

LA INCIDENCIA POSITIVA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN EL PODER LEGISLATIVO

Por ANGELA FIGUERUELO BURRIEZA

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.—II. EL RECURSO PREVIO DE INCONSTITUCIONALIDAD.—III. EL CONTROL DE LOS VICIOS DEL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO: 1. *Actos que son impugnables*. 2. *Legitimación en sede constitucional*. 3. *Vicios que pueden ser apreciados por el Tribunal Constitucional*.—IV. LAS OMISIONES DEL LEGISLADOR Y SU POSIBLE CONTROL: 1. *Concepto de omisiones del legislador*. 2. *Posibilidades del Tribunal Constitucional de sancionar las omisiones legislativas*.

I. INTRODUCCION

La Constitución crea y regula los poderes del Estado. También contempla los derechos y libertades fundamentales, así como los límites al ejercicio del poder. Todos los preceptos en ella recogidos tienen fuerza vinculante respecto de los ciudadanos y de los poderes públicos (art. 9.1 CE). Para que esto sea así ha sido necesario que frente a cualquier estado de privilegios que se daba en el Antiguo Régimen naciera la nueva concepción del Estado de Derecho, cuyo lema principal ha sido la sustitución de un Gobierno de los hombres por un gobierno de las leyes. La Constitución será la norma que sirve de instrumento para convertir la arbitrariedad del poder de un gobierno de los hombres en un poder jurídico y racionalizado, característico del gobierno de las leyes.

Pero la Constitución no sólo es una norma, sino que es la ley superior de todo un ordenamiento, porque establece el sistema de fuentes conforme el cual han de dictarse las leyes para su validez, colocándose, como *norma normarum* que es, a la cabeza de todas esas fuentes de producción. Y como

además configura un sistema entero que en ella se basa, tiene carácter de *Lex Perpetua* frente a la transitoriedad de cualquier ley ordinaria, que se ocupa solamente de regular aspectos concretos de la realidad.

Las ideas previamente esbozadas implican la necesidad de distinguir entre un poder constituyente, del que emana la Constitución, y los poderes constituidos por ella, que son creadores de normas ordinarias. Esta distinción es a la vez presupuesto y resultado del principio de supremacía constitucional, que nace en el momento revolucionario francés y que se garantiza reconociendo a la Constitución una supralegalidad formal frente a las normas ordinarias, exigiendo para su aprobación y reforma un procedimiento más complejo y difícil.

También frente a las normas ordinarias es necesario reconocer a la Constitución una supralegalidad material, ya que dichas normas, para su validez, han de respetar no sólo el sistema formal de producción que la Constitución establece, sino también el conjunto de valores o límites que en la misma se señalan. De no ser esto así, en caso de conflicto entre la Constitución y una ley ordinaria, y en virtud del carácter de norma suprema de la Constitución, prevalecerá el mandato de la norma constitucional (1).

Y puesto que una cosa es el principio de supremacía de la Constitución y otra distinta el conjunto de mecanismos a través de los cuales se procede a su defensa, conviene aludir a aquellas instituciones, como el procedimiento de reforma (2) o la justicia constitucional, «a través de las cuales el Estado trata de garantizar el ordenamiento constitucional frente a los peligros que lo amenazan desde dentro» (3).

La Constitución española de 1978 ha dedicado a estos temas los títulos X y IX, respectivamente. Conviene destacar de ellos la especial rigidez que caracteriza a nuestro procedimiento de reforma y la amplitud garantista que

(1) «La supremacía podría ser entendida como una cualidad política de toda Constitución, en cuanto que ésta es siempre (al margen de cualquier consideración ideológica) un conjunto de reglas que se tienen por fundamentales, es decir, por esenciales, para la perpetuación de la forma política. La supralegalidad no es más que la garantía jurídica de la supremacía, y en tal sentido toda Constitución (en sentido lato) tiene vocación de transformar la supremacía en supralegalidad. Pero esa vocación se presenta como irresistible (salvo muy raras excepciones) en las Constituciones auténticas, es decir, en aquellas que así, en sentido estricto, deben ser calificadas, pues en tales Constituciones la pretensión de legitimidad que la supremacía encierra sólo puede operar a través de la supralegalidad.» Así lo entiende M. ARAGÓN REYES: *Sobre las nociones de supremacía y supralegalidad constitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1986, pág. 22.

(2) Sobre este tema es obligada la consulta de la monografía de P. DE VEGA GARCÍA: *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1986.

(3) Cfr., al respecto, H. J. FALLER: *Defensa constitucional en la República Federal Alemana*, «Revista de Estudios Políticos» (Nueva época), núm. 7, Madrid, 1979, págs. 59 y sigs.

se pretende con el sistema de justicia constitucional que se configura. Así, no sólo se establecen mecanismos para el control de constitucionalidad de normas con rango de ley, sino que también se amparan los derechos fundamentales y se resuelven aquellos conflictos de competencias, consecuencia de la descentralización territorial del poder del Estado. Pero, además, nuestra Constitución [art. 161.1.d)] prevé una cláusula abierta por medio de la cual, a través de una ley orgánica, se pueden ampliar —que no restringir— las competencias del Tribunal Constitucional.

Después de más de doce años de funcionamiento del supremo intérprete de la Constitución —art. 1.1 de la LOTC— podemos decir que disponemos de un amplio cuerpo jurisprudencial en el que aparecen tratados y resueltos los problemas clave que puede presentar un Estado que nace a la democracia después de unas décadas de régimen dictatorial y que por ello debe proceder a la readaptación de sus instituciones y de todo su ordenamiento jurídico.

Para realizar esta tarea el Tribunal Constitucional español, a través de las competencias de que se le ha dotado, procura controlar las actuaciones de los poderes públicos —en cuanto poderes constituidos—, sometidos al mandato constitucional (arts. 9.1 y 53.1 de la CE). De este modo, la función legislativa será controlada bien de forma directa [art. 161.1.a) CE], a través del recurso de inconstitucionalidad, bien de forma indirecta (art. 163 CE), a través de la cuestión de inconstitucionalidad y por medio de los procedimientos de inconstitucionalidad previstos en los artículos 55.2 de la LOTC y 161.2 de la CE. En todas estas actuaciones la incidencia del Tribunal Constitucional será, en palabras de Kelsen, en calidad de legislador negativo: «El Tribunal Constitucional, al aplicar la Constitución a un acto de producción legislativa y al proceder a la anulación de una norma inconstitucional, no produce, sino que anula una norma, realiza el acto contrario a la producción jurídica, es decir, que actúa como legislador negativo.»

En este sentido las diferencias que separan las funciones de uno y otro órgano se desprenden claramente de la normativa constitucional, e incluso en algunas ocasiones el Tribunal Constitucional se ha preocupado de resaltarlas en su jurisprudencia (4). Así, la función general que se le encomienda consiste en establecer el significado de un texto y comprobar su adecuación al contenido de la Constitución. En cambio, es función que compete al legislador confeccionar una regulación de las condiciones de ejercicio del Derecho.

(4) Cfr., al respecto, la temprana sentencia de 11 de abril de 1981, que dice: «En un plano hay que situar las decisiones políticas y el enjuiciamiento político que tales decisiones merezcan, y en otro plano distinto la calificación de inconstitucionalidad, que tiene que hacerse con arreglo a criterios estrictamente jurídicos.»

Ahora bien: si esto es así desde un planteamiento dogmático, un análisis de la experiencia española y de los modelos europeos más próximos a nosotros pone de manifiesto que cada vez son más abundantes los supuestos en que el Tribunal Constitucional amplía el ámbito de sus funciones, incidiendo positivamente en la tarea del legislador, ya sea actuando como colegislador o introduciendo en su jurisprudencia controles de mérito u oportunidad (5).

Asistimos, como bien señala Stern, a un proceso en el que se diluyen los límites entre la función del legislador y la del Tribunal Constitucional, y que sin duda encuentra su fundamento en las transformaciones del constitucionalismo del Estado social de Derecho, que atribuye a los textos constitucionales una función transformadora (6).

En este sentido anteriormente expuesto suelen aparecer en los ordenamientos constitucionales un conjunto de acciones y reacciones colaborativas o conflictivas entre el Tribunal Constitucional y el órgano legislativo por las cuales aquél es llamado a intervenir a la hora de fijar la opción legislativa definitiva, que va más allá del proceso legislativo parlamentario, en sentido estricto. Aunque en estos supuestos el Tribunal no crea directamente las normas, sí colabora con los órganos legislativos y con frecuencia prefigura su opción (7). Ejemplo claro de un instrumento de colegislación en manos del Tribunal Constitucional es nuestro desaparecido recurso previo de inconstitucionalidad introducido por el artículo 2 de la LOTC.

