

**INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS SILENCIOS LEGISLATIVOS**

**NAYSHIRE LARISLAY ACEVEDO VELÁSQUEZ**

**JUAN CAMILO MARTÍNEZ TURMEQUÉ**

**UNIVERSIDAD SANTO TOMAS  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS, INVESTIGACION  
CENTRO DE INVESTIGACION FRANCISCO DE VITTORIA  
BOGOTA  
2006**

# **INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS SILENCIOS LEGISLATIVOS**

**NAYSHIRE LARISLAY ACEVEDO VELÁSQUEZ  
JUAN CAMILO MARTÍNEZ TURMEQUÉ**

**Monografía para optar por el título de Abogado**

**Director:  
Profesor Elliot Parra Ávila  
Abogado**

**UNIVERSIDAD SANTO TOMAS  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS, INVESTIGACION  
CENTRO DE INVESTIGACION FRANCISCO DE VITTORIA  
BOGOTA  
2006**

**Nota de aceptación:**

---

---

---

---

---

---

---

**Firma del presidente del jurado**

---

**Firma del jurado**

---

**Firma del jurado**

**Bogotá, 09 de marzo de 2006**

**A mi grandioso núcleo familiar, Luís Ricardo,  
Doris Susana y David Ricardo, por aquella fuerza  
a no desfallecer y su estoicismo maravilloso  
cuando a problemas teníamos que enfrentarnos.**

**A mi extraordinaria tía Maria Amparo, porque sin  
sus consejos y ayuda, cumplir esta expedición  
personal y profesional, habría sido un fracaso.**

**Juancho**

# **INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS SILENCIOS LEGISLATIVOS**

Abreviaturas

## **CAPITULO I**

### **GENERALIDADES**

## **CAPITULO II**

### **LAS CONSTITUCIONES DEMOCRATICAS Y EL LEGISLADOR**

1. Introducción.....	19
2. La hegemonía constitucional, soporte del control de constitucionalidad de los silencios legislativos.....	22
3. Constitución dirigente, constitución abierta y silencios legislativos.....	29

## **CAPITULO III**

### **EL RECHAZO AL CONTROL DE LOS SILENCIOS DEL LEGISLADOR**

## **CAPITULO IV**

### **EL SILENCIO DEL LEGISLADOR Y DE SUS LEYES: EL CONCEPTO DE OMISION INCONSTITUCIONAL**

1. Introducción.....	52
2. Los tipos de silencios legislativos.....	59

2.1.	Los silencios del legislador. Omisiones Absolutas.....	60
2.2.	Los silencios de la ley. Omisiones relativas.....	69
3.	La incidencia del silencio legislativo en las situaciones jurídicas previstas en la Constitución.....	82
3.1.	Normas constitucionales autoaplicativas y permisos constitucionales.....	83
3.2.	Desarrollo legislativo de normas constitucionales, normas constitucionales de configuración legal y mandatos constitucionales.....	87
4.	Los silencios legislativos y las lagunas jurídicas: el concepto de omisión inconstitucional.....	94
4.1.	Supuestos de omisión inconstitucional en casos de silencios legislativos que generan posibles lagunas jurídicas.....	101
4.2.	Omisiones inconstitucionales y vigencia de las normas preconstitucionales con rango de ley.....	105

REFLEXIONES

BIBLIOGRAFIA

## ABREVIATURAS

BverfG.	Tribunal Constitucional Federal de la República Federal de Alemania
BVerfGG.	Ley Reguladora del BverfG.
CPC	Constitución Política Colombiana de 1991

## CAPITULO I

### GENERALIDADES

¿Es inofensivo el silencio del legislador, o más bien, el silencio del legislador es una forma de hacer política, que también tiene graves consecuencias jurídicas? Esta pregunta ha pesado desde hace ya bastante tiempo sobre los congresos (en el caso colombiano), parlamentos o como se quiera llamar a los órganos que expiden o crean las normas legales para la nación, que se han aprovechado de su privilegiada posición en el Estado constitucional liberal, e incluso, en el Estado constitucional democrático, para evitar la respuesta a aquel interrogante. Nadie niega, no obstante, que el silencio legislativo, cuando menos, tolera la pervivencia del *statu quo*. Una observación que debiera bastar por si sola para detenerse un instante y reflexionar sobre el particular, máxime cuando puede haber una norma jurídica que ordene a ese legislador que modifique ese estado de cosas.

Una respuesta a la incógnita pudiera buscarse en el Estado social constitucionalizado. Son los compromisos que este tipo de Estado impone al legislador los que le obligan a no permanecer en silencio ante el *statu quo*. De ahí que el asunto de las omisiones inconstitucionales del legislador, es decir, los silencios legislativos que violan la Constitución, se asocien exclusivamente, hasta la identificación, con el incumplimiento de los mandatos propios del Estado social. Aunque, todo hay que decirlo, esa asociación-identificación se hace no sin una cierta mueca o mala cara desconfiada sobre la efectividad de un control jurídico sobre la inactividad

legislativa<sup>1</sup>. Puede ser cierto, se dice, que los únicos silencios legislativos aptos para infringir la Constitución sean aquellos constitutivos del incumplimiento de un cometido impuesto por el Estado social de derecho a la ley. Pero, aún siendo cierto el diagnóstico, no es compatible con la solución, pues resuelta positivamente la primera pregunta, aunque solo referida al Estado social, se crea una segunda pregunta de más difícil solución: ¿Qué puede hacerse si, en efecto, el silencio legislativo vulnera un precepto constitucional? Sobre esta incógnita pesa una vez más el delicado asunto de la posición del legislador como representante del Soberano y la hipotética autonomía política de la que goza con motivo de tan importante posición.

