

LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN EN PORTUGAL

Por JOSÉ JULIO FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.—II. EL EJEMPLO DEL DERECHO COMPARADO.—III. EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD EN EL SISTEMA PORTUGUÉS.—IV. EL INSTITUTO DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN EN PORTUGAL: 1. *Su regulación original*. 2. *La reforma constitucional de 1982 y su incidencia sobre esta figura*: A) Concepto de omisión inconstitucional y naturaleza de su control. B) Diferencias entre la regulación actual y la original. C) *Instancias legitimadas*. D) *El problema de la temporalidad*. E) *Las omisiones legislativas parciales*. F) *Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad por omisión*. G) *¿Un derecho a la normación?* 3. *La acogida jurisprudencial del instituto*.—V. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

La construcción de un sistema jurídico que dé eficaz respuesta a la compleja y rica realidad de nuestro tiempo se nos muestra como una ineludible exigencia de la lógica del Derecho. Esta necesidad obliga a plantear nuevos retos, máxime cuando tales retos no dejan de ser manifestación de la técnica jurídica. Uno de ellos es la inconstitucionalidad por omisión, instituto de elevadísimo interés pese a que la doctrina, en general, no le ha dedicado excesiva atención.

Omisiones jurídicamente relevantes es posible encontrar en distintas ramas del ordenamiento puesto que el omitir, la inercia, es una de las formas en que se puede manifestar el acontecer humano siguiendo los designios de la voluntad. El Derecho Constitucional, creemos, tampoco es ajeno a este fenómeno de la inactividad vulneradora del Derecho y, por lo tanto, conectada a ciertas consecuencias jurídicas. En una inicial aproximación podemos conceptuar la omisión inconstitucional como *la falta de desarrollo por parte del Poder Legislativo, durante un tiempo excesivamente largo, de aquellas normas constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo, de forma tal que se impide su eficaz aplica-*

ción (1). La inacción del legislador, el paso del tiempo generador de «fraude» constitucional, la exigencia constitucional de actuar y la ineficacia son las claves de bóveda de nuestra propuesta.

Dos son las grandes especies que es posible distinguir dentro de este fenómeno: la omisión absoluta, consistente en la total ausencia de cualquier normativa que dote de efectividad a las normas constitucionales que lo requieren, y la omisión relativa o parcial, en la que la normativa de desarrollo existe pero es insuficiente. Dentro de esta segunda especie destacan aquellos casos en los que se vulnera el principio de igualdad al contemplar a algunos grupos y no mencionar a otros, produciéndose así una conducta discriminatoria. Es lo que se llama en la doctrina alemana «arbitraria exclusión de beneficio» (*wilkürlicher gleichheitswidriger Begünstigungsausschluss*), que puede ser y ha sido objeto de análisis autónomos.

La problemática, como ya hemos dicho, no ha suscitado abundantes consideraciones en la literatura, pero sí que ha originado reflexiones de diverso talante y perspectiva en algunos destacados juristas. De esta forma, y desde una óptica muy genérica y escéptica, nos encontramos a Kelsen, el cual, en su *Teoría Pura del Derecho*, afirmó que «la Constitución que regula la producción de normas generales puede determinar también el contenido de las futuras leyes, al prescribir o excluir ciertos contenidos. En el primer caso, sólo se da una promesa de promulgación de leyes, sin existir ninguna obligación de hacerlo, dado que, inclusive por razones técnico-jurídicas, sería difícil enlazar una sanción a la falta de leyes del contenido prescrito» (2). También cabe recordar a Loewenstein en sus razonamientos en torno a la «desvalorización» de la Constitución por mor de no ser escrupulosamente observada (3). Asimismo, Biscaretti di Ruffia, al tratar el contenido de las constituciones escritas y, dentro de él, las normas que el legislador ordinario debería emanar para dar plena ejecución a la Norma Fundamental, sostuvo que «está claro que cuando se abstiene de estatuir, entonces por este camino viene a violar gravemente la Constitución» (4).

Además, también existen trabajos que versan de forma concreta sobre la omisión (*omissão, omissioe, Unterlassung*) vulneradora de las normas constitucionales. Su origen está en la doctrina alemana, que se desarrollará de forma paralela a la jurisprudencia del *Bundesverfassungsgericht* (5). De allí pasará a los autores de Italia

(1) La posición por nosotros mantenida, que gira en torno a la ineficacia de un precepto constitucional, difiere del concepto que nos ofrece el ordenamiento luso, basado, como veremos, en la idea de inexigibilidad de la concreta norma constitucional.

(2) HANS KELSEN: *Teoría Pura del Derecho*, Porrúa, México, 1991, pág. 234.

(3) KARL LOEWENSTEIN: *Teoría de la Constitución*, Ariel, 2.ª ed., Barcelona, 1976, págs. 222 y ss.

(4) PAOLO BISCARETTI DI RUFFIA: *Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 1987, pág. 258.

(5) Será el magistrado de Karlsruhe WESSEL el que comience su estudio en un artículo sobre el recurso de amparo que lleva por título «Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsbeschwerde», *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1952, págs. 161 y ss. Lo seguirán, entre otros, LECHNER: «Zur Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde gegen Unterlassungen des Gesetzgebers», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1955, págs. 1817 y ss.; LEO SEUFFERT: *Die nicht erfüllten Gesetzgebungsgebote*

donde la labor de la *Corte costituzionale* incidirá de una u otra forma en el tema (6). En Portugal, como veremos, y en Brasil (7) también existen destacados estudios, e igualmente, aunque en menor medida, en Argentina (8) y en Perú (9).

El fundamento de esta institución es un hecho que no puede ser negado. En primer lugar, tendríamos la presencia de cierto tipo de normas en la Ley Básica (10). En efecto, los constituyentes recogen una serie de aspiraciones y anhelos del pueblo, un conjunto de valores e ideas que se traducen en una serie de normas jurídicas y en un determinado contenido material en la Carta Magna. Esta labor tiene como resultado una Constitución integrada por normas de diferente carácter y de distinto tipo, con la consiguiente repercusión en la intensidad de su vinculación. La imposibilidad fáctica y las exigencias de técnica legislativa dan lugar a que el legislador ordinario asuma la obligación de desarrollar determinados preceptos del Texto Básico para asegurar la efectividad de ese proyecto constitucional y la concreción del mismo. Es decir, la existencia de normas incompletas, como las denominaría Larenz (11), se traduce en una serie de órdenes al legislador, que éste debe cumplir. Tales normas,

des Grundgesetzes und ihre verfassungsgerichtliche Durchsetzung. Ein Beitrag zum Problem des gesetzgeberischen Unterlassens, Tesis doctoral, Würzburg, 1969; JÜLICHER: *Die Verfassungsbeschwerde gegen Urteile bei gesetzgeberischem Unterlassen. Zum Rechtsschutz bei gesetzgeberischem Unterlassen und willkürlichem gesetzlichem Begünstigungsausschluss*, Duncker-Humblot, Berlín, 1972.

(6) CONSTANTINO MORTATI: «Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore», *Il Foro italiano*, V, 1970, págs. 153 y ss. También en *Problemi di Diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana. Raccolta di scritti*, vol. III, Giuffrè, Milán, 1970, págs. 923 y ss. Especial interés despertarán cierto tipo de sentencias del órgano de justicia constitucional que no dejan de ser un intento de solución de la problemática planteada: DAMIANO NOCILLA: «Sentenza interpretativa di accoglimento o sentenza di accoglimento parziale dell'art. 274 cod. civ.?»», *Giurisprudenza costituzionale*, 1965; NICOLA PICARDI: «Le sentenze integrative de la Corte costituzionale», en *Scritti in onore de C. Mortati IV*, Roma, 1977, págs. 599 y ss.; GAETANO SILVESTRI: «Le sentenze normative della Corte costituzionale», *Giurisprudenza costituzionale*, 1981, págs. 1684 y ss.; etc.

(7) Entre otros podemos citar a GILMAR FERREIRA MENDES: *Controle de constitucionalidade. Aspectos jurídicos e políticos*, Saraiva, São Paulo, 1990, págs. 55 y ss.; PAULO MODESTO: «Inconstitucionalidade por omissão: categoria jurídica e ação constitucional específica», *Revista de Direito Público*, núm. 99, julio-septiembre 1991, págs. 115 y ss.; ROQUE ANTÓNIO CARAZZA: «Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção», *Jurisprudência brasileira*, julio-septiembre 1992, págs. 53 y ss.; etc.

(8) GERMÁN BIDART CAMPOS: «La Justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión», *El Derecho*, Tomo 78, págs. 785 y ss.; ROLANDO PINA: *Cláusulas constitucionales operativas y programáticas*, Astrea, Buenos Aires, 1973.

(9) ALBERTO BOREA ODRIA: *El Amparo y el Habeas Corpus en el Perú de hoy*, Biblioteca peruana de Derecho Constitucional; JUAN CARLOS MORÓN URBINA: «La omisión legislativa como un caso de inconstitucionalidad», *Revista Jurídica del Perú*, núms. III-IV, julio-diciembre 1988; GERARDO ETO CRUZ: «La inconstitucionalidad por omisión», *Doctrina Constitucional*, INDEJUC, Trujillo, 1992, págs. 237 y ss.

(10) MORTATI refiriéndose al comportamiento omisivo del legislador afirma que «i problemi da affrontare toccano (...) sia la struttura delle norme costituzionali in sé considerate», CONSTANTINO MORTATI: «Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore», *Problemi di Diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana. Raccolta di scritti, op. cit.*, pág. 927.