Pero además encontramos en la casuística de la jurisprudencia constitucional española otros dos supuestos que, sin estar previstos de forma expresa en nuestro ordenamiento, permiten, a través de las distintas técnicas de inconstitucionalidad al efecto, controlar dos ámbitos que en principio no podrían ser objeto de conocimiento del Tribunal y que, si bien plantean dificultades dogmáticas para ser admitidos, amplían sensiblemente las competencias del Tribunal Constitucional por vía jurisprudencial y con ello las facultades de incidencia positiva en la función del legislador: se trata del control de los vicios del procedimiento legislativo y del control de las posibles omisiones inconstitucionales del legislador.

(5) Cfr. P. CARETTI y E. CHELI: *L'influenza dei valori costituzionali sulla forma di governo: il ruolo della giustizia costituzionali*, en la obra colectiva *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, a cargo de A. Pizzorusso y V. Varano, Milán, 1985, vol. II, págs. 1201 y sigs.

(6) Cfr. K. STERN: *Staatsrecht*, vol. I, pág. 959, citado por K. SCHLAICH en *Tribunales Constitucionales y derechos fundamentales*, Madrid, CEC, 1984.

(7) Cfr. G. ZAGREBELSKI: *La Corte Costituzionale e il legislatore*, citado por L. AGUIAR DE LUQUE: *El Tribunal Constitucional y la función legislativa: El control del procedimiento legislativo y de la inconstitucionalidad por omisión*, «Revista de Derecho Político», núm. 24, Madrid, 1987, pág. 12.

II. EL RECURSO PREVIO DE INCONSTITUCIONALIDAD

Al aludir a este recurso estamos haciendo referencia a la posibilidad de que el Tribunal Constitucional ejercite su función antes de que finalice el procedimiento legislativo, condicionando a su sentencia la tramitación posterior del mismo y la perfección de los proyectos y proposiciones de ley. Es evidente que esta competencia del Tribunal Constitucional implica un componente político, porque el acto de recurrir opera como una suerte de condición suspensiva que paraliza el procedimiento legislativo y la sentencia tiene el carácter de un dictamen admonitorio sobre la ulterior reapertura del propio procedimiento legislativo.

Por ello la regulación que debe hacerse del recurso previo resulta especialmente problemática. Las claves para una acertada regulación jurídica de este instituto se encuentran en el momento y en los plazos de intervención del Tribunal, en el carácter suspensivo o no del recurso y en la naturaleza jurídica de su resolución. Esos problemas, no obstante, desaparecen cuando el recurso —al no ser previo— se plantea con posterioridad a la publicación de la ley, una vez finalizado el procedimiento legislativo.

Es preciso resaltar que el constituyente español optó por un control *a posteriori* de la constitucionalidad de las normas (art. 33 LOTC). A este control estableció expresamente una excepción en el artículo 95 de la CE: el control previo de los Tratados Internacionales. Pero introdujo una cláusula en blanco [art. 161.1.d)] por la que, de forma constitucional, se pudo ampliar ese recurso previo al campo de los Estatutos de Autonomía y de las leyes orgánicas (art. 79 de la LOTC) (8).

La doctrina ha calificado de error la introducción de un recurso semejante (9). Con todo, no podemos en un trabajo de esta naturaleza hacer un tratamiento *in extenso* de sus inconvenientes o posibles ventajas, pero interesa

(8) P. DE VEGA GARCÍA: *Comentario al título IX de la CE, en Constitución española*, edición comentada, Madrid, 1979, págs. 337 y sigs., mantiene que esa cláusula en blanco supone una relativa desconstitucionalización de las funciones del TC.

Por su parte, la previsión del artículo 95 de la CE —desarrollada en el art. 78 de la LOTC— ha sido utilizada recientemente a requerimiento del Gobierno, obteniendo del Alto Tribunal la Declaración de 1 de julio de 1992 (Pleno), por la cual el artículo 8.b), apartado 1, del TCCEE, en la redacción que resultaría del artículo 6.B.10 del Tratado de la Unión Europea, se considera contrario al artículo 13.2 de la CE, y su adecuación, previa a la firma del Tratado, exige la reforma de este precepto por el procedimiento que establece el artículo 167 de la CE.

(9) Cfr. J. PÉREZ ROYO: *Crónica de un error: el recurso previo de inconstitucionalidad contra leyes orgánicas*, «Revista Española de Derecho Constitucional», núm. 17, Madrid, 1986. También, P. CRUZ VILLALÓN: *El control previo de constitucionalidad*, «Revista de Derecho Público», núm. 82, Madrid, 1981.

señalar que tres son principalmente los aspectos más destacados de esta corta experiencia —el recurso en cuestión fue derogado por la LO 4/85, de 7 de junio (10)—: a) la utilización desviada del recurso previo como forma de obstrucción parlamentaria; b) la falta de coordinación entre el procedimiento legislativo y el ejercicio de esta técnica de control constitucional, y c) la transformación del Tribunal Constitucional en una suerte de «colegislador», a tenor de que el momento de su intervención y el carácter vinculante de su resolución provocaban una cierta distonía en su esfera funcional y en el procedimiento de toma de decisiones legislativas.

En relación a este tercer aspecto nos interesa destacar que la intervención del Tribunal suponía un veto suspensivo del procedimiento legislativo, que se volvía a abrir una vez que el recurso había sido resuelto mediante sentencia por el Tribunal Constitucional. Si dicha sentencia era estimatoria conllevaba un nuevo momento de intervención del Parlamento en el cual la voluntad de las Cámaras debía fijarse de forma definitiva. Pero lo cierto es que esa voluntad no era autónoma, sino que estaba condicionada por la previa decisión del Tribunal (11).

A este respecto conviene decir que, a pesar de que el texto del artículo 79 de la LOTC se esforzaba en separar el recurso previo del «*iter* parlamentario», en la práctica la finalidad de la sentencia del Tribunal Constitucional no era restablecer, como en el recurso de inconstitucionalidad sucesivo, sino disponer, establecer o predeterminar una voluntad concreta del órgano legislativo. Si bien la decisión final sobre el proyecto de ley orgánica —o, en su caso, Estatuto de Autonomía— correspondía plenamente a las Cámaras, el contenido de la decisión parlamentaria, una vez conocida la sentencia estimatoria, ya no era libre en cuanto a sus fines. La sentencia adquiría el carácter de un dictamen admonitorio, de un acto constitutivo, que, *ope legis*, predeterminaba el contenido final de la ley, que libremente había sido establecido por la representación popular a lo largo del *iter legis*. Si además tenemos en

(10) La citada Ley Orgánica fue a su vez impugnada en inconstitucionalidad y las dudas sobre la misma fueron resueltas por la STC 66/85, de 23 de mayo. En el Preámbulo de dicha Ley Orgánica se señala: «... este recurso previo se ha configurado como un factor distorsionador de la pureza del sistema de relación de los poderes constitucionales del Estado, con consecuencias inesperadas y metaconstitucionales en la última fase de procedimiento de formación de la ley... El Tribunal Constitucional, por su parte, órgano jurisdiccional, y, por tanto, alejado de los avatares políticos de la práctica parlamentaria, se ve lanzado a una función que no responde al sistema de relación de poderes que la Constitución establece, interviniendo en el procedimiento de formación legislativa aun antes de que la voluntad parlamentaria se haya configurado definitivamente».

(11) Cfr. A. SÁNCHEZ DE VEGA GARCÍA: *Acerca del recurso previo de inconstitucionalidad*, «Revista de las Cortes Generales», núm. 23, Madrid, 1991, págs. 68 y sigs.

cuenta los efectos *erga omnes* que se desprenden de las sentencias de inconstitucionalidad, es difícil que el Tribunal, a sabiendas de las ventajas que toda depuración previa tiene para el ordenamiento jurídico, resista a la tentación de vincular al Parlamento en una determinada interpretación u orientación *pro futuro* del contenido del proyecto de ley impugnado, invadiendo de este modo la esfera de la autonomía de las Cámaras (12).

En diversas ocasiones nuestro Tribunal Constitucional indicó al legislador una determinada regulación de los preceptos recurridos, bajo fórmulas de remisión genérica o específica a los fundamentos jurídicos de la sentencia (13). En estos casos podía apreciarse la contradicción entre el principio de autonomía de las Cámaras a la hora de determinar el contenido de la futura ley y el artículo 79 de la LOTC, que permitía la prosecución del procedimiento legislativo solamente cuando hubiesen sido modificados los preceptos infringidos. Ahora bien, si las Cámaras, reivindicando su autonomía legislativa, desatendieran las indicaciones de la sentencia, los nuevos preceptos se verían expuestos a una probable declaración de inconstitucionalidad por otra vía.