Nosotros creemos, las respuestas a aquellas incógnitas deben buscarse en el Estado democrático, no en el Estado social. Dicho en otros términos, que más adelante se precisarán, las respuestas deben buscarse en los desarrollos alcanzados por la constitución democrática estableciendo cómo el legislador puede proceder frente a los sucesivos y alternativos cierres de

---

<sup>1</sup> Así parece ser el enfoque empleado por varios autores alemanes como Götz Meder, „*Verfassungsbeschwerde gegen gesetzgeberisches Unterlassen*“, Deutsches Verwaltungsblatt, 1971, pág. 848 y ss., pág. 850; también de Ernst-Hasson Ritter, „*Verfassungsrechtliche Gesetzgebungspflichten*“, Bonn, 1967 (texto impreso por el servicio de publicaciones de la Universidad de Bonn de su Dissertation doctoral); y de Konrad Stahler, „*Verfassungsrechtliche Nachprüfung gesetzgeberischen Unterlassens*“, München, 1966. Semejante conexión fue insinuada en la decisión del Tribunal Constitucional Federal de la República Federal de Alemania 1, 97 (105), según la cual, la inobservancia arbitraria por el legislador de sus deberes de ejecución de los mandatos del Estado Social podría ser impugnada mediante un recurso de amparo constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) por el individuo que viera de esta forma lesionado alguno de sus derechos constitucionales. No parece haber sido una línea jurisprudencial fértil en Alemania, ni tampoco parece posible que la Corte Constitucional llegue a sostener una idea similar. Por el contrario, hay autores que sostienen, precisamente, que el silencio legislativo sobre los mandatos del Estado social no son controlables jurídicamente dada la estructura de sus normas de programación final: como lo indica Joaquim Gomes Canotilho en su *Dereito Constitucional*, Almedina, Coimbra. 1995 (6ª Edición), pág. 1089.

la inicial apertura de las normas constitucionales y el papel que en ellos desempeña el silencio legislativo. Por tanto, debe buscarse en la confluencia de la vinculación del legislador a la Constitución la autonomía política que ésta le atribuye a aquel para decidir donde las normas constitucionales no lo han hecho. Solo así podrá explicarse cabalmente la necesidad del control jurídico de los silencios legislativos sin poner en entre dicho ni negar la razonable autonomía política del legislador democrático.

Así pues, la inconstitucionalidad por omisión, como objeto de investigación, es una de las múltiples maneras de abordar uno de los nudos gordianos del derecho constitucional contemporáneo, y en particular de su teoría de la Constitución: La vinculación del legislador a la Constitución. La afirmación de la supremacía normativa de la Constitución, ese hito del constitucionalismo de posguerra, pasa necesariamente por una degradación jerárquica, valga la expresión, de la ley y, por extensión, de la posición de su creador, el legislador. Superada, hoy por hoy, la cuestión sobre la existencia de esa subordinación a la Constitución, es el alcance de esa subordinación el objeto de las reflexiones contemporáneas sobre la relación entre las Constitución y la ley, y, en definitiva, entre la Constitución y el legislador<sup>2</sup>.

La supremacía constitucional no es solo supremacía sobre la ley, también, y sobre todo, esa supremacía se manifiesta como plena indisponibilidad de la Constitución por el legislador ordinario. Esto último permite llevar más allá la pregunta sobre el control del respeto a esa supremacía constitucional, sin detenerse exclusivamente en el que se haga sobre la ley. Debe repararse

---

<sup>2</sup> Véase al respecto el artículo de Rainer Wahl, „Der Vorrang der Verfassung“. Der Staat, Bd.20. Hf. 4, 1981, pág. 485 y ss. Pág. 487.

también en el hecho de que el silencio puede ser un sutil instrumento en manos del legislador para disponer de la voluntad del Constituyente a su antojo, y frustrar las pretensiones normativas de la Constitución de una forma mucho menos arriesgada e incluso más efectiva que con la ley. Hay que preguntarse, pues, si el legislador puede infringir la Constitución no solo con sus actos sino también con sus silencios, intentando superar esa imagen inocente del legislador silente. La inconstitucionalidad de esos silencios legislativos nace ineludiblemente de las diversas preguntas que suscita ese control. Este es el razonamiento de la tesis que aquí se piensa desarrollar.

Si el control, como noción jurídica, es inseparable de la noción, también jurídica, de Constitución como norma suprema de un ordenamiento jurídico dado, difícilmente podrán ser admitidos en ese ordenamiento espacios donde el poder sea inmune, incluso si ese espacio lo llena el silencio del poder público, en este caso, del legislador<sup>3</sup>.

¿De que silencios legislativos estamos hablando? Desde luego, ha de quedar claro que no toda actitud silente del legislador constituye un acto inconstitucional. Su silencio no está reglado como el de la Administración Pública, ni prohibido en toda ocasión como el de los Jueces y Tribunales. Al legislador le cabe callar sin por ello contrariar la Constitución ni tener que hacerlo soportando ciertas consecuencias regladas. El silencio del legislador solo se transforma en una omisión contraria a la Constitución, y este es uno de los pilares de esta tesis, si el legislador con su silencio

---

<sup>3</sup> Como ha dicho Wahl, control y sanción no son dos sinónimos cuando se habla de Constitución. El control es indispensable para que la Constitución sea la norma suprema, y la sanción puede ser una consecuencia del control. Véase su trabajo ya citado “*Der Vorrang der Verfassung*”, Págs. 485 y 486.

desplaza al Pueblo soberano y se transforma en poder constituyente, es decir, la voluntad normativa del Pueblo soberano, ha decidido que determinada realidad se configure jurídicamente de cierta forma y el legislador con su silencio crea situaciones contrarias a lo querido por el soberano. Si se dan estas circunstancias el silencio del legislador se transforma en una omisión inconstitucional si el incumplimiento se convierte en infracción constitucional.

Sobre este pilar se levantan dos ejes básicos de esta investigación. El primero es la distinción que debe establecerse entre silencio legislativo, sea del legislador (omisión absoluta) o sea de la ley (omisión relativa), y la categoría de las omisiones inconstitucionales, sin olvidar que no toda omisión inconstitucional puede ser objeto de una declaración de inconstitucionalidad por omisión. Aquél, el silencio, es el género, y ésta, la omisión, es la especie. El segundo eje es la identificación en los silencios legislativos de un elemento normativo que hipotéticamente debería permitir su control jurídico sin interferir en la decisión política que puede subyacer en ese silencio, y que es asunto que corresponde en exclusiva a la competencia del legislador. No obstante, el hecho mismo de hablar del control jurídico de los silencios legislativos suscita reparos nada desdeñables, de los que sobresale la hipotética usurpación de funciones legislativas y la politización del actuar del sujeto controlador cuando se debe pronunciar sobre la inactividad legislativa. Objeciones de peso si quien controla es un órgano jurisdiccional.

La primera reacción ante el control jurídico de los silencios legislativos, habida cuenta de las objeciones mencionadas, es la de negar su posibilidad. Esta actitud, que ha sido la tradicional, comparte los argumentos

de quienes rechazaron en su momento el control de constitucionalidad (control jurídico, se entiende) de la ley. Admitido este control de constitucionalidad de la ley, aún hay quien objeta el de los silencios legislativos que, si el Juez constitucional, (u ordinario) lo practica, hará política, pues, en último término, tendrá que pronunciarse sobre la decisión política de legislar y sobre el contenido de lo que debe ser legislado.