(11) KARL LARENZ: *Metodología de la ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, págs. 249 y ss.

designadas de varias formas por la doctrina (*imposições constitucionais* y *ordens de legislar* por Gomes Canotilho (12), *mandatos al legislador* por Rubio Llorente (13), *Verfassungsauftrag*, entre otras denominaciones, en Alemania), normas de eficacia limitada para nosotros, no son meras proposiciones declarativas sino que son verdaderas normas jurídicas que necesitan conectarse con otras para originar su plenitud aplicativa. La existencia de este tipo de normas en la *lex legum* parece inevitable dado lo que debe ser la ley que ocupa la cúspide del ordenamiento y las funciones a las que responde, que requieren que su articulado no agote las diversas instituciones y regulaciones.

La base de todo este razonamiento es la superioridad de la Constitución, tanto desde el punto de vista material como el formal, con las conocidas consecuencias que de ello se derivan, y la vinculación de la obra del poder constituyente. La Norma Fundamental se tiene que imponer también en el supuesto de que se incumpla el deber de legislar que requiere la concreción del programa constitucional. Pasar por alto una infracción de la Carta Magna sería atentar a la supremacía que ostenta y que tiene que ostentar. Y tanto se vulnera la Ley Fundamental a través de la emanación de una norma que contradice su contenido, como omitiendo aquello a lo que ella obliga (14).

Asimismo, el carácter normativo del Texto Constitucional aporta más fundamentos para su defensa. En este orden de cosas hay que afirmar que si la vulneración de una norma jurídica debe tener sanción y si la vulneración de una norma jurídica puede producirse por omisión, entonces, la vulneración por omisión de la Constitución, auténtica norma jurídica, debe tener sanción.

Pero los razonamientos no son tan meridianos como pueda parecer ya que hay que encuadrarlos en el contexto global de la problemática planteada, de forma tal que las dificultades que despierta la instauración de la omisión inconstitucional no se pueden olvidar. Dificultades que giran en torno a la libertad de conformación del legislador, el principio de la división de poderes, las dificultades en cualquier aspecto de su articulación práctica y, en concreto, en la incidencia en la naturaleza del Tribunal Constitucional, el coste económico y/o social, la conveniencia política, etc.

Sea como fuere, de lo que no cabe duda es de las destacadísimas consecuencias que conlleva la instauración o el rechazo de esta figura. En el primer caso, la incidencia en la construcción del Estado Social, el fortalecimiento de la función transformadora de la Constitución o la efectiva realización del proyecto constitucional, podrían venir coadyuvados por los mecanismos que traería aparejados la exis-

(12) JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO: *Direito Constitucional*, Almedina, 6.ª ed., Coimbra, 1993, págs. 1089-1090.

(13) FRANCISCO RUBIO LLORENTE: *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pág. 95.

(14) «Si la Constitución se define como suprema, esa supremacía declinaría en su vigor y genuino sentido si quedara al arbitrio absoluto de un órgano del poder constituido, quien al omitir su deber constitucional «bloquearía» a la cláusula constitucional respectiva», NÉSTOR PEDRO SAGUES: *Derecho Procesal Constitucional I. Recurso extraordinario*, Astrea, Buenos Aires, 1989, pág. 170.

tencia de la inconstitucionalidad por omisión. En el segundo caso, rechazar el instituto, quizá fomentaría el «fraude» constitucional, el fortalecimiento del Ejecutivo e, incluso, una alteración del Texto Básico ajena al procedimiento de reforma establecido, sin olvidar la desvalorización del carácter normativo de la Constitución.

II. EL EJEMPLO DEL DERECHO COMPARADO

El recurso a la comparación es un lugar común en las ciencias sociales, originando una serie de concretas perspectivas metodológicas que ya adquirieron carta de naturaleza en tiempos pasados y cuyo máximo exponente quizá sea la *Comparative Politics* de origen norteamericano, poseedora de un estudiado y concreto método de investigación (15). La veracidad de lo dicho no nos exime de recordar la especificidad de la Ciencia Jurídica dentro del orbe de las ciencias sociales y la posesión de propios criterios metodológicos y epistemológicos que la dotan de la más absoluta autonomía.

En cuanto al campo del Derecho Comparado hay que afirmar que no sólo se enmarca dentro de los criterios propios de la investigación jurídica sino que, además, posee unas especificidades que le otorgan el carácter de disciplina independiente, aunque, eso sí, sin rebasar los límites de la Ciencia del Derecho. Ambas ideas las encontramos también en Pizzorusso cuando señala, por una parte, que «el método empleado por los estudiosos comparatistas es exclusivamente el método jurídico, por lo cual desde este punto de vista ninguna diferencia existe entre la obra de los cultores del Derecho Comparado y la de los cultores de las otras disciplinas jurídicas, mientras que existe una correspondiente distinción entre sus obras y la de los filósofos, sociólogos, antropólogos, etnólogos y politólogos» (16); y, por otra parte, indica que «se distingue de cualquier otra disciplina jurídica por el hecho de asumir como propio objeto de estudio una pluralidad de ordenamientos jurídicos que actualmente operan» (17).

La utilidad de recurrir al Derecho Comparado ha sido puesta de manifiesto en las más variadas ocasiones. Incluso se podría afirmar que las mismas características de esta tan específica ciencia que es el Derecho favorecen semejantes análisis. En nuestro caso particular, a pesar de que el Derecho Comparado nos ofrece escasos supuestos que puedan ser reconducidos a la inconstitucionalidad por omisión, sí puede sernos altamente provechoso y conveniente analizar uno de los más destacados

(15) «The comparative method is defined here as one of the basic methods —the others being the experimental, statistical, and case study methods— of establishing general empirical propositions», AREND LIJPHART: «Comparative Politics and the Comparative Method», *The American Political Science Review*, Vol. LXV, núm. 3, septiembre 1971, pág. 682.

(16) ALESSANDRO PIZZORUSSO: *Curso de Derecho Comparado*, Ariel, 1.ª ed., Barcelona, 1987, pág. 79.

(17) *Ibidem*, pág. 80.

casos en los que se prevé expresamente dicha institución a los efectos de buscar posibles modelos a seguir (o, al menos, a considerar) e ilustrarnos con los razonamientos legales, doctrinales y jurisprudenciales que sustentan la figura, máxime teniendo en cuenta las carencias que su estudio presenta en nuestra patria.

Afirmaba García Pelayo, hace ya más de cuarenta años, que la misión del Derecho Constitucional Comparado es «el estudio teórico de las normas jurídico-constitucionales positivas de varios Estados, preocupándose de destacar las singularidades y los contrastes entre ellos o entre grupos de ellos» (18). Pero este ejemplo del Derecho Comparado, y salvo en casos que se tildarían de excepcionales, no debe ser tomado como fin o meta en sí mismo sino como medio o instrumento para ilustrar el objeto de estudio. Y afirmamos ello conociendo autorizadísimas voces que mantienen una postura parcialmente distinta (19). En su correcta utilización resulta de un gran interés, llegando a convertirse en imprescindible en diversas situaciones (20). Pese a esta reflexión, no se nos escapa que el saber por el saber no puede ser, en el fondo, objeto de crítica puesto que sólo puede despertar encomio. Pero una cosa es el recurso a la comparación como unidad de análisis y otra convertirlo en patrón o modelo a seguir.

III. EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD EN EL SISTEMA PORTUGUÉS

El ordenamiento del país vecino supone uno de los de mayor relevancia en el campo del instituto considerado. Y ello no sólo por su consagración expresa en el terreno positivo, inhabitual en nuestro marco cultural, sino también por la propia e interesantísima evolución de este reconocimiento positivo, por la labor jurisprudencial y por la destacadísima producción doctrinal. En efecto, el profesor de Lisboa Jorge Miranda y el profesor de Coimbra José Joaquim Gomes Canotilho deben ser considerados como dos de los más reputados especialistas en la materia (21).

(18) MANUEL GARCÍA PELAYO Y ALONSO: *Obras Completas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, págs. 249-250.

(19) «Funzione primaria della comparazione è la conoscenza e funzione secondaria la utilizzazione dei risultati ottenuti tramite la comparazione per il conseguimento di diverse finalità», GIUSEPPE DE VERGOTTINI: *Diritto costituzionale comparato*, Cedam, Padua, 1993, pág. 5.

(20) RAFAEL GÓMEZ-FERRER MORANT habla de «la dificultad de reducir la aplicación del Derecho Comparado a sus justos términos, dentro de los cuales tiene un valor inapreciable», y de «la necesidad de determinar en cada caso hasta qué punto las categorías existentes bastan para comprender las nuevas realidades o, por el contrario, hay que introducir otras categorías jurídicas» (prólogo al libro de RAÚL BOCANEGRA SIERRA: *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*, Instituto de Estudios de la Administración Local, Madrid, 1982, pág. XIII).