Sucede, pues, que las sentencias resolutorias de recursos previos presentaban peculiaridades respecto al resto de las sentencias de inconstitucionalidad. No eran «sentencias creativas» en todo su significado porque el procedimiento legislativo no estaba terminado y no se creaba *per se* una norma. Así, en la sentencia se expresaban un conjunto de principios obligatorios para el legislador (sentencia-delegación) o se introducía la obligación de reproducir en el texto de la ley orgánica impugnada la norma predeterminada por el propio Tribunal Constitucional, en cuyo caso se trataba de una especie de iniciativa legislativa vinculante para el propio Parlamento (14).

Así las cosas, es evidente que el Tribunal desempeñaba una función más

(12) Buena prueba de ello son los seis recursos previos de inconstitucionalidad (exceptuando el de la LOAPA) que en menos de dos años se plantearon: RPI 132/83, contra el proyecto de modificación de algunos artículos sobre elecciones locales; RPI 300/83, contra el proyecto de despenalización de determinados supuestos de interrupción del embarazo; RPI 863/83, sobre incompatibilidades de parlamentarios; RPI 180/84, sobre el derecho a la educación; RPI 584/84, sobre el proyecto de ley orgánica de libertad sindical, y RPI 872/84, contra el propio proyecto de ley de supresión del recurso previo de inconstitucionalidad.

(13) Cfr. el fallo «primero», apartados a), b) y c), de la STC 76/83, de 5 de agosto; el fallo de la STC 53/85, de 11 de abril, y el fallo de la STC 98/85, de 29 de julio.

(14) Cfr. M. ALBA NAVARRO: *El recurso previo de inconstitucionalidad contra proyectos de ley orgánica*, «Revista de Derecho Político», núm. 16, 1982-83. Un ejemplo claro de esas *sententze-delega* lo tenemos en la STC 53/85, referida al recurso previo sobre la reforma del artículo 417 del Código Penal, relativo al delito de aborto, decidida por el voto de calidad del presidente y acompañada del *dissent* de seis magistrados. A ese intento de producir legislación

próxima a la legislativa que a la jurisdiccional y la sentencia dictada en un recurso previo de inconstitucionalidad era un acto que, por su carácter vinculante y por enmarcarse en el proceso de formación de la ley, asumía de éste su misma naturaleza legislativa (15).

Desaparecido el recurso previo, no se cancelan las posibilidades de participación activa del Tribunal en la potestad legislativa. A ello contribuye que nuestra Ley Fundamental es un texto abierto al futuro, con gran variedad de disposiciones materiales, con derechos fundamentales directamente aplicables, con un amplio reconocimiento de derechos sociales y del principio de igualdad, que favorecen el protagonismo del Tribunal en la labor legislativa (16).

III. EL CONTROL DE LOS VICIOS DEL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO

Sin duda, uno de los problemas más importantes en relación con la motivación de las sentencias constitucionales consiste en saber qué «vicios» permiten fundamentar la decisión de que una ley o un acto cualesquiera son inconstitucionales. No hay problema en aceptar como tales el reconocimiento de los dos motivos de inconstitucionalidad más frecuentes: 1) la inconstitucionalidad material o sustantiva, que consiste en la inadecuación entre el acto sometido a control y el contenido sustantivo de algún mandato constitucional, y 2) el vicio de inconstitucionalidad por defecto de competencia que se produce cuando un órgano actúa *ultra vires* de sus atribuciones constitucionales e invade con ello atribuciones ajenas (17).

El tema comienza a ser mucho menos pacífico cuando se trata de la posibilidad de apreciar la inconstitucionalidad de una ley por vicios de forma, es decir, por defectos producidos a lo largo de su procedimiento de elaboración parlamentaria. El fundamento de toda esta problemática se encuentra en que topamos con el delicado problema de la posibilidad de control sobre los

vinculada alega el voto particular del magistrado TOMÁS Y VALIENTE: «La jurisdicción constitucional es negativa, puede formular exclusiones o vetos sobre los textos a ella sometidos; lo que no puede decirle al legislador es lo que debe añadir a las leyes para que sean constitucionales. Si actúa así, y así ha actuado en este caso este Tribunal, se convierte en un legislador positivo.»

(15) Cfr. M. CAPPELLETTI: *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milán, 1978.

(16) Cfr. L. AGUIAR DE LUQUE: *El Tribunal Constitucional y la función legislativa...* cit., pág. 13.

(17) Cfr., en este sentido, A. GARRORENA MORALES: *La sentencia constitucional*, «Revista de Derecho Político», UNED, núm. 11, Madrid, 1981, págs. 11-12.

interna corporis acta, posibilidad rechazada por la doctrina tradicional y también por los propios Parlamentos (18).

No obstante, cuando allá por los años veinte Kelsen escribe su ensayo sobre la justicia constitucional pone de relieve lo siguiente: «Dada la importancia extrema que tiene la anulación de una norma general y en particular de una ley, cabe preguntarse si no sería oportuno autorizar al Tribunal Constitucional a anular un acto por vicio de forma, es decir, por irregularidades en el procedimiento, únicamente si este vicio es particularmente importante, esencial, siendo mejor dejar a la entera libertad del Tribunal la apreciación de ese carácter, porque no es bueno que la Constitución trace por sí misma de forma general la difícilísima distinción entre vicios esenciales y no esenciales» (19).

Ahora bien, la puesta en práctica de estas ideas conlleva serias dificultades. De ello se han ocupado con profusión la doctrina alemana e italiana y recientemente, a raíz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la doctrina española (20). Los autores consultados se preocupan de poner de manifiesto el riesgo de transformar el control de regularidad constitucional en un control de oportunidad política que no es compatible con la naturaleza de la jurisdicción constitucional. Más aún, puede desembocar en el control de una metodología óptima en la legislación, imponiendo al legislador una racionalidad controlable jurisdiccionalmente en la preparación y adopción de su decisión, similar a la que rige en el procedimiento administrativo (21). Indudablemente esto chocaría con la configuración de la función legislativa como innovadora, no programada y discrecional (STC de 11 de abril de 1981).

Al lado de este riesgo la doctrina objeta también frente al control jurisdiccional de los vicios de procedimiento el cuestionamiento de la autonomía parlamentaria que supone el control en sede constitucional de los *interna corporis acta* (22).

Sin embargo, aun aceptando los riesgos que dicho control comporta, no puede sostenerse una objeción de principio a dicha posibilidad ni en las

(18) G. TRUJILLO FERNÁNDEZ, en su obra *Dos estudios sobre la constitucionalidad de las leyes*, La Laguna, 1970, indica que «la cuestión de la adecuación constitucional de los actos normativos puede plantearse desde una perspectiva tanto formal como material».

(19) Cfr. H. KELSEN: *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*, en *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Madrid, 1988, págs. 143-144.

(20) Cfr., en este sentido, la monografía de P. BIGLINO CAMPOS: *Los vicios en el procedimiento legislativo*, Madrid, CEC, 1991, y la bibliografía allí citada.

(21) Cfr., al respecto, L. AGUIAR DE LUQUE: *El Tribunal Constitucional y la función legislativa...*, cit., pág. 15.

(22) Cfr., entre nuestra doctrina, la opinión de L. M. CAZORLA PRIETO: *Las Cortes Generales: ¿Parlamento contemporáneo?*, Madrid, 1985, pág. 105.

democracias parlamentarias en general ni en el ordenamiento español en particular. Quizá, como mantiene Garrorena, lo más acertado sea «sentar como presupuesto la controlabilidad de todos los *interna corporis* y a partir de aquí iniciar una ponderada y prudente construcción jurisprudencial que depure progresiva y casuísticamente —con la riqueza de lo que está vivo y no con la comodidad de las presunciones globales— qué vicios de forma deben ser, son efectivamente esenciales, invalidantes... y cuáles no» (23).

La afirmación precedente se apoya en el constitucionalismo del Estado social en el concepto de una Constitución como norma suprema, que conlleva la degradación del concepto de ley y la subordinación del órgano parlamentario a la misma a la hora de elaborar las leyes. En la actualidad el Derecho parlamentario se ha constitucionalizado y de este modo las disposiciones de la Constitución regulan los procesos de decisión de los órganos constitucionales en general y del Derecho parlamentario en particular. Si a ello añadimos la introducción de elementos materiales en el concepto de ley que recoge nuestra Constitución, entenderemos la importancia que adquieren los elementos formales en el proceso legislativo, no pudiendo quedar marginados del control de constitucionalidad.

Sucede, además, que la autonomía parlamentaria como principio rector del Derecho parlamentario tenía su razón de ser en un sistema político-constitucional presidido por la tensión dialéctica legislativo-ejecutivo o como conquista histórica de un ámbito de no injerencia de la Corona en el funcionamiento de la institución parlamentaria. Actualmente en los Estados democráticos parlamentarios y pluralistas el Derecho parlamentario está presidido por la dialéctica de las relaciones mayoría-minoría y su fundamento no puede seguir siendo la garantía de unos ámbitos exentos de las interferencias del ejecutivo, sino la realización del valor superior del pluralismo (art. 1.1 CE), la garantía de los derechos de las minorías y la publicidad de los debates (24).