Quienes plantean la cuestión de este modo yerran porque pretenden abordarla como un asunto de responsabilidad del legislador por sus silencios, al entender que la única sanción posible para quiescencia del órgano es su coacción a legislar. A nuestro juicio, las cosas no son, necesariamente así. El control y la sanción jurídica del silencio legislativo infractor de la Constitución no tienen que consistir en una sustitución del legislador por otro Poder del Estado.

La hipotética ausencia de un objeto a controlar, cuando de un silencio legislativo se trata, ha hecho caer el argumento de la inconstitucionalidad por omisión de lado del sujeto que calla y del control sobre ese sujeto, invocando todos los fantasmas de un nuevo asalto judicial a la autonomía del legislador democrático; asalto del que el legislador debe ser nuevamente defendido. Las tesis que, no obstante, pretenden articular un control sobre los silencios legislativos están contagiadas de ese mismo personalismo, pues a falta de objeto a controlar, tratan de buscar un sujeto responsable del incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Constitución. El legislador vive dividido entre su autonomía política democrática y su función ejecutiva de las obligaciones que la Constitución le impone. El control

jurídico de sus silencios solo puede acontecer allá donde la Constitución niega al legislador su autonomía democrática, convirtiéndolo en su ejecutor<sup>4</sup>

En este trabajo se pretende evitar ese deslizamiento de la inconstitucionalidad por omisión hacia los controles subjetivos y permanecer del lado objetivo y objetivable del control (y con ello no se está haciendo referencia al carácter más o menos discrecional del control de los silencios legislativos, sino a la naturaleza de lo controlado). Este enfoque trata de resolver las incógnitas planteadas desde una perspectiva menos problemática y más eficaz, a nuestro entender, que la mencionada arriba, pues quienes defienden esa teoría que identifica la omisión inconstitucional con la responsabilidad jurídica del legislador por incumplimiento de sus obligaciones constitucionales, no resuelven, probablemente porque carezcan de solución, ni la identificación de esas obligaciones cuyo destinatario es el legislador (y repárese en la repercusión que esta idea tiene sobre la reserva de la ley) ni la exigibilidad de su cumplimiento.

Esta tesis se fundamenta, y quizá en esto radique su utilidad, en la supremacía normativa de la Constitución, y no en su supuesto carácter dirigente. Esa supremacía normativa es el factor que define el modo y grado de vinculación del legislador a la Constitución, que ni exige negar la autonomía política de aquél ni mutarlo en ejecutor constitucional. La relación entre ambos, Constitución y legislador, no es una relación entre dos sujetos que luchan por la soberanía; la relación es objetiva, de una norma con los actos normativos del sujeto al que le confiere la facultad de dictarlos. La función que cumple el control jurídico de los silencios legislativos es la de

---

<sup>4</sup> Véase el libro de Markus van den Hövel, *Zulässigkeits- und Zulassungsprobleme der Verfassungsbeschwerde gegen Gesetze*, Duncker & Humblot, Berlin, 1990, pág. 63 y ss.

restablecer la supremacía de la Constitución si esta ha sido menoscabada por la quiescencia legislativa, no la de obligar al legislador a legislar. Para lograr semejante objetivo, basta con expulsar del ordenamiento aquellas consecuencias jurídicas del silencio legislativo que sean contrarias a la Constitución. Una función depuradora que le compete a los órganos jurisdiccionales, en particular, al Juez constitucional.

Es cierto que esa función depuradora de los órganos jurisdiccionales se ha visto con desconfianza siempre que el objeto de su control era cualquier actividad del legislador. Y el recelo se tornaba en franco rechazo cuando lo que se pretendía controlar y depurar por los jueces era ni más ni menos que la pasividad legislativa. Se entendía que el control sobre la actividad o la pasividad del legislador era una ilegítima interferencia judicial en la libertad del legislador. De este modo, cualquier intento de articular un sistema de control judicial sobre el resultado de la actividad o pasividad (es importante en este punto aclarar, que no en todas estas situaciones, la actividad o inactividad, tenga que producir un resultado negativo objeto de este estudio. La posibilidad de que no degenera el *statu quo* una de estas situaciones es de entera posibilidad) del legislador era visto como una extralimitación en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales de los jueces. Vencida esta reticencia hacia el control judicial de la constitucionalidad de la ley, perduró, empero, la resistencia cuando semejante control se ambicionaba también para los silencios legislativos. Sin embargo, si se rehúsa controlar jurídicamente los silencios legislativos, porque tal actividad excede la función jurisdiccional atribuida a los jueces (se politiza, dirán muchos), se lleva la cuestión a un terreno distinto a aquel en el que debe situarse su discusión. Como podremos comprobar más adelante, el control y depuración de los silencios legislativos por los jueces no es un problema

atinente a la calidad de la función jurisdiccional y si en ella cabe el citado control, sino referido a la supremacía normativa de la Constitución. No se trata de saber si la función jurisdiccional es o no apta para realizar semejante control de la pasividad del legislador, sino de saber si esa pasividad quiebra la supremacía normativa de la Constitución, de qué modo lo hace y en que medida la función jurisdiccional ejercida por los jueces puede corregir el menoscabo. El silencio del legislador no puede ser un ámbito de inmunidad del poder legislativo, y en la medida en que sea capaz de generar resultados contrarios a la Constitución debe ser objeto de control. La supremacía de la Constitución así lo exige, y el carácter de la función jurisdiccional no repele el ejercicio de ese control, solo señala sus límites.

En efecto, como ya se ha mencionado, el silencio tiene desde luego un elemento político (la decisión de no legislar), pero no agota en él su esencia. Si solo se contempla su cara política no resulta dudar de la conveniencia del control jurisdiccional del silencio. Ni siquiera elude esa duda razonable sostener que el control jurídico de los silencios legislativos solo tiene lugar cuando el legislador ha sido transformado por la propia Constitución en su ejecutor, eliminando así todo componente político de su decisión de no legislar. Ocurre que el silencio también posee un elemento normativo que acompaña el político, y es ese elemento normativo el que interesa aquí como objeto de control.

En este trabajo se pretende sostener que el control de constitucionalidad del silencio legislativo, al igual que el control de constitucionalidad de la ley, recae sobre la cara normativa del silencio, consistente en las situaciones jurídicas que dicho silencio conserva o genera. Y no sobre su cara política,

la decisión de no legislar. No se trata pues, de que la infracción constitucional ocasionada por el silencio legislativo pueda producirse solo si se incumple con una obligación expresa y concluyente de legislar. Esa infracción se produce siempre que el silencio suponga la creación de una situación jurídica contraria a la Constitución, medie o no una obligación constitucional de legislar.

