constitucional no exigible; y ese agotamiento solamente puede ser reconocido en el tiempo concreto en que uno y otro se muevan.

5. En el límite, se diría que la inconstitucionalidad por omisión se reconduce a una inconstitucionalidad por acción en una acepción amplísima — por revertir en la persistencia de reglas legislativas y comportamientos en contradicción con el sentido positivo de la norma constitucional o de la Constitución.

Por otro lado, algunas omisiones parciales implican, desde luego, inconstitucionalidad por acción, por violación del principio de igualdad, siempre que acarreen un tratamiento más favorable o desfavorable prestado a ciertas personas o a ciertas categorías de personas, y no a todas a las que están en situación idéntica o semejante, y que deberían también ser contempladas del mismo modo por la ley. Es entonces cuando, reaccionando contra el arbitrio, se propicia más la intervención de los tribunales para declarar inconstitucionales las normas legales que contengan esas omisiones o, eventualmente, para que se extienda o reduzca su ámbito.

Y también, como ya vimos, la revocación de la ley que dé exigibilidad a cierta norma constitucional, sin estar acompañada de la emisión de la nueva ley, determina la inconstitucionalidad material del acto revocatorio.

6. Más allá de ello, con todo, en varios casos en concreto ocurre una estrecha interpenetración de la inconstitucionalidad por acción y la inconstitucionalidad por omisión, a consecuencia de la forma como se encuentra organizado y se dinamiza el sistema jurídico.

En estas hipótesis, se manifiesta como algo no poco delicado el delimitar el juicio sobre la inconstitucionalidad de ciertos preceptos y la verificación de una inconstitucionalidad por omisión:

el juicio que concluye por la conformidad de determinada norma con la Constitución puede depender de la verificación de la vigencia de otras normas determinadas en el ordenamiento nacional.<sup>26</sup>

Una apreciación de la inconstitucionalidad puede, pues, llegar a uno u otro tipo de inconstitucionalidad, según se ha verificado también en Portugal, con consecuencias de importancia.<sup>27</sup> Pero esto no autoriza al Tribunal Constitucional, cuando es llamado a decidir en el ámbito del artículo 281, a mudar su juicio en una verificación en los términos del artículo 283. La distinción de los dos institutos entre nosotros exige una diferenciación de iniciativas y de procesos.<sup>28</sup>

7. ¿Habrà omisión relevante cuando, no existiendo todavía norma legislativa, se haya desencadenado el proceso legislativo dirigido a ella, objetivamente conocible,<sup>29</sup> como sucede cuando ha sido presentado un proyecto o una propuesta de ley a la Asamblea de la República o a cualesquiera de las asambleas legislativas regionales? Y ¿habrà omisión cuando, estando ya aprobados por el órgano Legislativo el proyecto o la propuesta, la correspondiente ley todavía no haya sido publicada?

Cuando todavía no está aprobado el proyecto o la propuesta, continúa dándose la inconstitucionalidad por omisión. Ésta debía agotarse independientemente de cualquier *iter* conducente a su cumplimiento, en tanto que sólo confieren exigibilidad a las nor-

26 Dictamen 9/78, del 14 de marzo, de la Comisión Constitucional, en *Pareceres...*, véase p. 29.

27 Véase el Acuerdo 423/87, del 27 de octubre (comentado por nosotros en "O ensino de religio e moral nas escolas públicas", *O direito*, 1988, pp. 475 y ss.). A partir de esta decisión del Tribunal Constitucional se adoptaron medidas legislativas y administrativas conducentes no sólo a garantizar la libertad de escoger entre recibir y no recibir instrucción de la religión católica, sino también a asegurar la enseñanza de otras religiones en las escuelas públicas.

28 Ésta es la tesis que hemos defendido. En el dictamen número 9/78, la Comisión Constitucional lo interpretó en forma diferente (con nuestro voto en contra, en *Pareceres...*, V, pp. 36 y ss.) y el Consejo de la Revolución formuló enseguida una recomendación mediante la resolución 56/78, del 18 de abril; pero ya en el dictamen 35/79, del 13 de noviembre (*ibidem*, X, pp. 139-140), la Comisión se acercó a la orientación preconizada por nosotros.