(21) Respecto al primero hay que recordar que comenzó sus estudios sobre el tema aun antes de la recepción positiva del mismo en la Constitución de 1976. De esta forma, en los años sesenta refiriéndose al Estado Social y a las normas programáticas estimaba que el problema de la inconstitucionalidad por omisión era uno de los específicos de este tipo de normas, «Contributo para uma teoria da inconstitucio-

El actual sistema luso parte de la Constitución de 2 de abril de 1976, producto de un período calificado de revolucionario que produjo una radical transformación del régimen hasta la fecha existente. En su redacción original existen expresiones y fórmulas que denotan ese espíritu tildado de revolucionario, aunque parece que no prejuzgan el fondo de la misma, aunque esta última afirmación merecería un análisis más detenido que ahora no vamos a efectuar por no ser nuestro cometido. El paso del tiempo y la necesaria adaptación a las nuevas exigencias políticas dieron lugar a una importante reforma de la Carta Magna en 1982 (Ley Constitucional 1/82 de 30 de septiembre) y a otra de menor trascendencia en 1989 (Ley Constitucional 1/89 de 8 de julio), que trataron de eliminar los vestigios de un pasado ya superado. En los últimos años se ha vuelto a hablar de la posibilidad de modificar alguna de las partes de la Carta Magna, como el tema de la región e, incluso, del «*Estado-Providência*» o Estado Social. Tales debates han tenido un eco importante en la prensa (22).

La regulación original de la Carta Magna preveía un complejo sistema de control de naturaleza eminentemente política al estar dominado por el Consejo de la Revolución, a su vez asesorado por un órgano jurídico que era la Comisión Constitucional, órgano de naturaleza consultiva que puede ser visto como el precedente del actual Tribunal Constitucional. La labor de dicha Comisión ha merecido el elogio del jurista mexicano Fix-Zamudio (23). Este mismo autor, en otro trabajo, ha señalado que el órgano castrense suscribió una gran parte de los dictámenes elaborados por la mencionada Comisión Constitucional, la que «se convirtió de esta manera en un tribunal de jurisdicción retenida, con una actividad muy intensa» (24).

Hoy en día el control de la constitucionalidad de las normas responde a un esquema mixto (25) ya que, por un lado, todos los órganos judiciales pueden pronunciarse acerca de la inadecuación de una norma a la Constitución, lo cual ya existía antes de la reforma, y, por otro, existe un Tribunal Constitucional, un verdadero tribunal con las lógicas particularidades de todo sistema, creado en 1982 con la primera revisión del Texto Básico (artículos 160 y 161 de la referida Ley Constitucional 1/82). La organización y el funcionamiento de semejante órgano constitucional se encuentran en la ley 28/82 de 15 de noviembre, modificada por las leyes 143/85 de 26 de noviembre y 85/89 de 7 de septiembre.

nalidade», Suplemento a la *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, 1968, pág. 76.

(22) A título de ejemplo, *Diário de Notícias*. 11 de agosto de 1994, pág. 5.

(23) HÉCTOR FIX-ZAMUDIO: *La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, Civitas, Madrid, 1982, pág. 206.

(24) HÉCTOR FIX-ZAMUDIO: «Ley sobre la organización, funciones y procedimiento del Tribunal Constitucional portugués», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, a. XVIII, núm. 52, enero-abril 1985, pág. 160.

(25) LUIS NUNES DE ALMEIDA: «El Tribunal Constitucional y el contenido, vinculatoriedad y efectos de sus decisiones», *Revista de Estudios Políticos*, núms. 60-61, abril-septiembre 1988, págs. 859 y ss.

Este Alto Tribunal está compuesto por trece jueces, elegidos diez por la Asamblea de la República y tres cooptados por los propios elegidos. Tres de los elegidos y los cooptados son obligatoriamente jueces de los demás tribunales, mientras que el resto tienen que ser juristas. La duración de su mandato es de seis años, siendo renovable. El 6 de abril de 1983 comenzaron sus trabajos.

Su principal función es la aludida del control de la constitucionalidad, en la cual se encuentran: una fiscalización preventiva de la constitucionalidad de las normas (artículos 278 y 279 de la Constitución), un control abstracto sucesivo (artículo 281), uno concreto (artículo 280) y la omisión inconstitucional (artículo 283).

Esta última competencia relativa a la fiscalización de la inconstitucionalidad por omisión da lugar a ciertas especificaciones en el sistema ya que, por un lado, el objeto del control de constitucionalidad no se restringe a las normas jurídicas sino que abarca también omisiones legislativas y, por otro, existen, en sede de la vinculatoriedad de las decisiones, sentencias meramente verificativas, tal y como veremos con posterioridad.

IV. EL INSTITUTO DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN EN PORTUGAL

En lo que respecta a la concreta regulación del tema a nivel constitucional cabe distinguir dos momentos separados por la importante reforma que tendrá lugar en 1982.

1. *Su regulación original*

En el texto inicial de 1976 es de recibo hablar de un control de carácter político que orbitaba en torno al «Conselho da Revolução», órgano colegiado cuya función consistía en la de llevar a cabo el asesoramiento del Presidente de la República y mostrarse como garante de la observancia constitucional, según rezaba el modificado artículo 142 del Texto Fundamental y completaba el 146 al otorgarle competencia para adoptar las medidas necesarias en el cumplimiento de las normas constitucionales, pudiendo al efecto formular recomendaciones. En efecto, a tenor del artículo 279 este órgano político-militar asumía pleno protagonismo:

«Quando a Constituição não estiver a ser cumprida por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais, o Conselho da Revolução poderá recomendar aos órgãos legislativos competentes que as emitam em tempo razoável» (26).

(26) Con base en esta regulación REBELO DE SOUSA conceptualiza la figura como la «violação de normas constitucionais não directa e imediatamente exequíveis por si próprias pela não emissão pelo legislador ordinário de medidas tendentes a conferir exequibilidade àquelas normas» (MARCELO REBELO DE SOUSA: *Direito Constitucional I. Introdução à Teoria da Constituição*, Cruz, Braga, 1979, pág. 370.

La génesis de este instituto hay que buscarla en la denominada segunda «Plataforma de Acuerdo Constitucional» (firmada el 26 de febrero de 1976), que devolverá a los tribunales la competencia genérica para la apreciación de la inconstitucionalidad, tras haber sido eclipsada por las funciones que el Consejo de la Revolución ostentaba en la primera «Plataforma de Acuerdo Constitucional» de 13 de abril de 1975, «nos circunstancialismos que não se ignoram» (27). Aun así, la propuesta presentada en la segunda «Plataforma» seguía otorgando importantes atribuciones al Consejo de la Revolución y contenía respecto a la omisión inconstitucional dos párrafos que no serán aceptados y en los que se otorgaba verdadera capacidad legislativa a dicho órgano (28).

El complemento del proceder del Consejo se hallaba en la denominada «Comissão Constitucional», órgano técnico-jurídico que en virtud del artículo 284 del Texto Fundamental emitía de forma obligatoria «pareceres», dirigidos a dicho Consejo, en los que daba su opinión acerca de existencia de una omisión inconstitucional. El órgano poseía un carácter meramente consultivo ya que podían rechazarse, y de hecho se rechazaron en alguna ocasión, sus opiniones. Este esquema permitía distinguir, como hace Miranda (29), dos momentos estrechamente ligados: un juicio sobre la inconstitucionalidad que efectúa el Consejo de la Revolución precedido del parecer de la Comisión Constitucional, juicio realizado con criterios jurídicos, y un juicio sobre la emisión de la recomendación, de carácter declarativo, dirigido a los órganos legislativos, en el que la significación política es la que prima. El juicio sobre la emisión de la recomendación no se podría efectuar sin antes analizar jurídicamente la existencia de una vulneración de la Constitución.

Esta recomendación que emitía el Consejo de la Revolución era simplemente declarativa, exenta de coactividad, pese a que la importancia del Consejo en el organigrama del poder surgido en 1976 pudiere hacer pensar lo contrario. No sustituía a la Asamblea de la República ni se situaba por encima de ella ni ostentaba iniciativa legislativa en un caso de omisión inconstitucional. La operatividad práctica del instituto fue puesta en entredicho (30).

(27) JORGE MIRANDA: «Inconstitucionalidade por omissão», *Estudos sobre a Constituição*, 2.º vol., Petrony, Lisboa, 1977, pág. 337.

(28) «Quando considerar que as duas recomendações não foram cumpridas, poderá o Conselho da Revolução requerer ao Presidente da República que fixe prazos para que as medidas recomendadas sejam emitidas.

Se os órgãos legislativos continuarem a não adoptar as medidas recomendadas, e decorridos que sejam os prazos fixados pelo Presidente da República, poderá o Conselho da Revolução substituir-se àqueles e emitir ele próprio as medidas».

(29) JORGE MIRANDA: «Inconstitucionalidade por omissão», *op. cit.*, pág. 349.

(30) En este sentido GOMES CANOTILHO aduce una serie de razones que justificarían esta carencia de operatividad: la ausencia de un «defensor de la Constitución» con poderes suficientes, la inexistencia de iniciativa de los ciudadanos en la materia, la ausencia de fundamentos de una acción administrativa de defensa contra omisiones legislativas, y la insuficiencia del «instrumentarium» típico del Estado de Derecho (JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO: *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, Coimbra Editora, Coimbra, 1982, págs. 354 y ss.).

Asimismo, hay que señalar que la fiscalización de este tipo de inconstitucionalidad fue considerada (antiguo art. 290 m), y lo sigue siendo (actual art. 288 l), como uno de los límites materiales en la revisión constitucional, límites que, claro está, son de obligatoria observancia en las eventuales leyes de reforma de la Carta Magna y cuya transgresión plantea el problema de determinar si estamos ante una verdadera revisión o más bien ante un nuevo texto constitucional o ante un acontecimiento diferente (31).