No es función del Juez, sea este ordinario o constitucional, ni siquiera es el resultado necesario del control de los silencios legislativos, convertir al legislador en responsable de su quiescencia y obligarle a legislar o hacerlo por él. Este último resultado podría ser el punto de llegada de las tesis que sostienen la conexión entre inconstitucionalidad por omisión y Constitución dirigente. Pero no lo es de la aquí defendida. No se trata de hacer responsable jurídico al legislador de la inobservancia de sus obligaciones constitucionales para hacer recaer sobre él la sanción correspondiente (como pueden serlo la Administración Pública o el Poder Judicial), como tampoco lo es por sus leyes. Su irresponsabilidad como órgano en punto a la constitucionalidad de sus leyes y sus silencios es posible que sea plausible fruto de su posición jurídica en el Estado democrático. Ahora bien, irresponsabilidad e inmunidad no son lo mismo. El primero es un problema de sanciones y el segundo de control. El juez constitucional puede realizar un control jurídico de los silencios legislativos sin exceder los límites de su tarea, pues no ejerce sino lo que es precisamente su meollo: hacer valer la supremacía de la Constitución, sin que sea necesario acudir a la figura de la responsabilidad legislativa. La supremacía constitucional se preserva negándole inmunidad a los silencios, aunque quien calla sea irresponsable jurídicamente.

Una advertencia terminológica. Aunque en esta investigación se habla del control de silencios legislativos, en realidad el objeto de control no es ese silencio, ya sea éste del legislador, cuando su quiescencia es total (omisión absoluta), ya sea de la ley (omisión relativa). El silencio legislativo por si solo es un hecho, no un fenómeno normativo. Un hecho que puede tener enorme trascendencia política e incluso jurídica, pero si se pretende someter a control, sea este político o jurídico, lo cierto es que se estará controlando al sujeto que calla, al órgano quiescente. Si aquí se ha dicho ya que se trata de objetivar el control del silencio legislativo, lo que debe ser controlado no es el hecho en si del silencio, sino sus consecuencias normativas, del mismo modo que en el control de constitucionalidad de la ley se controla la consecuencia de una manifestación de la voluntad del legislador y no al legislador mismo. No cabe duda de que por una u otra vía se someterá a control indirecto al legislador, pero ese efecto, probablemente más político que jurídico, debe dejarse a un lado para no confundir la claridad del razonamiento. No obstante en esta investigación se hablará de control del silencio legislativo para denominar el control de sus consecuencias, y no del silencio mismo.

## CAPITULO II

### CONSTITUCION DEMOCRATICA Y LEGISLADOR

#### 1. INTRODUCCION

Precisar hasta que punto el legislador es dueño de sus silencios y libre en la apreciación de la oportunidad política de su actuación, no es si una forma más de ubicar su posición y la de sus productos normativos (las normas con rango de ley) en las constituciones democráticas. Bien entendido que aquí, en lo tocante a esta investigación, legislador es quien tiene atribuida la función de crear normas con rango de ley, sea cual sea la forma que éstas adopten en el ordenamiento de que se trate<sup>5</sup>.

Es sabido que esa posición jurídica del legislador y sus leyes ha sufrido una importante transformación como consecuencia de dos circunstancias relacionadas. La atribución de la titularidad de la soberanía al pueblo y la afirmación de la supremacía normativa de la Constitución, que han venido acompañadas a su vez de consecuencias tan trascendentales como un cambio en la función de la Constitución, y, sobre todo, la articulación de los diversos modelos de justicia constitucional. Estas son probablemente alguna de las razones que alumbran el devenir histórico, jalonados de ejemplos muy diversos de Estado constitucional, que condujo del Estado liberal del siglo diecinueve al Estado democrático moderno, y que permiten apreciar su diferente forma de concebir la constitución y sus funciones. Y

---

<sup>5</sup> En el momento oportuno se hará mención a que concreto legislador se refiere esta investigación. Vale la pena advertir ya que los silencios que aquí se pretenden analizar serán los del legislador parlamentario.

también son las razones que pueden explicar la distinta posición del legislador y el diverso estatuto jurídico de sus silencios en ese sobrevenir de Estados<sup>6</sup>.

En efecto, la atribución que se haga de la soberanía a la Nación o al Pueblo, y que decir si se hace al Parlamento, aboca a una distinta relación entre Constitución y legislador, porque es distinta la posición que ocupa en el ordenamiento jurídico. En un caso, el de la soberanía de la Nación, el legislador ocupa la posición que le corresponde en su calidad de representante de la voluntad soberana, y la Constitución a lo sumo establece el cauce a través del cual el legislador puede expresarla. Ley y Constitución son las manifestaciones jurídicas de una misma voluntad, la de la nación, lo que pone una severa objeción a la pretensión de describir la relación entre ambas, como si se tratara de una relación jerárquica. En el otro caso, el de la soberanía del Pueblo (advertida la imposibilidad jurídica

---

<sup>6</sup> Téngase en cuenta que aquí se usan los términos “Estado liberal” y “Estado democrático” aludiendo dos formas de concebir el ordenamiento jurídico del “Estado constitucional”, caracterizándose la primera por la atribución de la soberanía a la Nación o al Parlamento, lo que lleva aparejado por regla general la afirmación de la supremacía normativa de la ley (esto es, el Estado propio del Constitucionalismo). Mientras que el Estado democrático supone la atribución de la soberanía al pueblo y la supremacía normativa de la Constitución como forma diversa a la ley. Obsérvese también como el tránsito del Estado liberal al democrático afecta en este caso a la existencia y posición en el ordenamiento de la forma jurídica “Constitución”, pero no necesariamente al concepto de “norma constitucional” o al tipo de funciones que le toca desempeñar. El problema, obviamente, es de atribución de la soberanía. En el Estado liberal aún se afirma la existencia de un sujeto titular de la soberanía. Mientras que en el Estado democrático cobra sentido la idea de Constitución sin soberano, objetivando la soberanía en la Constitución como forma jurídica diversa a la ley, con el objeto de sortear el riesgo, que acompaña a la “democracia de identidad”, de la negación del Estado y de la fundamental distinción entre titularidad y ejercicio de la soberanía.

de construir una democracia de identidad sin negar el Estado<sup>7</sup>), el legislador ocupa la posición que la constitución le atribuye como órgano que expresa la voluntad del conjunto de los ciudadanos; colectividad que, como bien se sabe, no cabe identificar con el Pueblo titular de la soberanía. Constitución y ley deben ser formas jurídicas diversas y jerarquizadas en tanto expresan dos voluntades distintas; la primera, voluntad del pueblo soberano; la segunda, la de los ciudadanos<sup>8</sup>. La más intensa legitimidad democrática del legislador puede explicar su preeminencia entre los poderes del Estado y la superioridad de la ley respecto de las demás normas jurídicas del concreto ordenamiento jurídico, pero ya su relación con la Constitución, regida únicamente por la supremacía normativa de esta última. Tampoco el legislador será merecedor de cualidades tan metajurídicas como la supuesta racionalidad y corrección de sus decisiones de las que derivar su posición jurídica, resistente a todo control. Metafísica jurídica a la que la teoría clásica de la reserva de la ley no es ajena, en la creencia de que con su mera existencia la libertad y la propiedad de los ciudadanos, y en último término la propia Constitución, estaban sobradamente garantizadas.