29 No como mera declaración de intenciones legislativas, sino integrada en el programa de gobierno.

mas constitucionales las medidas legislativas actuales, y no las futuras o potenciales. La observación de la práctica parlamentaria — con decenas y decenas de iniciativas legislativas, sin ningún seguimiento— lleva también a esta conclusión.<sup>30</sup>

Al revés, si el proceso ya está concluido en el órgano Legislativo competente y ya no depende de él la emisión de la norma, ya no se justifica ningún juicio de inconstitucionalidad sobre su comportamiento.

8. La inconstitucionalidad por omisión no surge solamente por carencia de medidas legislativas; surge también por deficiencia de ellas. Pero esto no significa que, ante un proyecto o una propuesta de ley con vista al cumplimiento de determinada norma constitucional, se haya de proceder a su análisis para discernir si el sentido de esos preceptos se encuadra o no en el sentido de la Constitución. El órgano de fiscalización de la inconstitucionalidad por omisión no puede de manera alguna asomarse, a dicho título, sobre el contenido de cualquier acto de iniciativa legislativa.

Hasta la deliberación de la Asamblea de la República no habrá norma que pueda ser o no susceptible de examen en su confrontación con la Constitución; y en tanto que eso no se verifique tampoco el efecto de la eventual apreciación que realiza el Tribunal Constitucional sería otro que la disminución de la capacidad legiferante de la Asamblea.

Mucho menos tendría algún fundamento el averiguar la conformidad de las normas de un proyecto con las normas de la Constitución, porque tal indagación acabaría por redundar en la fiscalización preventiva de la inconstitucionalidad por acción, lo que solamente se torna posible en la fase de promulgación (artículo 278) y porque, de todas formas, nunca un proceso en los términos del artículo 283 podría redundar en un proceso diferente.<sup>31</sup>

30 Modificamos, por consiguiente, lo que escribimos en la 2a. edición de este volumen (p. 409), y nos sumamos a la opinión manifestada por Jorge Bacelar Gouveia, "Inconstitucionalidade por omissão...", cit.

31 Es el contrapunto lógico de lo que dijimos hace poco.

## VI. SITUACIONES NO COMPRENDIDAS POR EL ARTÍCULO 283

1. Una lectura correcta del artículo 283 implica el agotamiento en su ámbito de ciertas omisiones normativas:

- a) La omisión de leyes internas para hacer ejecutables los tratados internacionales o para proceder a la transposición de directivas de las Comunidades Europeas;
- b) la omisión de las leyes de las grandes opciones del plan a medio plazo o anual (artículos 92 y siguientes);
- c) la omisión de la ley del presupuesto (artículos 108 y 109);
- d) la omisión de la aprobación de una convención internacional o de un acto legislativo sobre cuestiones objeto de referendo con respuesta afirmativa (artículo 118);
- e) la omisión del decreto-ley de desarrollo de la ley de bienes (artículo 201, número 1, párrafo “c” y número 3);<sup>32</sup>
- f) la omisión del reglamento de ejecución de actos legislativos (repetimos);

En ninguna de estas hipótesis está en causa la norma constitucional no exigible por sí misma y, en algunas (los párrafos “a”, “e” y “f”), todavía se estaría ante un acto de pretendida inconstitucionalidad indirecta.<sup>33</sup>

2. En realidad, en la primera hipótesis, el Estado podría incurrir en responsabilidad internacional.

En cuanto a las otras, funcionarían los mecanismos de responsabilidad política e, incluso, y, en lo tocante a la ley presupuestal, los medios supletorios previstos en la ley en que se enmarca.

32 De otra manera, Gomes Canotilho y Vital Moreira.

33 Tampoco había omisión relevante para efecto del artículo 283 con respecto al estatuto definitivo de Madeira antes de la Ley 13/91, del 5 de junio, aun cuando la Constitución contemplaba la subsistencia del estatuto provisional (artículo 297).