La influencia de la ya derogada Constitución de la República Socialista Federativa de Yugoslavia de 27 de febrero de 1974 parece clara (32). La redacción del precepto cuyo tenor literal ha sido plasmado, los postulados ideológicos que sirven de base a la Constitución portuguesa y la idea de los constituyentes de asegurar la adecuada ejecución por parte del legislador ordinario de un proyecto constitucional que responde a una determinada mentalidad, son elementos que nos impulsan a la referida afirmación. En la línea de esta última idea que consideramos que poseían los constituyentes, se encontraba el ya reformado artículo 139, en virtud del cual la Cámara, al inicio de sus sesiones, examinaría si la Constitución había sido cumplida para proceder como fuera pertinente (33). Con medidas como las aludidas se buscaba la defensa global de la Constitución, entendida como máximo exponente de los postulados de abril de 1974.

En este orden de cosas encontramos diversas afirmaciones en la primera jurisprudencia en la materia (34) y otras tantas reflexiones en la doctrina que conectan la presencia de la figura con el carácter peculiar de la Constitución (35). A pesar de todo ello, la diferencia con la antigua regulación del deshecho país de los Balcanes también es fácil de encontrar si nos fijamos en el órgano encargado de proceder a la fiscalización de la omisión: «mientras en Yugoslavia se trataba del Tribunal Constitucional, en la Constitución portuguesa de 1976 tal facultad se encomendaba al

(31) Supresión, destrucción, quebrantamiento o suspensión, por utilizar la terminología schmittiana. Sobre los límites de la facultad de reformar la Constitución cfr. CARL SCHMITT: *Teoría de la Constitución*, Alianza, Madrid, 1982, págs. 118 y ss.

(32) En el artículo 377 de esta Constitución se leía: «Si el Tribunal de Garantías Constitucionales de Yugoslavia hiciere constar que un órgano competente no hubiere dictado las normas de ejecución de la Constitución de la República Socialista Federativa de Yugoslavia, de las leyes y de otras disposiciones y actos generales federales, estando obligado a dictarlas, informará de ello a la Asamblea de la República Socialista Federativa de Yugoslavia».

(33) Según JORGE MIRANDA esta disposición encuentra su origen en el artículo 137 de la Constitución brasileña de 1824 (*Manual de Direito Constitucional*, Coimbra Editora, 1993, Vol. II, pág. 267).

(34) Así tenemos, por ejemplo, el «parecer» de la Comisión Constitucional 8/77 de 3 de marzo, en el cual se lee en el fundamento 12: «A figura consagrada no artigo 279 é particularmente ajustada a uma Constituição programática, que define um novo modelo de sociedade, a construir através da criação de novos quadros legais ou da adaptação dos existentes.»

(35) Es el caso de JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO que en *Constituição dirigente...*, op. cit., pág. 354, afirma que «a expressa consagração da inconstitucionalidade por comportamentos omissivos do legislador é uma consequência lógica e necessária do carácter predominantemente prescriptivo e dirigente da Lei Fundamental de 1976».

Consejo de la Revolución, formalmente garante del funcionamiento regular de las instituciones democráticas, y en la realidad, órgano de caución de las esencias de la Revolución de abril de 1974» (36).

2. La reforma constitucional de 1982 y su incidencia sobre esta figura

La importante revisión constitucional de 1982, como ya hemos mencionado, va a afectar a la institución considerada sustrayéndola del terreno preferentemente político y llevándola al jurisdiccional. La reforma de 1989 también incidirá en la cuestión, sustituyendo la designación «assembleias regionais» por «assembleias legislativas regionais».

La ordenación constitucional del instituto, tras las modificaciones apuntadas, se ubica en el artículo 283, cuya literalidad es la siguiente:

1. «A requerimento do Presidente da República, do Provedor de Justiça ou, com fundamento em violação de direitos das regiões autónomas, dos presidentes das assembleias legislativas regionais, o Tribunal Constitucional aprecia e verifica o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais».

2. «Quando o Tribunal Constitucional verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente» (37).

Un estudio sistemático nos obliga a examinar esta regulación en distintos epígrafes, tal y como hacemos a continuación.

A) Concepto de omisión inconstitucional y naturaleza de su control

Dicho concepto gira en torno a la *inaplicación de los artículos no directamente exigibles de la Carta Magna por la ausencia de la legislación que les dote de aplicabilidad*. Por lo tanto, sólo son jurídicamente relevantes en el ordenamiento luso las omisiones de medidas legislativas, «lo que excluye el control de inconstitucionalidad por omisión de los actos no legislativos, principalmente de actos políticos» (38). La carencia de legislación opera como causa. Su consecuencia es la inaplicación y, por lo tanto, la ineficacia de ciertas y concretas normas de la Ley Fundamental, concretamente aquellas que necesitan de manera indefectible la *inter-*

(36) FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO: «Los nuevos desafíos de nuestro tiempo para la protección jurisdiccional de los derechos», *Revista Vasca de la Administración Pública*, núm. 39, mayo-agosto 1995, pág. 78.

(37) Como preceptos correlacionados tenemos los artículos 137.g) y 290.l) de la Constitución y 67 y ss. de la Ley 28/82 de 15 de noviembre del Tribunal Constitucional.

(38) LUIS NUNES DE ALMEIDA: «El Tribunal Constitucional y el contenido, vinculatoriedad y efectos de sus decisiones», *Revista de Estudios Políticos*, núms. 60-61, abril-septiembre 1988, pág. 867.

positio legislatoris al no ser exigibles de forma directa. El resultado final de todo ello es el no cumplimiento de la Constitución. Esta concreción en la norma vulnerada supone que queden excluidos los casos en los que hay una inaplicación general de la Carta Magna o una insatisfacción global en la aplicación de sus postulados, ya que este instituto «*não se afere em face do sistema constitucional em bloco*» sino que «*é aferida em face de uma norma cuja não exequibilidade frustra o cumprimento da Constituição*» (39).

Sus presupuestos siguen siendo los mismos de antes, que ya habían sido recogidos en el primer «parecer» de la Comisión Constitucional en la materia (40):

- que el no cumplimiento de la Constitución consista en la violación de cierta y determinada norma;
- que se trate de norma constitucional no exigible por sí misma;
- que, en las circunstancias concretas de la práctica legislativa, falten las medidas legislativas necesarias para convertir en exigible aquella norma.

Es plausible esta necesidad de concreción en la norma vulnerada dado que, de otra forma, sería difícil que operase el principio de seguridad jurídica y la indefinición fomentaría la preeminencia de los elementos extrajurídicos. El intérprete será el que determine qué normas constitucionales no son exigibles por sí mismas, respecto a las cuales se podrá dar la omisión, y qué normas sí lo son. El carácter de inexigibilidad no priva a estos preceptos de su carácter constitucional ni de su cualidad de verdaderas normas jurídicas. De la misma manera, será el intérprete el que opere casuísticamente para establecer la suficiencia o insuficiencia de determinada regulación legal que trate de dotar de exigibilidad a una norma constitucional, puesto que la emanación de una ley en sentido formal no tiene por qué suponer la concesión automática de efectividad a un precepto de la Norma Básica. Aunque, por otro lado, semejante efectividad sólo vendrá dada por ley en sentido formal, no siendo posible norma de nivel inferior (41).

Así configurada, la omisión inconstitucional en el ordenamiento jurídico portugués se presenta como un control de la constitucionalidad sucesivo (42), que no tiene asegurada virtualidad práctica ya que las puestas en conocimiento de las omisiones

(39) JORGE MIRANDA: *Manual...*, *op. cit.*, págs. 518-519.

(40) Parecer núm. 4/77 de 8 de febrero (*Pareceres da Comissão Constitucional*, Vol. I, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, Lisboa, 1977, págs. 77 y 78). Estas reflexiones proceden exactamente de la doctrina que había sentado JORGE MIRANDA en la materia («Inconstitucionalidade por omissão», *op. cit.*, pág. 341). Años más tarde este mismo autor los volverá a recoger (*Manual...*, *op. cit.*, pág. 518).

(41) Cfr. JORGE MIRANDA: *Manual...*, *op. cit.*, págs. 519-520.

(42) El artículo 67 de la Ley 28/82 de 15 de noviembre, sobre organización, funcionamiento y proceso del Tribunal Constitucional, remite la ordenación adjetiva del instituto al régimen de control abstracto sucesivo. Además, la jurisprudencia es meridiana en este sentido, como en el caso del «parecer» 8/77 de 3 de marzo de la Comisión Constitucional: «o artigo 279 não visa uma defesa preventiva de Constituição: consagra antes um meio tendente a fazer cessar um incumprimento, já verificado, de lei fundamental» (fundamento núm. 10).

al órgano legislativo no presentan otra coactividad que no sea la política, pese a los actuales perfiles jurídicos de la institución en el país vecino. Por lo tanto, la naturaleza del control es la propia de una fiscalización *a posteriori*, sin ostentar, en principio, carácter preventivo (salvo la matización que haremos más abajo), ni mucho menos sustitutivo.