Partiendo del excursus previo podemos sostener que, en principio, son controlables en sede constitucional los vicios del procedimiento legislativo. El problema se plantea, sin embargo, a la hora de fijar los límites a dicho control para no vaciar del todo el principio de la autonomía e independencia parlamentarias (25). La solución a este problema pasa por conocer qué clase

(23) Cfr. A. GARRORENA MORALES: *La sentencia constitucional*, cit., pág. 14.

(24) E. STEIN: *Derecho político*, Madrid, 1973, pág. 53. También F. RUBIO LLORENTE ha señalado que «el concepto de ley que nuestra Constitución exige ha de construirse con elementos materiales y formales» (*Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley*, en VV. AA.: *Las fuentes del Derecho*, Barcelona, 1983).

(25) De esta forma se expresa el TCE en su auto 183/84, de 21 de marzo: «Característica propia de los órganos constitucionales es la independencia, y el aseguramiento de ésta obliga a

de normas pueden ser utilizadas como parámetro para determinar la invalidez formal de la ley. Y así, frente a quienes opinan que este efecto se produce solamente cuando se infringen normas de rango constitucional, no faltan quienes mantienen que las Cámaras están obligadas también por el propio Reglamento, por lo que el incumplimiento de dicha norma puede a su vez producir la nulidad.

Optando porque sólo las infracciones constitucionales puedan ser objeto de control, nos encontramos, como bien señalara Kelsen (26), con que únicamente una pequeña parte de los preceptos que regulan el procedimiento legislativo se encuentran en la Constitución. El resto se contemplan en los Reglamentos de las Cámaras y permitirían —al no ser éstos objeto de control— que la mayor parte del procedimiento legislativo resultara de libre disponibilidad para el Parlamento. Ahora bien, tampoco se puede mantener que todas las normas del Reglamento parlamentario tienen la misma fuerza obligatoria. La dificultad aparece a la hora de determinar cuáles son las que resultan indisponibles y cuya infracción provoca la invalidez de la ley.

Las dos posibles soluciones al problema, que previamente se han esbozado, tienen en común que intentan resolver la cuestión de los vicios del procedimiento legislativo sin antes tener en cuenta la naturaleza jurídica y la finalidad que cumplen en el conjunto del ordenamiento tanto las normas que regulan el procedimiento, y que pueden ser infringidas —el Reglamento parlamentario y la propia Constitución—, como la que, por su procedimiento de elaboración, podría ser la infractora (la ley) (27).

La composición actual de los Parlamentos y el carácter pluralista de la sociedad a la que representan exige revisar la concepción de la ley como expresión de la voluntad general, en la medida en que la voluntad del legislador ha dejado de ser un todo coherente y unitario. En los ordenamientos contemporáneos la ley es un acto ordinario a través del cual los sujetos a los que pertenece la soberanía y su ejercicio participan en este proceso político gene-

entender que, si bien sus decisiones, como sujetos que están a la Constitución y las leyes, no están exentas del control jurisdiccional, sólo quedan sujetos a este control cuando afecten a relaciones externas del órgano o se concreten en la redacción de normas objetivas generales susceptibles de ser objeto de control de constitucionalidad, pero ello sólo, naturalmente, a través de las vías que para ello se ofrecen.» Este auto ha sido extensamente comentado por L. MARTÍN RETORTILLO BAQUER: *El amplio margen de libertad en el uso de los privilegios parlamentarios y su incidencia sobre los derechos fundamentales*, «Revista Española de Derecho Constitucional», núm. 11, Madrid, 1984, págs. 121 y sigs.

(26) Cfr. H. KELSEN: *Teoría general del Estado*, México, 1975, pág. 446.

(27) Cfr. P. BIGLINO CAMPOS: *Los vicios en el procedimiento legislativo*, en el volumen colectivo *El Parlamento y sus transformaciones actuales*, Madrid, Tecnos, 1990, págs. 198-199.

ral, que coordina el mayor número de intereses particulares. Este concepto de ley prescinde de la generalidad como requisito de su origen y de su objeto: esa generalidad permanece únicamente como exigencia del procedimiento en el que deben participar la totalidad de los sujetos políticos (28).

De esta forma, el procedimiento legislativo aparece como el medio que, en la actualidad, permite al Parlamento aproximarse al viejo mito de alcanzar la verdad a través de la elaboración de la ley entendida como norma de integración política. Ello obliga a no reducir las causas de invalidez a la existencia de contradicciones entre el contenido de la ley y la Constitución, sin tener en cuenta la forma en que es elaborada. Así las cosas, surgirá un vicio invalidante cuando se produzca una ruptura en el proceso de integración, imponiendo que los distintos intereses representados en un Parlamento puedan ser manifestados y con ello alcanzar la unificación (29).

Por lo que se refiere a las relaciones entre el Reglamento parlamentario y la propia Constitución, nos enfrentamos a un tema donde no encontramos soluciones generales. Ha de ser la casuística propia de nuestro ordenamiento la que arroje luz al tema, ya que no son adoptables las experiencias foráneas (30).

El Tribunal Constitucional español ha tenido ocasión de pronunciarse

(28) Cfr. G. ZAGREBELSKY: *Manuale di diritto costituzionale*, vol. I, Turín, 1987, páginas 154-155.

(29) En nuestro ordenamiento, I. DE OTTO se ha preocupado de estudiar cómo es el principio democrático el que, a pesar de su imprecisión configuradora, explica la posición de preferencia de la ley en relación a otras normas y su subordinación a la Constitución a través de la justicia constitucional. Además, la garantía que supone su procedimiento de elaboración, que se asienta sobre la publicidad, la contradicción y el debate, justifica que determinadas materias le estén reservadas. Cfr. *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 1987, págs. 140 y sigs.

(30) Así, en Francia el Reglamento de la Cámara está sometido al bloque de la constitucionalidad, compuesto por la Constitución, leyes orgánicas y actos del Gobierno con fuerza de ley (cfr. D. LÓPEZ GARRIDO). En Alemania se configura el Reglamento parlamentario como norma subordinada a la Constitución y a la ley (cfr. DARANAS). En BJC, núm. 30, págs. 1227 y sigs. En Italia, donde la doctrina se ha ocupado con más detenimiento del tema, la Corte Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse defendiendo una discutida postura. Así, en las sentencias 3 y 57 de 1957 asumió como competencia propia el control de la observancia de las normas incluidas en la Constitución para la válida formación de una ley. Posteriormente, en la sentencia 9/59 negó la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de la ley por incumplimiento en su tramitación del procedimiento prescrito en el Reglamento. Últimamente, en la sentencia 154/85 ha considerado que los Reglamentos no están sometidos al control de constitucionalidad. Un comentario a esta doctrina puede verse en I. TORRES MUÑOZ: *El control jurisdiccional de los actos parlamentarios. La experiencia italiana*, «Revista Española de Derecho Constitucional», núm. 17, Madrid, 1986, págs. 189-239.

sobre el tema en la sentencia 101/83, de 18 de noviembre, donde, en su fundamento jurídico 3.º, señala:

... Los Reglamentos de las Cámaras se encuentran directamente incardinados a la Constitución (arts. 72, 79 y 80, entre otros), siendo el contenido de tales normas regular, con sujeción a la Constitución, su propia organización y funcionamiento, en el que ha de incluirse lógicamente la constitución del órgano como tal. De aquí que, desde una perspectiva constitucional, a la que debe ceñirse exclusivamente el enjuiciamiento de este Tribunal, no pueda negarse que los reglamentos de las Cámaras, dada la función que cumplen en el sistema jurídico, son normas cuyo contenido puede comprender la exteriorización del deber positivo de acatamiento contenido en la Constitución para los titulares de poderes públicos, sin perjuicio de que tal requisito pueda exteriorizarse con carácter más general por una ley.

Con ello, aunque no se establece el significado del término «directamente incardinado» y se excluye de entre las normas que según nuestra doctrina conforman el bloque de la constitucionalidad (art. 28.1 de la LOTC), la relevancia del mismo es indiscutible, y buena prueba de ello es que se incluye entre las normas susceptibles de control de constitucionalidad [art. 27.2.d) y f) de la LOTC] (31).

El Tribunal Constitucional ha mantenido que la autonomía que la Constitución reconoce a las Cámaras no las exime del principio de vinculación a la misma que, con carácter general, impone el artículo 9.1 de la CE a todos los poderes públicos. De ahí que el principio *pro actione* haya hecho que el Tribunal asimile las resoluciones de la Presidencia de la Cámara (art. 32.2 del RCD) al Reglamento parlamentario para evitar que se produzcan ámbitos normativos fuera de control.