Cualquier modelo de justicia constitucional, esto es, cualquier sistema de garantía de Constitución que no haga del propio legislador su propio guardián, espanta a la construcción teórica que ilumina al constitucionalismo del siglo XIX, tanto la inspirada en el principio liberal como la que lo hace en

---

<sup>7</sup> Sobre la imposibilidad de conciliar la democracia de identidad con el Estado constitucional democrático y su construcción jurídica de la soberanía del pueblo, véase a Ignacio de Otto y Pardo, *Lecciones de Derecho Constitucional*, Guiastur, Oviedo, 1980, pág. 263 y ss.

<sup>8</sup> Aquí por forma jurídica debe entenderse el modo de manifestación externa que adquiere una norma jurídica en el ordenamiento, con independencia de su contenido, por haber sido creada por ciertos sujetos y con un cierto procedimiento, y a la que el ordenamiento atribuye una determinada posición desde la que condicione la validez o la vigencia de otras normas de ese mismo ordenamiento.

el principio monárquico<sup>9</sup>. Si esto es así, carece de todo sentido hablar en este momento del control de la constitucionalidad de los silencios del legislador. El problema de una hipotética inconstitucionalidad por omisión solo alcanza relevancia jurídica si se produce una quiebra entre Constitución y ley, de tal forma que la relación entre ambas se transforma en una relación jerárquica entre formas jurídicas diversas porque el legislador ya no tiene a su disposición la primera de ellas<sup>10</sup>. Solo en ese caso el silencio del legislador, ya sea absoluto (silencio del legislador) ya sea relativo (silencio de la ley), puede incurrir en contradicción con una voluntad normativa que le es indisponible, la del Pueblo soberano expresada en la Constitución. Seufert condensa en estas palabras el sentido último del control de los silencios del legislador y su íntima conexión con la supremacía de la Constitución: “donde no hay ninguna vinculación normativa, y, por ello, ningún deber de actuar, no existen omisiones<sup>11</sup>”.

## **2. LA HEGEMONÍA CONSTITUCIONAL, SOPORTE DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS SILENCIOS LEGISLATIVOS**

La Constitución del siglo XIX, en efecto, llagará a imponer ciertos límites a la actividad del legislador, la ley ordinaria, pero lo hace en la medida en que la

---

<sup>9</sup> Véase el rechazo al modelo de justicia constitucional basado en la consideración de la ley como expresión de la voluntad soberana de la Nación en Raymon Carré de Malberg, “*Contribution a la Théorie Générale de l’État, spécialement d’après les données fournies par le Droit constitutionnel française*”, Centre Nationale de la Recherche Scientifique, 1962, tomo II, pág. 614 y ss. Confróntese con la posición favorable de Maurice Haouriu, *Précis de Droit constitutionnel*, Sirey, Paris, 1923, pág. 302 y ss.

<sup>10</sup> Véase a Rainer Wahl, *Der Vorrang...*, *ob. cit.*, pág. 489 y ss.

<sup>11</sup> Leo Seufert, “*Die nicht erfüllten Gesetzgebungsgebote...*”, en especial, su Capítulo I. La cita esta tomada de su página 11.

Constitución se concibe como una ley reforzada. No hay una ruptura jerárquica entre Constitución y ley. El hecho mismo de hablar de la rigidez o flexibilidad de una Constitución es prueba de ello. Ambas, Constitución y ley, expresan la voluntad de la Nación; son instrumentos de los que se sirve el soberano para ordenar jurídicamente al Estado. El silencio del legislador es irrelevante para la Constitución del Estado liberal porque ésta hace efectiva a lo más su función limitadora imponiendo al legislador la utilización de un procedimiento distinto al ordinario para que su función legislativa también tenga valor constituyente. Por tanto, la actividad del legislador, no su silencio, es lo que encuentra límites en la Constitución. Compeler al legislador para que salga de su silencio se percibe como una inadmisibles compulsión del soberano mismo, encarnado en su representante, el Congreso. En definitiva, la decisión sobre la articulación jurídica del Estado, y de la propia sociedad, es tarea que le corresponde al legislador con su ley, a la que en el mejor de los casos se le exige un determinado proceso de producción distinto al ordinario para poder traspasar o modificar los límites constitucionales, sin dejar de ser por ello una ley formal.

La Constitución, voluntad originaria de la Nación, expresa con sus límites el parámetro de la legitimidad de la acción legislativa ordinaria en esa tarea, pero no el marco de su juricidad, pues está en manos del propio legislador el poder para modificar ese parámetro (poder de reforma constitucional).

Y no se trata de que el legislador sea soberano porque tiene atribuido el poder constituyente, pues esto sería tanto como identificar la soberanía con uno de sus atributos, identificación desde todo punto incorrecta<sup>12</sup>. Antes bien, el legislador manifiesta su posición soberana (suprema) en el Estado

---

<sup>12</sup> Véase Hans Kelsen, “*El Problema de la Soberanía*”, Scientia Aalen, Tübingen, 1960, pág. 40 a 43.

liberal porque no sólo tiene atribuido ese poder en el de reforma, sino que, además, ejerciendo su función legislativa puede disponer en todo momento de las condiciones mismas de esa atribución. Dicho en otros términos, la ley es una norma incondicionada y suprema, fuente última de la validez de las restantes, que puede disponer incluso de la norma que le impone sus límites formales y materiales.