Una mayor claridad a la hora de conceptualizar el instituto estudiado se produce al mostrar los rasgos diferenciadores respecto a la inconstitucionalidad por acción. El primero y más elemental es que ésta tiene lugar por una actividad del legislador, mientras que aquélla es producto de una inacción, de un incumplimiento de la obligación de actuar que pesaba sobre el órgano legislativo. Asimismo, la fiscalización de la actividad inconstitucional va a modificar el ordenamiento jurídico a través de la sanción de la nulidad. Frente a ello, el control de la omisión inconstitucional no produce esa modificación en el ordenamiento. Además, según apunta Miranda, la vulneración de la Ley Fundamental por acción «tanto consiste na infracção de uma disposição como de um princípio», mientras que «a inconstitucionalidade por omissão consiste na infracção de um preceito, de uma disposição-norma, e não mais» (43). Como es fácil comprender, esta última diferencia posee una gran relevancia a la hora de la resolución práctica de los distintos supuestos. Por último, podemos añadir que los preceptos constitucionales directamente exigibles sólo pueden ser vulnerados por acción, frente a los no inmediatamente exigibles que son susceptibles de violación por actividad o inactividad del legislador. Aunque no podemos olvidar que puede haber casos en los que resulta difícil determinar si nos encontramos ante una u otra forma de agresión constitucional (44), como sucede cuando está por medio el principio de igualdad, tal y como veremos en un apartado posterior.

Un caso especial se produce cuando se abre un proceso legislativo orientado a darle operatividad a una norma constitucional. Miranda consideraba antes de la reforma que, para no ser demasiado rígidos, no había omisión inconstitucional desde que se conoce que hay actos que tienen por objeto el cumplimiento de determinada norma constitucional (45). Pero en la actualidad sostiene una opinión contraria ya que entiende que sólo otorgan exigibilidad a las normas constitucionales medidas legislativas actuales y no futuras o potenciales (46). Por nuestra parte, consideramos que en ningún modo la apertura de un procedimiento legislativo garantiza dotar de efectividad a un precepto constitucional, puesto que, primero, la norma legal puede no llegar a aprobarse, lo cual entra dentro de la habitual en nuestros sistemas

(43) JORGE MIRANDA: *Manual...*, *op. cit.*, pág. 519. También en su trabajo anterior «Inconstitucionalidade por omissão», *op. cit.*, pág. 342.

(44) «Em vários casos em concreto ocorre uma estreita interpenetração da inconstitucionalidade por acção e da inconstitucionalidade por omissão, em consequência da forma como se acha organizado e se dinamiza o sistema jurídico», JORGE MIRANDA: *Manual...*, *op. cit.*, pág. 522.

(45) JORGE MIRANDA: «Inconstitucionalidad por omissão», *op. cit.*, pág. 347.

(46) JORGE MIRANDA: *Manual...*, *op. cit.*, pág. 523.

parlamentarios, y, segundo, la norma aprobada puede no dotar de operatividad al precepto constitucional en cuestión, con lo que subsiste la infracción a la Constitución. No vemos inconveniente para que el Tribunal Constitucional no emita la recomendación cuando está un proceso legislativo abierto. Es más, tal recomendación podría agilizar los trámites y garantizar un mayor rigor en los trabajos.

Hasta el momento hemos expuesto el concepto de omisión inconstitucional que se recoge en la Constitución. Pero también es necesario referirse, para dar una visión más completa, a otras posiciones diferentes en la doctrina. En este sentido tenemos a Gomes Canotilho, cuya concepción no se centra en la idea de inexigibilidad reconducida a un juicio temporal, sino que parte de la configuración de determinados preceptos constitucionales. En este sentido nos habla de que «o legislador não “faz” algo que positivamente lhe era imposto pela constituição. Não se trata, pois, apenas de um simples negativo “não fazer”; trata-se, sim, de não fazer aquilo a que, de forma concreta e explícita, estava constitucionalmente obrigado» (47). Surge, por tanto, la necesidad de conectarla con una exigencia constitucional de acción. De esta forma, la omisión analizada se produce cuando no se cumplen imposiciones constitucionales permanentes y concretas («imposições constitucionais legiferantes em sentido estrito»), imposiciones concretas pero no permanentes («ordens de legislar»), o no se produce la mediación legislativa respecto a normas sin la suficiente densidad (48). Pero no tiene lugar una omisión inconstitucional con base en un deber general de emanación de leyes o en función de imposiciones constitucionales que contienen deberes de legislación abstractos (49). Abordar el instituto con garantías supone, siguiendo al citado autor, profundizar en el principio democrático (democracia directa, acciones populares, derecho de iniciativa legislativa popular) (50). En el importante comentario a la Constitución de Vital Moreira y de Gomes Canotilho (51), se llega incluso a hablar de que la omisión inconstitucional puede consistir directamente en una ilegalidad por omisión.

El mismo Jorge Miranda, que en general parte de la letra de la propia Constitución en sus investigaciones, llega a hacer reflexiones de carácter general sobre la omisión jurídicamente relevante, una realidad que se encuentra en todos los sectores del ordenamiento (52). Al mismo tiempo, junto a la inconstitucionalidad por omisión de normas legislativas, reconoce la existencia de similar vulneración de la Ley Fundamental por omisión de actos políticos o de gobierno, por omisión de la revisión constitucional, por omisión de los poderes públicos, etc. (53).

(47) JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO: *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, Coimbra Editora, Coimbra, 1982, pág. 331.

(48) JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO: *Direito Constitucional*, Almedina, 6.ª ed., Coimbra, 1993, págs. 1089-1090.

(49) JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO: *Constituição dirigente...*, *op. cit.*, pág. 332.

(50) *Ibidem*, págs. 346 y ss.

(51) JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, VITAL MARTINS MOREIRA: *Constituição da República Portuguesa. Anotada*, Coimbra Editor, Coimbra, 1982, pág. 1047.

(52) JORGE MIRANDA: *Manual...*, *op. cit.*, pág. 507.

(53) *Ibidem*, págs. 508-509.

Por su parte, Ana Prata, aunque reconoce que en el Derecho portugués el problema se circunscribe a la posibilidad de control de la inconstitucionalidad de los actos de naturaleza legislativa, afirma que no hay razón, jurídicamente hablando, para llevar a cabo esa distinción (54).

B) Diferencias entre la regulación actual y la original

Entre la regulación vigente hoy en día y la que existía con anterioridad cabe apuntar cuatro diferencias, siguiendo al efecto a Jorge Miranda (55): una, mientras que en 1976 el órgano controlador actuaba de oficio, en 1982 la iniciativa corresponde a otros órganos diferentes a aquel que realiza el control; dos, en la redacción original decidía el Consejo de la Revolución previo parecer de la Comisión Constitucional, por contra, en la actualidad decide por sí solo el Tribunal Constitucional; tres, el reformado artículo 279 preveía una recomendación a los órganos legislativos, en cambio, ahora se habla de poner en conocimiento, lo cual presenta, en nuestra opinión, un talante menos imperativo; y cuatro, en 1976 la emisión de la recomendación por parte del Consejo de la Revolución era potestiva de éste, en 1982 la puesta en conocimiento, una vez declarada la omisión, es obligatoria.

Frente a tales divergencias, lo que permanece inalterado es el concepto sustantivo de omisión inconstitucional, expuesto más arriba. Por contra, la modificación de la naturaleza del órgano competente para su fiscalización provoca el cambio de la propia naturaleza del instituto, de forma tal que entra en los dominios de lo estrictamente jurídico y no político. Esta virtualidad jurídica no se ve alterada por una posible falta de eficacia práctica.

C) Instancias legitimadas

La legitimación para incoar el proceso, seguramente por la complejidad de la misma institución y su trascendencia, queda reducida al Presidente de la República, que nunca la ha ejercido, al «Ombudsman», cuya denominación en portugués es «Provedor de Justiça», y, cuando estén afectados derechos de una región autónoma, al presidente de la correspondiente asamblea legislativa regional.

Esta legitimación es mucho más restringida que la que existe para poner en marcha el control de la inconstitucionalidad por acción (art. 281). Otorgar la posibilidad al Presidente de la República de interponer la acción de inconstitucionalidad por omisión tiene que ser conectada con su general función de garantizar el regular funcionamiento de las instituciones democráticas, función localizada en el art. 123

(54) ANA PRATA: *A tutela constitucional da autonomia privada*, Almedina, Coimbra, 1982, pág. 63.

(55) JORGE MIRANDA: *Manual...*, op. cit., pág. 516.

de la Carta Magna, a la que se suman la representación de la República, y el garante de la independencia nacional y de la unidad del Estado. A su vez, la legitimación del «Provedor de Justiça» se conecta de manera muy directa con el encargo constitucional de recibir las quejas de los ciudadanos por omisiones de los poderes públicos (art. 23.1) (56).

D) El problema de la temporalidad

Por lo ya expuesto hasta el momento se comprenderá que el *quid* de la solución práctica de un caso de inconstitucionalidad por omisión radica en determinar si el tiempo transcurrido desde la aprobación de la Norma Superior es suficiente para poder hablar de incumplimiento de esta Norma. En efecto, la legítima libertad de conformación del legislador reclama un margen de maniobra que le permita llevar a cabo su labor de forma eficaz y acorde con las necesidades del momento histórico vivido. Mas esta libertad no puede convertirse en una patente de corso que retrase el desarrollo constitucional hasta tal punto que se produzca un auténtico fraude al proyecto de la Carta Magna y una vulneración de su articulado. El correcto análisis y enjuiciamiento del tiempo transcurrido determinará la relevancia jurídica de la omisión.

Consciente de esta problemática, Miranda apunta sagazmente que «o juízo da inconstitucionalidade por omissão traduz-se num juízo sobre o tempo em que deveria ser produzida a lei» (57). En un sentido similar se expresa De Carvalho Jordão al subrayar la importancia del elemento temporal en un juicio de este cariz, elemento que aporta ciertas dosis de coherencia en el conjunto del sistema (58). En cambio, Gomes Canotilho es de otra opinión bien diferente ya que asevera que «a inconstitucionalidade da omissão legislativa não se conexas necessariamente com os prazos ou tempos dentro dos quais deveria ter havido a *interpositio* legiferante... são mais a importância e indispensabilidade da mediação legislativa para dar operatividade prática às normas constitucionais do que a fixação de eventuais limites *ad quem*» (59).