Y, en el mismo sentido, el Estatuto del Personal de las Cortes Generales, en su artículo 35.3, prevé que «contra los acuerdos de las Mesas que resuelvan reclamaciones en materia de personal cabrá recurso contencioso-administrati-

(31) Cfr. A. DE ASÍS ROIG: *Influencia de los vicios «in procedendo» sobre la eficacia de las leyes*, en *Primeras Jornadas de Derecho Parlamentario*, vol. I, Congreso de los Diputados, Madrid, 1985, págs. 196 y sigs. Este autor mantiene que la habilitación directa que la Constitución establece en favor de las Cámaras para que dicten sus respectivos reglamentos (art. 72 de la CE), así como la concreta remisión que el propio texto constitucional establece a los mencionados reglamentos parlamentarios (arts. 67.3, 79 y 80, entre otros), permiten hablar de la existencia de una reserva de reglamento parlamentario. Las colisiones entre ley y reglamento parlamentario no se resuelven en virtud del principio de jerarquía, sino en virtud de la regla de la competencia. Sobre el principio de reserva de materia parlamentaria puede verse R. PUNSET: *Las Cortes Generales*, Madrid, CEC, 1983.

vo, de conformidad con la normativa reguladora de esta jurisdicción». Obedece este precepto a la idea garantista introducida por el artículo 42 de la LOTC, que permite controlar por el Tribunal Constitucional, a través de un recurso de amparo, los actos sin valor de ley, emanados de las Cortes o de cualquiera de sus órganos que violen derechos y libertades fundamentales. En ambos casos nos encontramos con que el legislador ordinario ha previsto no ser «juez y parte» en determinados problemas que puedan plantear las actividades de las Cámaras.

Analizadas las normas que pueden ser objeto de violación a lo largo del procedimiento de elaboración de las normas, no terminan aquí las cuestiones que es necesario abordar para sistematizar los problemas de delimitación que el tema plantea. Será obligado analizar, a través de la casuística que ofrece nuestra jurisprudencia constitucional, las tres cuestiones siguientes: 1) qué actos son imputables, 2) quiénes están legitimados para plantearlos en sede constitucional, y 3) cuáles son los vicios que pueden ser apreciados por el Tribunal.

1. Actos que son impugnables

El Tribunal Constitucional español ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de este tema sobre todo al resolver recursos de amparo presentados contra actos de las asambleas legislativas (art. 42 de la LOTC). El problema fue tratado por primera vez en profundidad en el auto de 21 de marzo de 1984, siendo objeto de comentarios críticos por parte de la doctrina (32). En el citado auto el Tribunal, al objeto de delimitar su competencia, diferencia los actos parlamentarios generales de los particulares. Sólo éstos —en base a una interpretación del art. 42 de la LOTC— se consideran recurribles directamente en amparo, aunque se reconoce implícitamente la posibilidad de actuar contra los actos generales impugnando sus actos de aplicación. Además, por su ámbito de validez, su origen y sus destinatarios, el Tribunal distingue entre actos internos y externos. Por actos internos distingue aquellos que operan dentro de la Cámara, regulando las relaciones entre ella y sus propios miembros. Estos no serían recurribles en amparo; sí lo serían, en cambio, los actos externos. La negativa al control de los actos internos lo

(32) Cfr., al respecto, I. TORRES MUÑOZ: *Actos internos de las Cámaras y recurso de amparo*, «Revista Española de Derecho Constitucional», núm. 12, Madrid, 1984, págs. 153-169; A. GUAITA MARTORELL: *El recurso de amparo contra los actos sin fuerza de ley de los órganos legislativos*, en RCG, núm. 7, Madrid, 1986, págs. 162 y sigs.; J. M. MORALES ARROYO y M. REVENGA SÁNCHEZ: *Un apunte sobre jurisprudencia constitucional y Derecho parlamentario*, en RCG, núm. 7, 1986, págs. 181 y sigs.

fundamenta el Tribunal en que los considera éste manifestación de la independencia del órgano.

A partir de este momento la jurisprudencia del Alto Tribunal al respecto ha evolucionado. Viene al caso reproducir el fundamento jurídico 4.º de la sentencia 23/90, de 15 de febrero, donde se da buena cuenta del estado de la cuestión referente al tema de los *interna corporis*:

«Se ha considerado, quizá prematuramente, que la doctrina de este Tribunal Constitucional relativa a la impugnación de los actos parlamentarios singulares de carácter interno tiene tonos restrictivos. Así parecía resultar del contenido de los autos recaídos en esta materia y que, en términos generales, rechazaban la posibilidad de aquella impugnación (AATC ya citados: 183/84, 12/86 y 292/87, además de los 659/87 y 614/88). Se declaraba en esas resoluciones que los actos puramente internos no son susceptibles de recurso de amparo. Característica propia de los órganos constitucionales —dice el ATC 183/84— “es la independencia, y el aseguramiento de ésta obliga a entender que, si bien sus decisiones, como sujetas que están a la Constitución y a las leyes, no están exentas del control jurisdiccional, sólo quedan sujetas a este control cuando afectan a relaciones externas del órgano o se concretan en la redacción de normas objetivas y generales susceptibles de ser objeto del control de inconstitucionalidad, pero ello sólo, naturalmente, a través de las vías que para ello se ofrecen” (FJ 2.º). Con posterioridad, esta misma doctrina fue aplicada también a los actos internos de los Parlamentos autonómicos (ATC 706/86, FFJJ 2.º y 3.º). Por el contrario, cuando un acto parlamentario tiene relevancia jurídica externa, esto es, cuando «afecte a situaciones que excedan del ámbito estrictamente propio del funcionamiento interno de las Cámaras, queda sujeto, comenzando por los de naturaleza legislativa, no sólo a las normas de procedimiento que en su caso establezca la CE, sino asimismo al conjunto de normas materiales que en la misma Constitución se contienen. No puede por ello aceptarse que en la libertad con que se produce un acto parlamentario con esa relevancia jurídica para terceros llegue a rebosar el marco de tales normas, pues ello sería tanto como aceptar la arbitrariedad» (STC 90/85, FJ 2.º).

Sin embargo, esta doctrina fue luego sucesivamente matizada; matización que se impuso tanto por el principio de sujeción de todos los poderes públicos a la Constitución (art. 9.1) como por el reflejo de esa vinculación en lo que afecta a las libertades y derechos fundamentales (art. 53.1). Si en un principio el fundamento de la exclusión de esos «actos internos» de las Cámaras del control jurisdiccional era la «independencia» de los órganos parlamentarios, depositarios del poder legislativo, después se incidió en la idea de que esa independencia no podía convertirse en una forma de desvinculación respecto

de la Norma Suprema, ideas que se expresan en los AATC 659/87 y 614/88, en los que se indicaba que la exención jurisdiccional de aquellos actos, y con ello la no intervención de este Tribunal, sólo era posible en tanto que se respetaran los derechos de participación política de los diputados y grupos parlamentarios, o bien que «en el ordenamiento jurídico español todos los poderes públicos están sujetos a la Constitución y a las leyes (art. 9.1 CE)», por lo que «en principio cualquier acto parlamentario sin valor de ley puede ser susceptible de control por el Tribunal Constitucional mediante el recurso de amparo por una presunta vulneración de derechos fundamentales» (ATC 658/87), aunque se añadiera que «dicha presunta vulneración no puede basarse en el propio hecho de una posible infracción reglamentaria».

Por su parte, las SSTC 118 y 161/88 son más explícitas y terminantes al ratificar y consagrar la doctrina expuesta. Y así se dice en la primera que si bien *no es posible instar*, a través de la modalidad del recurso de amparo contemplada en el artículo 42 de la LOTC, *un control jurisdiccional pleno de conformidad de los actos parlamentarios internos con la Constitución o la ley* (incluido el Reglamento de la Cámara), ello no quita para que en este tipo de proceso quepa determinar si tales actos han vulnerado los derechos y libertades incluidos en la sección 1.ª del capítulo II del título I de la Constitución, los cuales, según el apartado 1 del artículo 53 de la misma, vinculan a todos los poderes públicos y, por consiguiente, también a las Asambleas Legislativas, para cuya protección está abierta la vía del recurso de amparo (STC 90/85). Quiere esto decir que la doctrina de los *interna corporis acta sólo resulta de aplicación en la medida en que no exista lesión de tales derechos y libertades, pues únicamente en cuanto vulneran un derecho fundamental, y no por una simple infracción de las normas reglamentarias de las Cámaras, son recurribles en amparo constitucional*, desborda la esfera de la inmunidad jurisdiccional inherente a los *interna corporis* y se convierte en un acto sometido, en lo tocante a ese extremo, al enjuiciamiento que corresponde a este Tribunal (ATC 12/86). De idéntico modo se manifiesta, confirmando la doctrina evocada, la STC 161/88 (FJ 3.º).