No obstante, la quiebra que la paulatina conversión de la soberanía nacional en parlamentaria puede ocasionar en la esencial separación, cuando menos teórica, entre titularidad y ejercicio de la soberanía, y entre poder constituyente y poder constituido, se pretende eludir utilizando el instrumento de la rigidez constitucional, convirtiendo precisamente a la Constitución en aquella ley reforzada que más arriba se mencionaba; pero no articulando un modelo de control del legislador cuyo parámetro sea la Constitución, y que solo alcanzaría a sus actos. Por una parte, esa conversión de la Constitución en ley reforzada tiene por fin preservar la diversidad (más funcional-procedimental que orgánica) entre poder constituyente y poder constituido. Por otra parte, la distinción entre titularidad y ejercicio de la soberanía, pilar indiscutible, no obstante, del Estado liberal y del principio de soberanía nacional, no se salvaguarda aseverando la supremacía normativa de la Constitución, sino con el establecimiento de procedimientos especiales más o menos incómodos para ejercer el poder de reforma. El fundamento teórico, pues, de la inmunidad de los actos del legislador en el Estado liberal, al igual que el de sus actos, radica en su calidad de sujeto que en el seno del

ordenamiento jurídico encarna y es la voz del soberano nacional<sup>13</sup>. Sin olvidar que el liberalismo político que alimenta ideológicamente el Constitucionalismo continental postula la abstención del Estado, siendo el silencio del legislador la mejor de sus actitudes<sup>14</sup>.

Sin embargo, el silencio del legislador en el Estado democrático se revela como causa de posibles declaraciones de inconstitucionalidad por omisión del legislador o sus leyes, porque es en ese Estado en el que se consuma la ruptura entre la Constitución y la ley, surgiendo ambas como dos formas jurídicas jerarquizadas, pues jerarquizadas están las voluntades de las que traen causa, y en el que pueden articularse un sistema de justicia constitucional apoyado sobre esa jerarquía normativa. El principio democrático no fundamenta directamente la posición del legislador respecto de la Constitución, por más que sí lo haga de su posición respecto de los demás órganos y sujetos del ordenamiento, sino que es la Constitución la que establece normativamente su posición a la luz de la atribución de la soberanía al Pueblo y su positivización del principio democrático, como es el caso de la Constitución Política Colombiana en sus artículos 1 y 3.

---

<sup>13</sup> He aquí una de las razones que explican el surgimiento de las concepciones materiales de la ley como herramienta destinada a limitar de algún modo la omnipotencia del legislador, misión en la que las constituciones del siglo XIX se fracasó.

<sup>14</sup> Como es bien sabido, desde esta óptica política el Estado vive una difícil contradicción: es una constante amenaza para la libertad individual, pero ésta es imposible sin el Estado. Esto explica el que por un lado se estime la abstención como un deber genérico del aparato del Estado, y, ante la necesidad de actuar para asegurar la libertad, lo haga a través del órgano que representa a la colectividad cuyas libertades individuales deben garantizarse, el legislador, que no es sino una colectividad misma que se autorregula con la forma de leyes. La Constitución es la norma que establece los límites que la colectividad impone al órgano-legislador que la representa cuando éste procede a aquella autorregulación, siempre que la propia colectividad (abstractamente considerada) no disponga de la propia Constitución a través de ese órgano.

Quizá convenga recordar aquí que, si el Estado democrático implica la supremacía de la Constitución, expresión esta última de la voluntad normativa del Pueblo soberano, y la consiguiente ruptura con la ley, que ya no puede ser expresión de voluntad soberana alguna, desde el prisma jurídico en el ordenamiento la soberanía ha dejado de residir en un sujeto (Monarca, Nación. Pueblo, Parlamento, etc.), y ahora descansa en una norma, la Constitución, que es norma suprema de ese ordenamiento jurídico<sup>15</sup> La consecuencia lógica de la supremacía normativa de la Constitución es que los órganos llamados a hacer valer el principio de jerarquía normativa lo hagan también entre la Constitución y la ley. Si se sostuviese sin más que el legislador en el Estado democrático, como en el liberal, representa y expresa la voluntad del Pueblo soberano, de modo que la ley manifiesta también la voluntad soberana, difícilmente podría explicarse la supremacía normativa de la Constitución y menos aún el control de la constitucionalidad de la ley. La atribución de la soberanía al Pueblo significa que ningún otro sujeto dentro del Estado puede actuar como si fuera su titular, y, por tanto, ninguno puede expresar una voluntad omnímoda, soberana. Y el hecho de que haya que imputar la voluntad del legislador a la voluntad soberana, que en el Estado constitucional democrático no puede ser otra que la expresada en la Constitución, en

---

<sup>15</sup> Naturalmente, esta afirmación no implica la identificación del concepto de Constitución con el de Constitución democrática. Constitución, desde un punto de vista jurídico y abstracto, es la norma o normas que ocupan la posición jerárquicamente suprema de un ordenamiento jurídico, sea cual sea su materia y adopten la forma que adopten, porque condicionan la validez de las restantes. En efecto, en el Estado liberal europeo y del siglo diecinueve la norma suprema (la “Constitución” en sentido jurídico) era la “ley”, pues ésta es la forma jurídica que tenía atribuida la posición de supremacía en el ordenamiento jurídico. En el Estado democrático la Constitución se conviene en una forma jurídica diversa a la ley y superior a ella.

modo alguno contraría el argumento expuesto, tan sólo impone la necesidad del control<sup>16</sup>.

Sólo cabe identificar Pueblo-titular de la soberanía con el pueblo que la ejerce, es decir, sólo puede manejarse un único concepto de Pueblo, si se admite la posibilidad de que sea compatible la existencia del Estado con la democracia de identidad, en la que la colectividad titular de la soberanía se identifica con la colectividad real que la ejerce formando la voluntad del Estado a través de sus representantes, que son el cuerpo legislativo.

A los efectos del tema que ocupa este trabajo, semejante planteamiento llevaría a igualar en rango a la ley y a la Constitución. Conocidas de sobra las consecuencias de aquella identificación, jurídicamente es inevitable la ruptura entre ambas colectividades, la abstracta titular de la soberanía y personificación del ordenamiento y su Constitución, única soberana; y la real e histórica, creada por la propia Constitución y sometida a ella, para poder preservar la identidad del Estado democrático. Si esto es así, ley y Constitución no pueden ser normas con igual rango cuando menos porque

---

<sup>16</sup> Con esa imputación jurídica no se trata de identificar dos voluntades de dos distintos sujetos, la del soberano y la del legislador, en una sola, sino de dotar de validez a la voluntad del legislador porque no es contraria a la Constitución. No hay más voluntad soberana que la constitucional, y otras voluntades normativas valen en la medida en que se imputan al Estado, siendo la Constitución la norma que establece los criterios de imputación (reglas de validez). Así pues, la imputación jurídica se hace en último término a la Constitución como norma que da unidad al ordenamiento jurídico. Por tanto, la voluntad del legislador, como la de un juez cuando dicta sentencia, obliga jurídicamente porque se imputa al Estado, es decir, porque se reconocen como actos jurídicos pertenecientes a un determinado ordenamiento jurídico, y por ello válidos, y con los efectos que tal ordenamiento, en su norma constitutiva, establece. Y el hecho mismo de que sea necesaria esa imputación para que determinada voluntad normativa salga en el ordenamiento, es prueba del sometimiento de tal voluntad a la norma (la Constitución) que establece las reglas de validez.

el órgano que crea la ley no representa jurídicamente la voluntad del Pueblo titular de la soberanía, sino la del pueblo que la ejerce, precisamente a través de ese órgano legislativo. Todo ello, sin perjuicio de que la voluntad de ese órgano se impute jurídicamente a la del Pueblo soberano en tanto en cuanto la Constitución le confiere el carácter de válida.