(56) Cfr. JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, VITAL MARTINS MOREIRA: *Constituição da República Portuguesa. Anotada, op. cit.*, pág. 1048.

(57) JORGE MIRANDA: *Manual...*, *op. cit.*, pág. 521. También en «Inconstitucionalidade por omissão», *op. cit.*, pág. 345.

(58) CARLOS ALBERTO DE CARVALHO JORDÃO: «Inconstitucionalidade por omissão. Protecção das pessoas em matéria de registos informáticos», *Revista do Ministério Público*, núm. 31, julio-septiembre 1987, pág. 31.

(59) JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO: *Direito...*, *op. cit.*, pág. 1093. Se expresan de igual manera este mismo autor y VITAL MOREIRA en un trabajo conjunto, al entender que se trata de un juicio jurídico constitucional no correspondiendo al Tribunal Constitucional apreciar la cuestión del tiempo o la oportunidad de la medida legislativa (JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, VITAL MARTINS MOREIRA: *Constituição...*, *op. cit.*, pág. 1048).

Nosotros consideramos que el juicio temporal es una operación ineludible que debe efectuar el juez fiscalizador de la omisión, lo cual no significa que no sea también indispensable que analice en qué grado hay mediación legislativa que dé operatividad práctica a los preceptos constitucionales. La violación de la Ley Fundamental por inactividad del legislativo no se produce en un plano abstracto, no es similar al enjuiciamiento de la compatibilidad lógica entre dos normas que se produce en la resolución de un supuesto de control abstracto de inconstitucionalidad por acción. La violación tiene lugar en un concreto momento del devenir histórico que arranca con la entrada en vigor de la Carta Magna. De esta forma, el juicio se produce sopesando las circunstancias del contexto, que serán útiles a fin de determinar si se ha producido la infracción constitucional y si el legislador ha sobrepasado su margen de maniobra. Con esto se añaden importantes dosis de relatividad al instituto, pero también se puede discriminar entre la relevancia de las distintas normas constitucionales (60). La adecuada formación técnico-jurídica de los miembros del Tribunal Constitucional tiene que ser garantía para llevar a buen puerto estas dosis de relatividad.

E) Las omisiones legislativas parciales

En el punto inicial de este trabajo decíamos que existen dos grandes especies dentro del instituto considerado: la omisión absoluta (total ausencia de cualquier normativa), y la omisión relativa o parcial (la normativa es insuficiente). Dentro de esta segunda especie destacan las violaciones del principio de igualdad a causa de una conducta discriminatoria consistente en que la normativa contempla a algunos grupos y no a otros.

En Portugal estos casos de omisiones parciales vulneradoras del principio de igualdad han despertado una atención especial. Así, se ha planteado si una omisión de este tipo implica realmente una inconstitucionalidad por acción con base en la violación del susodicho principio, llegándose a la conclusión de que suponen tanto una infracción de la Ley Fundamental por acción como por omisión (61). Desde otros planteamientos se ha estimado que sin una caracterización material «a censurabilidade do comportamento do legislador tanto pode residir no acto positivo —exclusão arbitrária de certos grupos das vantagens legais— como no procedimento omissivo —emanação de uma lei que contempla positivamente um grupo de cidadãos, esque-

(60) «A ausência ou a insuficiência da norma legal não pode ser separada de determinado tempo histórico, assinalado pela necessidade de produção legislativa e cuja duração, maior ou menor, será pré-fixada —muito raramente— pela própria Constituição, ou dependerá da natureza das coisas (ou seja, da natureza da norma constitucional não exequível por si mesma confrontada com as situações da vida, inclusive a situação que, à sua margem, esteja, por acção, o legislador ordinário a criar)», JORGE MIRANDA: *Manual...*, op. cit., pág. 521. En un sentido similar «Inconstitucionalidade por omissão», op. cit., pág. 346.

(61) JORGE MIRANDA: *Manual...*, op. cit., pág. 522.

cendo outros» (62). Adoptar una óptica material permite la tradicional distinción entre omisiones absolutas y relativas (63).

F) Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad por omisión

Según la terminología empleada por la Constitución, el Tribunal Constitucional «verifica» la existencia de la omisión vulneradora de la Ley Básica, tras lo cual informa al órgano legislativo. Por lo tanto, la actuación de este tribunal no elimina la inconstitucionalidad. Habida cuenta esta regulación, las sentencias que resuelvan semejantes casos son meramente declarativas, no pudiendo, como indica Nunes de Almeida, «crear las normas necesarias y ni tan siquiera pronunciarse sobre el modo como tal omisión legislativa puede o debe ser superada» (64), aunque creemos que esta última afirmación quizá no sea exacta ya que la recomendación al legislador sobre cómo tiene que proceder puede estar incorporada a la información que le remite sin que ello vulnere la previsión constitucional.

Igualmente, estimamos que también es posible que el Tribunal actúe preventivamente reconociendo que una situación aun constitucional puede convertirse en vulneradora de la Carta Magna por omisión de unas medidas legislativas que se demoran demasiado en el tiempo, con lo que adquiriría pleno sentido el juego de la temporalidad. Aunque no desconocemos que una opción de este tipo no casa bien con la naturaleza de fiscalización *a posteriori* que posee.

Así las cosas, este tipo de sentencias no traen como consecuencia el inicio de un procedimiento legislativo dado que esta decisión de inconstitucionalidad carece de vinculatoriedad en estricto sentido jurídico, recayendo la coacción en los predios de la política, tal y como indicábamos más arriba. Será la hipotética presión de la opinión pública la que actúe con la mayor fuerza para lograr la actividad del legislador, amén del propio juego entre partidos (gobierno *versus* oposición). El órgano legislativo está obligado a legislar, pero semejante obligación no proviene de la sentencia del Tribunal sino del propio precepto constitucional no exigible por sí mismo. De persistir la ausencia de regulación nada parece obstar a que se pronuncie de nuevo el Tribunal Constitucional acerca de semejante omisión vulneradora de la Ley Básica, lo que acrecería el problema político.

Vital Moreira y Gomes Canotilho opinan que el sistema de la simple puesta en conocimiento al órgano legislativo es el instrumento más adecuado en función de su compatibilidad con la autonomía del poder legislativo y con la separación de los órganos de soberanía. Asimismo, afirman que este tipo de fiscalización carece de algún tipo de eficacia jurídica directa (65), lo cual quizá no sea del todo exacto si aceptamos un sentido un tanto lato del término eficacia.

(62) JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO: *Constituição dirigente...* *op. cit.*, pág. 334.

(63) *Ibidem*, págs. 335-336. Cfr. asimismo *Manual...* *op. cit.*, págs. 1091-1092.

(64) LUIS NUNES DE ALMEIDA: «El Tribunal Constitucional...», *op. cit.*, pág. 875.

(65) JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, VITAL MARTINS MOREIRA: *Constituição...* *op. cit.*, pág. 1049.

G) ¿Un derecho a la normación?

La Constitución, como documento jurídico obra del poder constituyente, vincula a los poderes jurídicos, sobre los que va a pesar el deber de llevar a cabo el desarrollo de la Ley Básica, la cual, por sus mismas funciones y caracteres, no puede agotar la regulación de todas las instituciones que recoge. De esta forma, junto al deber global de legislar tenemos un deber concreto originado en determinado precepto constitucional que requiere un complemento posterior. Ello, desde un punto de vista que acepte el carácter normativo de la Carta Magna, es indiscutible, aunque ahora no entremos en el tema de la distinción deber y obligación. El problema está en determinar si frente a actuación obligatoria del Poder Legislativo el ciudadano posee un derecho subjetivo a la normación, o sea, un derecho que le permita exigir la emanación de una ley a la que constitucionalmente se halla obligado el legislador.

Parece claro que la clásica caracterización del derecho subjetivo, cuyo más alto exponente quizá sea Jellinek, imbuida por la idea liberal de un poder frente al Estado, no resulta aplicable a casos como éstos, siendo necesarias nuevas perspectivas y postulados para analizar la procedencia de las pretensiones del ciudadano que se ve perjudicado por la ausencia de normativa de desarrollo constitucional. Nuestro objetivo en este momento es simplemente plantear la problemática, ya que cualquier intento de solución rebasaría la finalidad de este trabajo.

Incluso con anterioridad al período constitucional ya se había hablado del tema. En este sentido Gomes Canotilho, tratando la responsabilidad del Estado por actos ilícitos, se pregunta si existe un derecho subjetivo del particular, lesionado por inercia legislativa, frente a los órganos públicos. Finalmente reconoce que en ese momento no es posible residenciar semejante reclamación ante los tribunales (66). Años más tarde (67) este autor retoma la problemática plasmando las tradicionales argumentaciones del rechazo de un derecho a la emanación de normas: violación del principio de división de poderes; imposibilidad de un derecho objetivo a la normación; única relevancia práctica en los casos de violación de derechos fundamentales por omisión, en concreto por infracción del principio de igualdad; e imposibilidad de residenciar esta pretensión a la legislación ante los tribunales. Acto seguido muestra lo erróneo que resulta acudir a la noción clásica de derecho subjetivo para tratar de resolver la cuestión. Una posible solución para dar operatividad práctica a un derecho a la legislación podría venir de manos de una acción constitucional de defensa, que implica un derecho a obtener la declaración de inconstitucionalidad del procedimiento omisivo del legislador, aunque su alcance sería más bien restringido. También podría acudirse a un control abstracto de normas, asimismo con carencias en cuanto a su resultado, y a un control concreto (68). La necesidad de defensa de los derechos

(56) JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO: *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*, Livraria Almedina, 1974, págs. 163-164.