Es, pues, hacedero y correcto constitucionalmente entrar en el examen del acto al que se reprocha la violación del derecho fundamental que se cita (art. 23 CE) para determinar si se da o no esa vulneración.

2. Legitimación en sede constitucional

Hemos comprobado la posibilidad de que los *interna corporis*, de forma autónoma, puedan ser residenciados en sede constitucional por medio del recurso de amparo (art. 42 de la LOTC). Pero queda aún la posibilidad, y a

ello debemos aludir, de que el ordenamiento prevea determinadas vías que permitan impugnar las normas legales como producto normativo del procedimiento legislativo que se ha visto viciado.

En este sentido, los cauces procesales hábiles para la impugnabilidad del producto legislativo por vicios de procedimiento son los propios del control de normas: recurso de inconstitucionalidad [art. 161.1.a) CE] y cuestión de inconstitucionalidad (art. 163 CE). A pesar de lo obvio de la cuestión, hay quienes sostienen que los jueces ordinarios no parecen poseer competencia para plantear una cuestión de inconstitucionalidad en base a vicios del procedimiento legislativo, pues su acción quedaría reducida a cuestionar su validez material. El fundamento de este aserto reside en el privilegio de validez aparente y de ejecutoriedad de la norma que se presupone de un texto legal (33). Lo cierto es que hoy no se discute que los jueces ordinarios puedan cuestionar una ley por vicios formales de incompetencia o incluso por vicios manifiestos de procedimiento.

3. *Vicios que pueden ser apreciados por el Tribunal Constitucional*

La presunta ilegitimidad de un «subacto» legislativo puede provenir bien porque su contenido viole el ordenamiento constitucional o porque el procedimiento, en sí mismo considerado, vulnere ya normas materiales o procedimentales. La valoración del grado en que esos vicios afectan al procedimiento no parece que pueda realizarse con criterios generales, siendo precisa una solución *secundum eventum*. Ello obliga a conocer la gravedad y trascendencia del vicio, que deberá medirse en relación con los perjuicios ocasionados al principio democrático, teniendo en cuenta el carácter instrumental que respecto del mismo desempeña el procedimiento legislativo.

De ahí que sea preciso realizar una obligada diferenciación en la naturaleza de los vicios de procedimiento que pueden afectar a la ley. La presunción de constitucionalidad a favor de la misma exige aislar los vicios graves de carácter extraordinario, que producen la nulidad radical de la ley, de otros vicios que, aunque puedan llegar a provocar la invalidez de la misma, pueden ser subsanados por la Cámara durante el desarrollo del procedimiento (34).

(33) Cfr. R. PUNSET: *Las Cortes Generales*, Madrid, CEC, 1983, pág. 100.

(34) A esta distinción puede contribuir la realizada por la teoría general del Derecho entre los vicios que provocan la nulidad y la anulabilidad, adaptada al procedimiento administrativo. Cfr. F. GARRIDO FALLA: *Régimen de impugnación de los actos administrativos*, Madrid, 1986; E. GARCÍA DE ENTERRIA y T. R. FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, Madrid, 1980, y J. A. SANTAMARÍA PASTOR: *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos. Contribución a una teoría de la ineficacia en el Derecho público*, Madrid, 1972.

A pesar de la ambigüedad y amplitud del principio democrático, su contenido esencial puede deducirse de las normas constitucionales y reglamentarias. La ruptura de las normas que garantizan dicho principio debería producir un vicio radical. Así las que infringen las normas que garantizan la libre e igual participación en la composición de los órganos que toman las decisiones, alterándose radicalmente la proporción obtenida en los resultados electorales. También las que disponen la participación de sectores ajenos a la Cámara en el procedimiento legislativo, como el Gobierno o las Comunidades Autónomas (35). En un sentido semejante, la transgresión de las normas que garantizan la publicidad y la regla de la mayoría en la toma de decisiones, porque trascienden del ámbito de la Cámara afectando a su conexión con la sociedad (art. 23.1 CE).

Existen otros vicios de procedimiento que, aun afectando al principio democrático, no alteran su contenido esencial. Entre ellos pueden encontrarse los que infringen normas que regulan los *quorum* de asistencia, la convocatoria y el orden del día, el desarrollo de los debates, cómputo de plazos, derechos de los diputados y de los grupos parlamentarios... (36).

La vulneración de estas normas en el procedimiento puede dar lugar también a un vicio invalidante. Pero para que ese efecto se produzca hace falta que, junto a la infracción, exista la denuncia de quienes se vean afectados por el vicio. Si dicha denuncia no se produce, el vicio resulta sanado y la ley convalidada. Este efecto es consecuencia del carácter continuado del procedimiento legislativo, considerado como una sucesión de fases en el que la posterior, si se realiza adecuadamente, convalida los vicios existentes en la anterior (37).

El Tribunal, en la sentencia 108/86, de 26 de julio, permite la interpretación de los vicios del procedimiento convalidables. En este sentido estima

(35) En la STC 35/84, de 13 de marzo, el Tribunal, utilizando conceptos propios del Derecho administrativo, considera que la ausencia de un informe previo para la modificación del régimen económico y fiscal del archipiélago canario provoca un vicio esencial y declaró la inconstitucionalidad del Decreto-Ley 1/83, de 9 de febrero. En una línea jurisprudencial semejante, la STC 161/88, de 20 de septiembre, y la STC 225/92, de 14 de diciembre.

(36) En la STC 99/87, de 11 de junio, aducen los recurrentes que se tramitaron como enmiendas textos que debían ser proposiciones de ley. El Tribunal Constitucional declara la norma constitucional porque no encuentra ni en la Constitución ni en los Reglamentos de las Cámaras norma alguna que delimite qué se debe entender por enmienda o proposición. Luego la infracción alegada carece de relevancia constitucional y reglamentaria. Tampoco aprecia relevancia al vicio alegado —la caducidad de la norma que ha sido excepcionada por la propia Cámara— en la STC 89/84.

(37) Cfr. P. BIGLINO CAMPOS: *Los vicios en el procedimiento legislativo*, cit., págs. 105 y sigs., y, del mismo título, la monografía, en las páginas 119 y sigs.

que la ausencia de los antecedentes y de la exposición de motivos que deben acompañar a los proyectos de ley (art. 88 CE) sólo tendría trascendencia si se privase a la Cámara de un elemento de juicio necesario para su decisión o se hubiesen menoscabado los derechos de los diputados. Pero «en este caso el defecto, que tuvo que ser conocido de inmediato, hubiese debido ser denunciado ante las mismas Cámaras»; al no ser así, «hay que entender que los afectados no consideran que existiese lesión de sus derechos y que si defecto hubo fue convalidado por la misma Cámara, por lo que este Tribunal no puede entrar a examinar su existencia o relevancia».

Así pues, la autonomía de las Cámaras y la necesidad del control constitucional de sus actuaciones se compaginan a través de la casuística concreta que separa los vicios radicales de los vicios convalidables. Esta diferencia se deriva de su incidencia sobre el principio democrático (38).

IV. LAS OMISIONES DEL LEGISLADOR Y SU POSIBLE CONTROL

Al hablar del control en sede constitucional de las omisiones del legislador hacemos referencia a la violación constitucional provocada por la inactividad del órgano legislativo, pese a la existencia de un mandato constitucional explícito al respecto. Si la función por excelencia del órgano de justicia constitucional consiste en controlar regularidades de la actuación de los poderes públicos, y sobre todo del legislador, tan inconstitucional será una actuación positiva del legislador que vulnere el orden constitucional como su no actuación cuando ésta está constitucionalmente prevista.

No obstante, y a pesar del aserto previo, el establecimiento de un control semejante ante el Tribunal Constitucional entraña serias dificultades no sólo de naturaleza sustantiva, sino también de carácter procedimental.

Desde un planteamiento teórico general es preciso recordar que es el legislador quien tiene constitucionalmente asignada la función de innovar el ordenamiento jurídico, existiendo la posibilidad de que en esa potestad se contemple condicionalmente un comportamiento omisivo. Además, desde una perspectiva constitucional, los «mandatos al legislador» (39) suelen adoptar

(38) Cfr. L. AGUIAR DE LUQUE: *El Tribunal Constitucional y la función legislativa...*, cit., págs 22-24.