## VII. INICIATIVA Y PROCESO DE FISCALIZACIÓN DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

1. El poder de iniciativa de la apreciación de la existencia de la inconstitucionalidad por omisión le corresponde al presidente de la República, al Proveedor de Justicia, y, con fundamento en la violación de los derechos de las regiones autónomas, a los presidentes de las asambleas legislativas regionales (artículo 283, número 1).

Solamente aquí—por causa del principio de petición— ocurre una simetría o paralelismo con la apreciación de la inconstitucionalidad por acción.<sup>34</sup>

2. La ley 28/82 remite hacia el régimen de la fiscalización abstracta sucesiva de la inconstitucionalidad por acción (artículo 67).

De registrarse la necesidad de audiencia del órgano, ya no del órgano autor de la norma, sino del órgano que debería ser autor de la norma (en falta) — el órgano que el Tribunal Constitucional considera competente para emitir la medida legislativa que dé exigibilidad a la norma constitucional.

## VIII. LA PRÁCTICA DE LA FISCALIZACIÓN

1. Ha sido muy exiguo (por circunstancias derivadas de la situación político-constitucional del país y por una menor sensibilidad este instituto por parte de los órganos de iniciativa) el número de veces que ha sido ejercida la fiscalización de la inconstitucionalidad por omisión en Portugal.

2. Del primer periodo constitucional (de 1976 a 1982) se refieren las siguientes opiniones de la Comisión Constitucional:

- Opinión 4/77, del 8 de febrero (sobre derechos de participación de las organizaciones de trabajadores);<sup>35</sup>

34 Sobre los órganos con poder de iniciativa, véase *Diário da Assembleia da República*, II legislatura, 2a. sesión legislativa, 2a. serie, supl. en el número 69, p. 1288 (10), y supl. en el número 93, p. 1762 (19).

35 *Pareceres*, I, pp. 77 y ss.

- Opinión 8/77, del 3 de marzo (sobre participación en la reforma agraria);<sup>36</sup>
- Opinión número 11/77, del 14 de abril (sobre las organizaciones de ideología fascista);<sup>37</sup>
- Opinión 9/78, del 14 de marzo (sobre trabajadores de servicio doméstico);<sup>38</sup>
- Opinión 35/79, del 13 de noviembre de 1979 (sobre acceso a la Universidad);<sup>39</sup>
- Opinión 1/81, del 12 de mayo (sobre acceso a la enseñanza de los trabajadores y de los hijos de los trabajadores);<sup>40</sup>
- Solamente en dos casos (en el de las organizaciones de ideología fascista y el de los derechos de los trabajadores de servicio doméstico) la Comisión concluyó que se había incurrido en inconstitucionalidad por omisión, y solamente en esos dos casos el Consejo de la Revolución formuló la correspondiente recomendación.

3. En el segundo periodo constitucional fueron todavía más escasas las intervenciones del Tribunal Constitucional:

- Acuerdo 182/89, del 1 de febrero (sobre los derechos de los ciudadanos frente a la utilización de la informática);<sup>41</sup>
- Acuerdo 276/89, del 28 de febrero (sobre crímenes de responsabilidad de los titulares de cargos políticos);<sup>42</sup>
- Acuerdo 36/90, del 14 de febrero (sobre referendos o consultas directas a los ciudadanos a nivel local);<sup>43</sup>

En los tres casos la iniciativa provino del Proveedor de Justicia, y solamente en el primero el Tribunal consideró que se verificaba la inconstitucionalidad.

36 *Ibidem* I, pp. 145 y ss.

37 *Ibidem* II, pp. 3 y ss.

38 *Ibidem* V, pp. 21 y ss.

39 *Ibidem* X, pp. 135 y ss.

40 *Ibidem* XV, pp. 71 y ss.

41 *Diário da República* 1a. serie, número 51, del 2 marzo de 1989.

42 *Ibidem* 2a. serie, número 133, del 12 de junio de 1989.

43 *Ibidem* 2a. serie, número 152, del 4 de julio de 1990.