La posición del Congreso Nacional Colombiano, de acuerdo con la Constitución Política, deriva de su calidad de representante del pueblo colombiano, calidad de la que carecen los demás órganos del Estado. Pero el legislador representa a un pueblo que no es el titular de la soberanía. Sus actos, y también sus omisiones como se intentará demostrar a continuación, no son sin más los del Pueblo soberano, sino que la imputación de tales actos u omisiones a ese Pueblo requiere un juicio previo sobre su adecuación a la voluntad normativa del soberano expresada en la Constitución. Los actos u omisiones del legislador no son del soberano, sino de un poder constituido y por ello limitado, sometido a control, en este caso, al de la Corte Constitucional que debe velar por aquella adecuación.

No obstante, el hecho de que el legislador o la ley ocupen ahora una posición subordinada a la Constitución no es razón suficiente, aunque sí necesaria, para sostener que los silencios del legislador deben someterse a un control de constitucionalidad. Sencillamente es razón suficiente y necesaria para someter sus actos normativos a dicho control. La razón que permite dar ese salto cualitativo, y afirmar que también cuando calla el legislador o su ley ambos siguen vinculados a la Constitución, debe buscarse en los propios términos de esa vinculación, lo que entronca con un cambio en las funciones que a la Constitución le toca desempeñar.

### **3. CONSTITUCIÓN DIRIGENTE, CONSTITUCIÓN ABIERTA Y SILENCIOS LEGISLATIVOS**

Esa idea de legislador como poder constituido y limitado sitúa la cuestión en sus justos términos, pues la admisibilidad de un control sobre sus silencios sólo es posible si se esclarece qué vinculación tiene el legislador respecto de la Constitución. Si la Constitución del Estado democrático sólo pretende establecer los límites constitucionales de la configuración legislativa de la sociedad, la vinculación del legislador adquiere un tinte negativo, pues le estaría permitido todo lo que no contraviniese esos límites (lo lícito sería lo jurídico-constitucionalmente posible). La Constitución establecería en qué supuestos no es posible introducir poder público en las relaciones sociales (esta sería la función de los derechos fundamentales), pero no es su objeto indicarle en qué casos debe hacerlo. Allá donde la Constitución no impone una prohibición, un límite, hay un permiso. El permiso constitucional al legislador para configurar el Estado y la sociedad dentro de los límites constitucionales da cobertura también a sus silencios sobre el particular, pues no cabe trocar dicho permiso en un mandato de actuación. La Constitución permite la introducción de poder público, como no hacerlo, asumiendo como propia tanto la acción del legislador como su silencio. La posibilidad y el riesgo de que el silencio legislativo diese cobertura a la introducción de poder público allá donde la Constitución lo prohíbe es un problema de Estado de Derecho, no de supremacía de la Constitución. Sólo la ley puede dar cobijo a tal ejercicio del poder público y siempre que con dicha ley no se infrinja una prohibición constitucional<sup>17</sup>. Luego las

---

<sup>17</sup> Modelo constitucional que repercute necesariamente en la estructura del sistema de fuentes. Valga ahora el caso de la difícil coexistencia de una reserva general de ley con el reglamento independiente. En el supuesto indicado en el texto habría una reserva general de ley, pues sólo la ley puede introducir poder público en la

consecuencias contrarias á la Constitución del silencio legislativo no se vuelven contra el legislador, sino contra quien haya empleado el poder público sin tener competencia para ello, que es quien sufrirá la sanción jurídica correspondiente, pues del silencio legislativo no cabría extraer una cobertura que sólo la ley puede ofrecer.

Así pues, el silencio legislativo nunca constituirá una infracción de la Constitución, ni directa, ya que el efecto del silencio también es querido por la Constitución, como el de la ley que lo puede llenar; ni indirectamente, pues, en modo alguno dará cobertura al empleo del poder público. Comentando a Jellinek, lo que para el legislador es un acto de libertad, crear derecho, para otros órganos del Estado es una arbitrariedad contraria a la Constitución<sup>18</sup>. En estos supuestos de Constitución limitativa, el control y juicio de constitucionalidad tendrá por único parámetro las prohibiciones de hacer.

En efecto, muchos preceptos constitucionales responden a esta estructura negativa. Sin embargo, la Constitución del Estado democrático también contiene normas positivas que ordenan al legislador realizar determinadas misiones o perseguir determinados fines, y no sólo le impone prohibiciones o le atribuye sencillamente la exclusiva competencia para hacer algo determinado. Sucede entonces, que si se considera como único control

---

relación jurídica en cuestión, que negaría la cualidad de norma competente para tal función a cualquier otra forma jurídica. incluido, claro está, el reglamento independiente. Si la Constitución se concibe como norma negativa, el silencio de la ley impide la regulación de la materia por el reglamento, pero no la autorregulación social. Si no es así, si la Constitución no es una mera norma negativa, son múltiples las respuestas, y es posible que no haya tal reserva general de ley, que el reglamento pueda llenar las lagunas legales o que sin ley no quepa la autorregulación social.

<sup>18</sup> Georg Jellinek, „*Sistem der subjektiven öffentlichen Rechte*“, Sienta Verlang Aalen. Tübingen, 1979, pág. 98.

posible de la actividad del legislador el derivado del tipo de vinculación propia de las normas negativas (de prohibición), excluyendo cualquier otro control sobre la vinculación del legislador a las normas positivas, habrá un importante sector de la Constitución al que se ha privado de su valor normativo. La Constitución vale y vincula toda ella, no sólo sus prohibiciones.