(39) La figura del «mandato al legislador» ha sido utilizada por primera vez en relación a la Constitución española de 1978 por F. RUBIO LLORENTE, y hace referencia a aquellos preceptos constitucionales que imponen al legislador la emisión de una norma (o conjunto de normas) que regulan algún aspecto del texto constitucional que allí se encuentra delineado únicamente en sus rasgos generales. Cfr. su trabajo *La Constitución como fuente del Derecho*, en la obra colectiva *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, vol. I, Madrid, 1979, pág. 70.

la forma de «reserva de ley», lo que hace técnicamente más difícil la intervención del Tribunal Constitucional, porque si bien es cierto que el legislador, en el constitucionalismo actual, ha perdido gran parte de la supremacía que gozaba en épocas pasadas, a lo más que ello puede conducir es a reafirmar la obligación constitucional del legislativo de regular ciertos temas y el mantenimiento de la competencia del Alto Tribunal para constatar la regularidad constitucional de ese desarrollo. Pero siguen existiendo dificultades a la hora de reconocer al Tribunal la posibilidad de arbitrar medidas que controlen una omisión del legislador por el peligro que ello conlleva: la quiebra de los principios del Estado de Derecho y la sustitución lisa y llanamente del poder legislativo por el órgano de justicia constitucional.

Las dificultades procesales que una competencia semejante encierra pueden ser solventadas a través del análisis pormenorizado de las distintas atribuciones del Tribunal y la posibilidad que las mismas pudieran brindar ante el supuesto de un comportamiento omisivo del legislador. Así, parece en principio que un recurso directo ante el Tribunal Constitucional es prácticamente imposible cuando el objeto central fuese el incumplimiento de un mandato al legislador, porque la impugnación en un recurso semejante se centra «en leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley». Ahora bien, en principio nada obsta a que el tema pueda ser planteado por medio del recurso de amparo, del conflicto de competencias o incluso a través de la cuestión de inconstitucionalidad.

Sentadas tales premisas, el estudio del tema necesariamente se ha de afrontar desde una doble perspectiva: Por un lado será preciso fijar el significado y el alcance de las «omisiones del legislador» en nuestro ordenamiento para, a partir de ahí, precisar el grado de control que puede establecerse. Y por otra parte habrá que estudiar el conjunto de posibilidades de que dispone el Tribunal para incidir positivamente —sancionar— en el ordenamiento una vez constatada una inconstitucionalidad por omisión, porque, a diferencia de lo que sucede con los órganos administrativos o judiciales, el poder legislativo sigue siendo irresponsable por su inactividad.

1. *Concepto de omisiones del legislador*

Un concepto genérico de la noción de «omisión» es aportado por Mortati (40), a la vez que intenta diferenciarlo de la figura próxima de la «laguna». Según este autor, la omisión legislativa hace referencia a todo tipo de absten-

(40) Cfr. C. MORTATI: *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore*, «Il Foro Italiano», 1970, págs. 153-191.

ción de actuar frente a lo prescrito en la Constitución. A diferencia de la laguna, la omisión sería siempre incumplimiento de una obligación, mientras que las lagunas pueden producirse de modo involuntario; las omisiones, como resultado de un acto de voluntad que son, podrían asimilarse a los casos de expresa disposición negativa.

Ahora bien, tampoco el concepto de omisión es único; Wessel (41) las clasifica en omisiones absolutas y relativas. Mientras que en las absolutas falta cualquier disposición de desarrollo legislativo del precepto constitucional, en las relativas la actuación del legislador ha sido parcial, regulando unas situaciones y no otras y violando por ello el principio de igualdad. También cabe la posibilidad de que la regulación sea incompleta, defectuosa o no idónea para cubrir los hipotéticos supuestos que abarca la norma. El efecto práctico de esta distinción se aprecia en que la omisión absoluta impide cualquier tipo de intervención represiva, mientras que en el caso de omisiones relativas se abren espacios para la actuación del intérprete de la norma incompleta o defectuosa. Y es que el interés de este tema, en cuanto a su control y posibilidad de corrección, se ve incrementado cuando provoca la lesión o impide el pleno ejercicio de los derechos y libertades que la Constitución reconoce. De ahí la dificultad de pensar en un control abstracto, desconectado de los problemas de aplicación e interpretación del derecho a los supuestos concretos.

El Tribunal Constitucional desde el comienzo de su funcionamiento puso de manifiesto los límites de su control en cuanto garante de la Constitución (STC 5/81, de 13 de febrero), destacando el carácter de la ley como expresión de la voluntad popular, fuente privilegiada e insustituible (STC 17/81, de 1 de junio). Y si es tema común entre la doctrina referirse a la crisis de la ley y a su destronamiento, causado por la existencia de una Constitución como norma suprema, que conlleva la pérdida de su inmunidad judicial y con ello de su soberanía, no deja de ser menos cierto que la legitimidad democrática de la ley privilegia a esta fuente respecto de cualquier otra y convierte la voluntad del legislador en algo irremplazable (42).

(41) Cfr. WESSEL: *Die Rechtsprechung der BVerfg. zur Verfassungsbeschwerde*, en *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1952.

(42) Al respecto ha dicho F. RUBIO LLORENTE: Los riesgos que entraña un poder ilimitado de las mayorías ocasionales son seguramente ciertos, pero la conciencia de ellos o, lo que es lo mismo, la desconfianza frente al legislador no puede llevar a sustituir ese poder por el también ilimitado de un juez que crea libremente derecho con pretexto de la Constitución, o a colocar en el lugar de la ley una decisión *ad cassum*, expresión de un criterio sobre cuya fijeza y generalización no tiene el ciudadano garantía alguna» (en el prólogo al libro de E. ALONSO GARCÍA: *La interpretación de la Constitución*, Madrid, CEC, 1984, pág. xxiv).

Es cierto, además, que la figura de la «inconstitucionalidad por omisión», en su literalidad, no está prevista ni en la Constitución ni en la Ley Orgánica de Tribunal Constitucional, existiendo obstáculos procesales para su reconocimiento porque el Alto Tribunal toma como objeto del juicio de constitucionalidad el texto del precepto normativo, y si estamos ante una omisión existe un vicio normativo, una ausencia de texto (STC 11/81, de 8 de abril). El problema se complica porque el enjuiciamiento de la omisión atiende en muchas ocasiones a factores «extra-jurídicos» y supone una fiscalización de la *mens legislatoris* que no encaja en el proceso aséptico de depuración del ordenamiento, donde se examina una norma a la luz de los principios y normas constitucionales.

Por la razón antes expuesta, el control de la omisión por la vía abstracta y directa del control de inconstitucionalidad es casi de imposible articulación (43). A este respecto, el Tribunal manifestó en la sentencia 24/82 que «la inconstitucionalidad por omisión sólo existe cuando la Constitución impone al legislador la necesidad de dictar normas de desarrollo constitucional y el legislador no lo hace». Ahora bien, no todo tipo de mandato constitucional es suficiente para fundar la inconstitucionalidad, y así, el comportamiento del Tribunal dependerá de la posibilidad de «sustituir o no» dicho mandato al legislador.

Desde un principio nuestro Tribunal acogió la tesis de que toda la Constitución obliga y es efectiva desde el momento de su publicación, dando ello lugar a interpretaciones que, derivadas de los principios constitucionales, permitieran, en ausencia de desarrollo legislativo, una aplicación *per saltum* de la Constitución (44). En estos casos, sobre todo en materia de derechos fundamentales, el Alto Tribunal utilizó *el método analógico para rellenar lagunas técnicas provocadas por la inactividad del legislador*, pero no alude a la existencia de una omisión legislativa que se encontraba en la causa de los recursos de amparo planteados. Quizá la causa de no aludir a dicha figura se encuentre en la distinción de Mortati, donde se señala que mientras las lagunas imponen al juez la obligación de integrarlas por las técnicas que el

(43) Cfr. L. AGUIAR DE LUQUE: *El Tribunal Constitucional y la función legislativa...*, cit., pág. 26. En el mismo sentido, M. A. AHUMADA RUIZ: *El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas*, «Revista del Centro de Estudios Constitucionales», núm. 8, Madrid, 1991, págs. 169-194.

(44) Cfr. F. J. EZQUIAGA GANUZAS: *La argumentación en la justicia constitucional española*, Oñati, IVAP, 1987, págs. 52 y sigs. Cita, al respecto, las STC 67/82, de 15 de noviembre, donde la laguna se encuentra en la falta de desarrollo del artículo 53.2 de la CE, en lo que se refiere a la garantía jurisdiccional laboral, y la STC 36/82, de 16 de junio, sobre el ejercicio del derecho de reunión.

ordenamiento prevé, las omisiones suponen un límite a la función jurisdiccional, toda vez que sólo el poder legislativo puede solventarlas.