(57) JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO: *Constituição dirigente...*, *op. cit.*, págs. 339 y ss.

(58) *Ibidem*, págs. 345 y ss.

de los ciudadanos lleva a Gomes Canotilho a postular una institucionalización de formas democráticas (las ya aludidas acciones populares, iniciativa popular, peticiones colectivas) que refuercen la protección contra omisiones inconstitucionales (69). En un reciente estudio comparativo de este autor entre el Derecho luso y el brasileño, vuelve sobre la cuestión de un derecho a la emanación de normas, recogiendo el tradicional rechazo de tal derecho y la actual erosión de ese rechazo por exigencias del Estado Social y la fuerza de los derechos fundamentales (70).

Como propuesta de futuro, *lege ferenda*, la doctrina trata de incorporar al instituto de la omisión inconstitucional una específica dimensión en la protección de los derechos fundamentales, siguiendo, en cierto modo, la novedosa figura del *mandado de injunção* brasileño (71).

3. *La acogida jurisprudencial del instituto*

La traducción práctica de la figura no resulta de excesiva relevancia cuantitativa. La doctrina lo atribuye al contexto socio-político portugués y a la falta de predisposición de los órganos dotados de legitimación activa, sin duda también debida a la poca conveniencia política de entrar a valorar la inercia de los órganos de poder, en especial de la Asamblea Legislativa.

En la *primera etapa*, que se extiende como ya vimos de 1976 a 1982, nos encontramos con seis «pareceres» de la disuelta Comisión Constitucional, a saber:

— «Parecer» 4/77 de 8 de febrero (72), que versa sobre derechos de participación de las organizaciones de trabajadores y en el que se estima que no se produce inconstitucionalidad por omisión al existir en el momento de la fiscalización un proceso legislativo «destinado a dar exigibilidad a las normas constitucionales». El Consejo de la Revolución se adhirió a tal postura. Al margen de las reflexiones efectuadas con relación al caso en concreto, la Comisión, justificándose en que se trata del primer parecer sobre el tema, analiza, en la parte inicial de la resolución y de una forma un tanto exhaustiva, los requisitos del instituto en el Derecho portugués, siguiendo muy de cerca los postulados de Jorge Miranda, el cual formaba parte de dicha Comisión y desempeñaba un papel destacadísimo en su seno (73).

(69) JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO: *Manual...*, *op. cit.*, pág. 1092.

(70) JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO: «Tomemos a sério o silêncio dos poderes públicos. O direito à emanação de normas jurídicas e a protecção judicial contra as omissões normativas», en *As garantias do cidadão na Justiça*, SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA (coord.): Saraiva, São Paulo, 1993, págs. 351 y ss.

(71) «Uma espécie de recurso para o Tribunal Constitucional de decisões dos tribunais que denegassem direitos não regulamentados ou não concretizados legislativamente a té ao momento», JORGE MIRANDA: «Informática e inconstitucionalidade por omissão», *O Direito*, año 121, 1989, III, pág. 576.

(72) *Pareceres da Comissão Constitucional*, Vol. I, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, Lisboa, 1977, págs. 77 y ss.

(73) Los requisitos plasmados en este «parecer», como ya indicamos más arriba, coinciden textualmente con los expuestos por el profesor MIRANDA en su trabajo «Inconstitucionalidade por omissão», *op. cit.*, pág. 341.

— «Parecer» 8/77 de 3 de marzo de 1977 (74), referente a la participación en la reforma agraria. En esta decisión se concluye que sí existe una violación de la Carta Magna por falta de medidas legislativas necesarias para dar exigibilidad al artículo 104 de dicho texto, no sólo porque no existen medidas a partir de la fecha en que entró en funcionamiento el sistema de órganos de soberanía previsto en la Constitución (el 14 de julio de 1976), sino también porque las disposiciones anteriores a esa fecha no resultan suficientes. También resulta destacable que se mencione al Gobierno como el responsable secundario de la situación, tras la Asamblea Legislativa, habida cuenta la conformación de las funciones que en esta materia realiza el Texto Constitucional. El Consejo de la Revolución en este caso desatenderá la opinión de la Comisión y no formulará la recomendación sugerida por su órgano asesor.

— «Parecer» 11/77 de 14 de abril (75) sobre organizaciones de ideología fascista. En él, tras entender que la norma presuntamente vulnerada, el artículo 46.4, no es exigible por sí mismo, considera que no existen preceptos legales que le den tal exigibilidad y que la Constitución sí estará siendo efectivamente violada en el caso de que existan organizaciones de la ideología citada. Por todo ello, la Comisión, pese al disentimiento de algunos de sus miembros expresado en dos votos particulares («declaração de voto»), estima que el Consejo de la Revolución puede efectuar la recomendación pertinente a la Asamblea Legislativa, como realmente ocurrió mediante la resolución 105/77 de 27 de abril, siendo presidente del Consejo Antonio Ramalho Eanes.

— «Parecer» 9/78 de 14 de marzo (76) relativo a los trabajadores de servicio doméstico, en el que se entiende que el antiguo artículo 53.d), referido a determinados derechos de los trabajadores, resulta violado por omisión. El profesor Jorge Miranda disientirá de sus colegas en un voto particular: estimar que no es posible pasar, pese a la evidente relación que puede darse en algunas hipótesis, del conocimiento de la inconstitucionalidad por acción, objeto de lo pedido, al de la inconstitucionalidad por omisión, principalmente por preservar la discrecionalidad en la iniciativa del Consejo de la Revolución, inherente a la naturaleza política que la institución presentaba antes de la reforma de 1982. Días después el citado Consejo dictaba una resolución en la que efectuaba una recomendación al órgano legislativo para que dictase las medidas necesarias para dar exigibilidad al 53 d). Concretamente la resolución 56/78 de 31 de marzo.

— «Parecer» 35/79 de 13 de noviembre de 1979 (77). A raíz de un problema de acceso a la Universidad de un joven trabajador y estudiante, la Comisión cambiará la línea que había marcado con el parecer 9/78, expuesto con anterioridad, y no abordará la cuestión de la vulneración de la Carta Magna por la omisión de las medidas necesarias para conferirle exigibilidad porque el Consejo de la Revolución

(74) *Pareceres da Comissão Constitucional*. Vol. I, págs. 145 y ss.

(75) *Ibidem*, Vol. II, págs. 3 y ss.

(76) *Ibidem*, Vol. V, 1979, págs. 21 y ss.

(77) *Ibidem*, Vol. X, 1980, págs. 135 y ss.

no lo solicitó expresamente. Asimismo, tampoco entra en la constitucionalidad de ciertas normas por ya no estar vigentes. Un voto particular de Luis Nunes de Almeida se adscribe a la postura que se había adoptado en el citado parecer 9/78, estimando que debería haberse entrado en la posible inconstitucionalidad por omisión. El Consejo de la Revolución volverá a seguir la opinión mayoritaria de la Comisión.

— «Parecer» 11/81 de 12 de mayo (78), que atañe al acceso a la enseñanza de los trabajadores y de los hijos de los trabajadores. El punto de partida es la afirmación de que la Constitución prevé un régimen especial para el acceso de los trabajadores-estudiantes a la enseñanza universitaria [artículo 70.1.a)], régimen que se encuentra perjudicado por la existencia de tasas académicas. El tema se conecta así con la delicada y casi indisoluble problemática de los derechos sociales. La vigencia de diversas disposiciones que tratan de favorecer a los estudiantes con menos capacidad económica y la concienciación por el tema que en opinión de la Comisión Constitucional se da en los órganos competentes dan pie al rechazo de la inconstitucionalidad por omisión, aunque se reconoce que las medidas tomadas aún no presentan la suficiencia deseada. La opinión será suscrita posteriormente por el Consejo de la Revolución.

Como vemos sólo se produjeron dos recomendaciones a la Asamblea Legislativa (el «parecer» 11/77 originó la «resolução de recomendação» 105/77, de 27 de abril, y el «parecer» 9/78 dio lugar a la «resolução de recomendação» 56/78, de 31 de marzo) con el objeto de que dictase las prescripciones necesarias para posibilitar la exigibilidad de diversos artículos constitucionales. En ambos casos se siguió el parecer de la Comisión.

En la *segunda etapa*, que comienza en el año 1982, únicamente se han producido hasta el momento tres resoluciones referidas directamente al tema, resoluciones que ya son sentencias («acórdão») del Tribunal Constitucional y que ya tienen como punto de referencia el reformado artículo 283 de la Constitución. Pero antes de centrarnos brevemente en estas sentencias tenemos que indicar que el primer asunto planteado ante el Alto Tribunal, incoado por el «Provedor de Justiça», data de 1985 y se basa en la falta de efectividad del artículo 120.3 de la Constitución, que prevé una ley que regulará los crímenes de responsabilidad de los titulares de cargos políticos. La apertura del procedimiento que acabará con la ley 34/1987 de 16 de julio, sobre crímenes de responsabilidad de los titulares de cargos públicos, impedirá al Tribunal entrar en dicho asunto.