Así pues, en el ámbito de las omisiones del legislador será obligado distinguir aquellas en que la laguna que dicha inactividad provoca es rellenable a través de técnicas hermenéuticas por parte del Tribunal y aquellos otros vacíos donde el Tribunal no puede actuar debido a la existencia de límites funcionales infranqueables (45). Los límites a la función del Tribunal son los mismos que los de la interpretación constitucional, porque no es función del máximo intérprete de la Constitución la creación del derecho. Esos límites aparecen (46):

1) Cuando no es posible la concretización porque la regla de derecho necesaria no es deducible de los principios y normas constitucionales.

2) Cuando la adopción del derecho que colma la laguna entra en el ámbito del poder discrecional del legislador.

3) En los propios límites del empleo de la analogía: el principio de legalidad penal, la regulación restrictiva de una materia por parte del legislador, la restricción de derechos y la falta de desarrollo legal.

Así las cosas, la omisión del legislador quedaría suplida por la actuación del Tribunal cuando es posible reemplazar «el mandato» mediante la concretización del mismo realizada por el Constitucional, dotando de eficacia inmediata el precepto constitucional y cuando la posibilidad del recurso a la analogía salva el obstáculo que supone la reserva de ley. Se trataría de supuestos en los cuales la laguna es subsanable a través de la actuación del Alto Tribunal.

Descartada la posibilidad de un recurso directo de inconstitucionalidad, porque así se deduce del artículo 161.1.a) de la CE, es probable que el problema se plantee en el marco de los conflictos de competencia. Existen ejemplos en nuestra jurisprudencia constitucional en que una de las fórmulas que el Tribunal ha utilizado para resolver el tema de la omisión ha sido la elaboración del concepto de «base/norma básica», a partir de una determinada interpretación del artículo 149 de la CE (STC de 28 de julio de 1981), para evitar el peligro de que la pasividad del legislador del Estado bloquee la producción legislativa de las Comunidades Autónomas.

También el Tribunal puede enfrentarse a un problema semejante cuando se haya producido una posible vulneración de un derecho o libertad constitucionalmente reconocido causada por un vacío en la legislación. Las vías para esta impugnación pueden ser bien el recurso de amparo (art. 44 de la LOTC),

(45) Cfr. H. P. SCHNEIDER: *Jurisdicción constitucional y separación de poderes*, «Revista Española de Derecho Constitucional», núm. 5, Madrid, 1982, pág. 39.

(46) Cfr. F. J. EZQUIAGA GANUZAS: *La argumentación...*, cit., págs. 56-60.

bien a través de una cuestión de inconstitucionalidad que planteara el juez ordinario (art. 163 de la CE) que apreciase dicha omisión como causa de la violación (47).

2. *Posibilidades del Tribunal Constitucional de sancionar las omisiones legislativas*

Llegando a este punto es obligado preguntarnos acerca de cuándo y cómo declara el Tribunal Constitucional la inconstitucionalidad por omisión.

La inconstitucionalidad será declarada en aquellos supuestos en que la laguna causada por la omisión es insuperable y el Tribunal reclama del legislador que cumpla con el mandato constitucional. Las técnicas utilizadas para la declaración de la inconstitucionalidad por omisión abarcan un amplio abanico de posibilidades.

1) La técnica de las recomendaciones al legislador, que en España han sido formuladas con cierta moderación y son un instrumento de comunicación directa entre el Tribunal y el Parlamento. El fundamento de las mismas se encuentra en la necesidad que el Tribunal aprecia de una actuación del legislador para la sanación de una situación inconstitucional originada por una omisión legislativa (48).

2) Las sentencias manipulativas en su vertiente «aditiva» o «constructiva». Se trata de una técnica de decisión cuyo fin es la transformación del significado de una ley sometida a control, antes que su eliminación o interpretación conforme a la Constitución. Suponen una función positiva o integradora

(47) Cfr. L. AGUIAR DE LUQUE: *El Tribunal Constitucional y la función legislativa...*, cit., pág. 29, y M. A. AHUMADA RUIZ: *El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas*, cit., pág. 179.

(48) Las recomendaciones al legislador las define F. TOMÁS Y VALIENTE como «aquellas observaciones insertas en el razonamiento jurídico previo a la decisión, y que, aun careciendo sin duda de la fuerza vinculante propia del fallo, para algo se dicen y algo puede que valgan». El autor ensaya, además, un modelo de tipología interesante sobre esas recomendaciones en nuestra jurisprudencia constitucional: recomendaciones transaccionales (STC 108/86, en torno a la LOPI), recomendaciones cautelares (STC 3/83, sobre el art. 170 LPL y la obligación de consignar para el empresario recurrente en casación), recomendaciones correctivas (STC 76/83, sobre la LOAPA) y, por último, recomendaciones orientadoras (STC 49/88, sobre la LORCA). A esta clasificación añade el ex presidente del Tribunal Constitucional todas aquellas recomendaciones introducidas por el Tribunal en pos de la consecución de la igualdad material (art. 9.2 de la CE). Así, entre otras, cita las SSTC 30/84, 108/86 y 99/87. Cfr. del autor citado su conferencia *A modo de sugerencia (Notas sobre las recomendaciones del Tribunal Constitucional al legislador)*, en el vol. colectivo *El Parlamento y sus transformaciones actuales*, Madrid, Tecnos, 1990, págs. 17-23.

del Tribunal, en contraste con la función «nomofiláctica» característica de un legislador negativo. Ejemplos de esta clase de sentencias son las SSTC 103/83, de 22 de noviembre, y 104/83, de 23 de noviembre, que extienden a los varones el derecho a una pensión de viudedad, y la STC 81/82, de 21 de diciembre, sobre el pago de horas extraordinarias a los ATS varones, o las sentencias en cadena sobre la objeción de conciencia al servicio militar que se inician con la STC 15/82, de 23 de abril.

3) Las sentencias que declaran la inconstitucionalidad parcial de una norma en relación con la vulneración del principio de igualdad. En estos supuestos el texto objeto de pronunciamiento permanece invariable; de ahí que se aluda a una declaración de nulidad parcial sin alterar el texto normativo. Un ejemplo de los problemas que suscita este tipo de control lo hallamos en la STC 116/87, de 7 de julio, relativa a la cuestión de inconstitucionalidad sobre la regulación de los derechos que corresponden al personal de las Fuerzas Armadas de la República. Buena prueba de los problemas técnico-jurídicos que plantean estos tipos de sentencias es el voto particular que suscriben dos de los magistrados del Alto Tribunal.

4) Sentencias que declaran la inconstitucionalidad sin nulidad, denominadas también de mera inconstitucionalidad. Aparecen en aquellos supuestos de inconstitucionalidad sobrevenida posconstitucional cuando la variación de las circunstancias de hecho en el entorno de la norma hacen que ésta devenga imperfecta y necesitada de adecuación. Viene al caso la STC 45/89, de 20 de febrero (sentencia sobre el IRPF).

El Tribunal justifica la declaración de inconstitucionalidad desconectada de la nulidad en que la conexión entre ambas quiebra, «entre otros casos, en aquellos en los que la razón de la inconstitucionalidad del precepto reside no en determinación alguna de éste, sino en su omisión». De este modo, además de reconocer la posibilidad del control de las omisiones legislativas, el Tribunal se encontraba incapacitado para suplir «una laguna parcial en un sistema trabado que, como tal, no es sustituido por otro sistema alguno» (FJ 11 de la sentencia en cuestión).

A pesar de la bondad del método para impulsar al legislador a poner remedio a esa situación, nos encontramos con otro problema: el de la sanción de la omisión legislativa, que en este caso provoca una laguna. ¿Ha de ser considerada conforme a la Constitución la laguna que provoca la declaración de inconstitucionalidad? (49).

Cabe deducir de los ejemplos y razonamientos previos que las técnicas de control de normas en relación con la Constitución no han sido pensadas

(49) Cfr. M. A. AHUMADA RUIZ: *El control de constitucionalidad...*, cit., pág. 191.

para sancionar las inconstitucionalidades por omisión que resultan de la ausencia de la *interpositio legislatoris*. De ahí la necesidad de establecer un recurso específico para proceder a un control de esta naturaleza. Pero en los países europeos occidentales dotados de un sistema de justicia constitucional, sólo en la Constitución portuguesa (art. 283) se prevé un recurso directo, en vía principal, para un control abstracto de la inconstitucionalidad por omisión. La sentencia estimatoria será una sentencia meramente declarativa, dirigida a poner en conocimiento del órgano legislativo competente la inconstitucionalidad de su incumplimiento de la obligación de legislar. El problema sigue sin resolver, ya que las mismas carecen de cualquier efecto vinculante: La omisión carece de sanción y la obligación de legislar le viene al legislador de la Constitución, y no de la sentencia del Tribunal (50).

(50) Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO: *Direito Constitucional*, 4.ª ed., Coimbra, 1989, páginas 828 y sigs.