Como he dicho son tres las sentencias que abordan directamente la institución, sentencias a las que pasamos a referirnos:

— La primera es el «Acórdão» 182/89 de 1 de febrero (79), quizá la más importante sentencia en la materia, como ponen de relieve los comentarios doctri-

(78) *Ibidem*, Vol. XV, 1981, págs. 71 y ss.

(79) *Diário da República*. Primera Serie, núm. 51, 2 de marzo de 1989, págs. 922 y ss.

nales acerca del tema (80). La cuestión analizada es el derecho de los ciudadanos ante la utilización de la informática. El Tribunal realiza en el punto 2 del fallo un rápido relato de la evolución de la inconstitucionalidad por omisión en el Derecho portugués, recoge diversas obras doctrinales que abordan el tema, y analiza el precepto presuntamente vulnerado, previa exposición de la opinión de algún autor sobre los derechos relacionados con el mundo de la informática y de trabajos sobre el particular. El problema se encuentra en que tanto el párrafo segundo del artículo 35 de la Constitución, que es el analizado, como el párrafo cuarto prevén un desarrollo legislativo posterior. En el primer caso para establecer las excepciones a la prohibición general del acceso de terceros a ficheros con datos personales. En el segundo, para definir el concepto de datos personales a efectos de registro informático. Respecto al supuesto de las excepciones a la susodicha prohibición general, el Tribunal concluye que no existe inconstitucionalidad por omisión, aduciendo que no hay excepciones porque el legislador ordinario considera que no hay que establecerlas. Por contra, sí entiende que se produce vulneración de la Constitución por omisión en la falta de previsión legal que fije el concepto de datos personales, necesario para dar exigibilidad a la garantía consistente en la prohibición de acceso de terceros a los datos personales contenidos en soportes informáticos.

El eco que tuvo esta decisión queda patente en las siguientes palabras de Miranda: «Quando já alguns tenderiam talvez a proclamar que o instituto da fiscalização da inconstitucionalidade por omissão teria caído ou estaria na véspera de cair em desuso e de caducar, eis que surge este acórdão» (81).

— En segundo lugar tenemos el «Acórdão» 276/89 de 28 de febrero (82), relativo a los crímenes de responsabilidad de los titulares de cargos políticos. Con relación a tales crímenes el artículo 120.3 de la Constitución prevé una ley que los determine y que recoja las sanciones y los efectos. El Alto Tribunal ve aquí un auténtico encargo constitucional, una «imposición» claramente definida que no deja al legislador margen de libertad respecto a su decisión de intervenir, quedando su cumplimiento satisfecho una vez emitidas las correspondientes normas. Y esto ya ocurrió gracias a la aprobación de la Ley 34/87 de 16 de julio, aprobación que tuvo lugar con posterioridad al requerimiento del «Provedor de Justiça» con el que se incoaba el proceso. Por lo tanto, no se estimó omisión de las medidas legislativas necesarias para dar exigibilidad al 120.3.

— El último caso hasta el momento es el «Acórdão» 36/90 de 14 de febrero (83), que versa sobre las consultas directas a los ciudadanos en el ámbito local, previstas en el artículo 241.3 de la Constitución y disciplinadas por una hipotética ley futura. La existencia de varios proyectos de ley en este sentido lleva al Tribunal a desestimar

(80) CARLOS ALBERTO DE CARVALHO JORDÃO: «Inconstitucionalidade por omissão. Protecção...», *op. cit.*, págs. 7 y ss.

(81) JORGE MIRANDA: «Informática e inconstitucionalidade por omissão», *op. cit.*, págs. 569 y ss.

(82) *Diário da República*, Segunda Serie, núm. 133, 12 de junio de 1989, págs. 5747 y ss.

(83) *Ibidem*, Segunda Serie, núm. 152, 4 de julio de 1990, págs. 7311 y ss.

la inconstitucionalidad por omisión. Para ello trae a colación, en primer lugar, la postura de Jorge Miranda en el supuesto de que esté desencadenado un proceso legislativo que puede poner fin a la inercia legislativa y, en segundo lugar, que en esos momentos estaba ocurriendo una revisión constitucional que retrasaba indefectiblemente los trabajos parlamentarios. No todos los autores se mostraron de acuerdo con el razonamiento del Tribunal (84).

Al margen de estas sentencias, también se podrían mencionar algunas otras resoluciones que se refieren en uno u otro sentido al tema. Es el caso del «Acórdão» 9/83 de 26 de julio (85), en el que se archiva, por cuestiones de Derecho transitorio, un proceso sobre la eventual existencia de inconstitucionalidad por omisión que diera comienzo en la Comisión Constitucional, o el del «Acórdão» 55/85 de 25 de marzo (86), un proceso de fiscalización concreta de la constitucionalidad que no puede entrar, por eso mismo, en la vulneración de un artículo de la Carta Magna por omisión (el 32.1: «o proceso criminal asegurará todas as garantias de defesa»), a pesar de que el Tribunal en el punto 17 de la sentencia aluda a que puede efectivamente estarse produciendo semejante violación. Asimismo, también es mencionable el «Acórdão» 423/87 (87), que aborda el problema de la disciplina de religión católica en las escuelas públicas y que menciona el riesgo de violar el texto constitucional por omisión parcial en el caso de que se olvide a las demás confesiones, aunque, eso sí, teniendo en cuenta las circunstancias propias de cada una de ellas.

Para finalizar la exposición de la jurisprudencia recaída sobre la inconstitucionalidad por omisión, es forzoso subrayar de nuevo la escasa operatividad práctica que le ha dado no sólo la extinta Comisión Constitucional sino también el Tribunal Constitucional. Ello no deja de ser llamativo habida cuenta las posibilidades de la institución que estamos considerando, cuyo peso específico resulta acrecido por la existencia de un sistema político joven y democrático, que ansía aportar unas fuertes dosis de actuación social. Resulta en este momento procedente citar a Bacelar Gouveia: «As potencialidades que o instituto oferece desempenharão um papel importante nas novas encruzilhadas do Direito Constitucional português» (88). Pero la conveniencia política del concreto período histórico y los intereses contrarios de los órganos legitimados activamente pesaron y siguen pesando de tal manera que el instituto resulta, por momentos, asfixiado, a pesar de la positiva labor doctrinal en torno a destacar la importancia de su correcto funcionamiento. Incluso se ha llegado a afirmar que los órganos legitimados activamente «bem poderiam ser mais diligentes e activos na dinamização da correspondente competência», carencias que se

(84) JORGE BACELAR GOUVEIA: Comentario a la Sentencia 36/90 del Tribunal Constitucional, *O Direito*, abril-junio 1990, págs. 420 y ss.

(85) *Diário da República*, Segunda Serie, 28 de enero de 1984.

(86) *Ibidem*. Segunda Serie, 28 de mayo de 1985.

(87) *Diário da República*, Primera Serie, 26 de noviembre de 1987.

(88) JORGE BACELAR GOUVEIA: Comentario a la Sentencia 36/90 del Tribunal Constitucional, *op. cit.*, pág. 424.

tornan de mayor gravedad al faltar el desarrollo de diversos derechos fundamentales (89).

V. CONCLUSIÓN

Como es fácilmente perceptible, existen en el país vecino interesantísimos estudios y construcciones sobre la complicada y polémica institución de la inconstitucionalidad por omisión. Las reflexiones de sus autores, discordantes en varios aspectos entre sí, se muestran como elementos a tener en cuenta en cualquier análisis de la figura. Su regulación es un ejemplo de solución no demasiado dificultosa desde el punto de vista jurídico. Su jurisprudencia no ha podido o, quizá con mayor exactitud, no ha querido darle la proyección y el peso específico que en principio correspondía a este tipo de vulneración del Texto Fundamental. Como en tantas otras ocasiones, da la impresión de que los condicionamientos políticos han ganado la partida a los mecanismos jurídicos, lo cual es especialmente palpable cuando estos mecanismos son delicados por basarse más en la técnica del Derecho que en las servidumbres electorales al servicio del poder. Frente a ciertos sectores políticos que son muy poco proclives a la figura, la doctrina defiende su mantenimiento, «no para deslegitimar gobiernos y asambleas inertes, sino para asegurar una vía de publicidad crítica y procesal contra la Constitución no cumplida» (90).

El instituto, en definitiva, desborda interés y reclama un tratamiento serio y riguroso acorde con sus repercusiones y potencialidades en la circunstancia del imperio del Estado de Derecho. Esperamos que la visión del tema en el ordenamiento portugués haya servido para despertar el interés de la conciencia jurídica del lector y le haya hecho reflexionar un tanto sobre las deficiencias y las taras de nuestro actual sistema, basado en un Estado Social y Democrático de Derecho que presenta importantes avances pero al que todavía le falta una auténtica y enraizada consolidación. No debemos conformarnos con lo ya conseguido y aletargarnos ante unos mecanismos que aún no satisfacen las elevadas exigencias de nuestra evolucionada época. Y ello no puede ser de otro modo porque «sólo merece la libertad y la vida el que cada día sabe conquistarlas» (91).

(89) JORGE MIRANDA: «Informática e inconstitucionalidade por omissão», *op. cit.*, pág. 576.

(90) JOSÉ JOAQUIM GOMES CANTILHO: «¿Revisar la/o romper con la Constitución dirigente?», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 43, enero-abril 1995, pág. 19.

(91) RUDOLF VON IHERING: *La lucha por el Derecho*, Civitas, Madrid, 1985, pág. 136.