La Constitución además de límites puede establecer en qué casos lo políticamente posible no sólo puede ser lícito sino debido. La función de la Constitución en este caso es la de prescribir con mayor o menor apertura una determinada forma de ordenar el Estado y la sociedad<sup>19</sup>. De modo que habrá ocasiones en las que no sólo indica los límites a la configuración legislativa de las relaciones sociales, sino que ordena al Estado que en ciertas relaciones sociales introduzca poder público. El silencio legislativo bien puede introducir poder público en una relación social contraviniendo una prohibición constitucional, bien puede no hacerlo desobedeciendo un mandato constitucional. En ninguno de los dos casos estamos sólo ante un problema de Estado de Derecho como en la ocasión anterior, sino ante una conducta del legislador, en este caso omísiva, que puede estar vulnerando la Constitución porque su inactividad puede estar suplantando la voluntad del soberano. En el modelo de Constitución liberal el silencio del legislador abre un espacio a la libertad individual y otro de incompetencia para los restantes Poderes del Estado. Ese silencio legislativo genera una laguna que para los individuos implica la libre autorregulación de sus conductas y para la administración o los tribunales la incapacidad para actuar si no es

---

<sup>19</sup> Sobre este cambio en las funciones constitucionales véase el ensayo de Francisco Bastida Freijedo.

“Constitución, soberanía y democracia”. Revista del Centro de Estudios Constitucionales. N° 8. 1991. pág. 9 y ss.

para respaldar aquella autorregulación<sup>20</sup>. Sin embargo, la Constitución democrática aspira a una configuración más o menos intensa y extensa de la comunidad ordenada jurídicamente. Y hay que suponer que lo pretende de forma coherente y sistemática (principio de unidad), de modo que las lagunas legislativas tendrán aquellos efectos sólo si los ha querido la Constitución (explícita o implícitamente), lo que se proyecta necesariamente sobre la integración que administración y tribunales hagan de esa laguna legislativa.

Por lo que se acaba de decir, la Constitución no se torna en Constitución dirigente ni totalizadora, que hace del legislador su mero ejecutor. Tan incorrecto es concebir la Constitución en su conjunto como una norma negativa, como pensar que es toda ella un programa que deben ejecutar los Poderes del Estado y, en particular, el legislador<sup>21</sup>. La apertura de la Constitución actúa como un criterio corrector de la expansión de una precomprensión de la Constitución del Estado democrático como una Constitución dirigente<sup>22</sup>. Dicha apertura se manifiesta en los contenidos de la ley, que son tantos como los posibles en el marco constitucional, no en el

---

<sup>20</sup> Kelsen pone de manifiesto que tan distinta es la vinculación a la Constitución del legislador y de los restantes Poderes del Estado, pues si para el primero sólo operan las normas negativas, le estará permitido todo aquello que la Constitución no le prohíba, para la Administración o los Tribunales sólo es posible aquello que la ley les permita. Véase de dicho autor su *Teoría general del Derecho y del Estado*. UNAM, México. 1979 (2ª reimp. de la 2ª edic. 1958. trad. García Máynez). pág. 149.

<sup>21</sup> Véase el artículo de Peter Lerche. „Das Bundesverfassungsgericht und die Verfassungsdirektiven. Zu den „nicht erfüllten Gesetzgebungsaufträgen“. 1965. pág. 341 y ss. págs. 371 y 372.

<sup>22</sup> Sobre la apertura de la Constitución como consecuencia necesaria del principio democrático véase a Ignacio de Otto Y Pardo. “Derecho Constitucional. Sistema...” ob. Cit., págs. 39 y ss. 46 y ss. y 148 y ss.; del mismo autor, *La Constitución abierta*. Revista de Occidente. N° 54. 1985. pág. 45 y ss. Consúltese también el trabajo de Francisco Bastida Freijedo. “Constitución, soberanía y democracia.” Ob. cit. pág. 21 y ss.

reconocimiento al legislador de una libre voluntad para decidir sobre su actividad legislativa en toda ocasión. Si la Constitución democrática es una norma abierta eso quiere decir que sobre ciertas materias el Pueblo soberano ha querido que se pronuncien sus generaciones vivas a través de sus representantes en el órgano legislativo (este es el fundamento de la reserva de ley en el Estado democrático). Es este último quien debe decidir acerca del modo, intensidad y extensión de la introducción del poder público en las relaciones sociales que corresponda, dentro del margen constitucionalmente impuesto; aunque tenga la obligación de decidir si no desea infringir la Constitución. Bien es cierto que, de igual forma que el legislador no puede suplantar la voluntad del soberano-Constitución, aunque la forma de realizar esa voluntad esté abierta a múltiples posibilidades, nadie puede suplantar ni compeler la voluntad del legislador en una u otra dirección si precisamente es él el único competente para concretar aquellas múltiples opciones. En esto consiste la apertura de la Constitución y su íntima conexión con la reserva de ley.

No obstante, su competencia para cerrar en un sentido u otro la apertura constitucional no puede trastocarse en libertad para disponer de esa apertura con su silencio, y de esta forma disponer del contenido normativo de la Constitución allí donde ésta le impone un deber (aunque sólo el legislador sea el competente para decidir cómo cumplirlo). Sin perjuicio de que en ocasiones la decisión del legislador sobre si cerrar o no dicha apertura es discrecional porque la Constitución ha querido establecer sólo una norma de competencia (sólo el legislador puede proceder a dicho cierre). Es por eso por lo que no todos los silencios del legislador son omisiones infractoras de la Constitución. Sólo se produce tal situación cuando el silencio legislativo es el objeto de una prohibición constitucional

porque con tal silencio se producen consecuencias no queridas por la Constitución. Aquí está el linde que separa la Constitución abierta de la dirigente. Para la primera los silencios son posibles, para la segunda son lesiones de la Constitución. Habrá casos en los que el silencio significa únicamente que la relación social puede ser autorregulada por quienes forman parte de ella, o puede serlo por otros Poderes del Estado, y otros donde no sean posibles esas integraciones. La apertura de la Constitución no es una coartada democrática que haga inmunes a todo control los silencios del legislador, sino que es la expresión de la minoración, exigida precisamente por el principio democrático, del contenido constitucionalmente vinculante para el legislador y su ley. La superioridad jerárquica de la ley respecto de las demás formas jurídicas del ordenamiento, la presunción de su legitimidad constitucional y la reserva parlamentaria son manifestaciones de la posición cualificada que ocupa el legislador en el sistema constitucional democrático. No obstante, la vinculación a aquel mínimo es irrenunciable, y en ese mínimo también laten las prohibiciones constitucionales de ciertos silencios legislativos. La apertura de la Constitución puede afectar a la función del órgano de la justicia constitucional y al alcance de su control y juicio de constitucionalidad, pero de ninguna manera condiciona la existencia de la función y el control.

Los derechos fundamentales ofrecen un buen ejemplo del significado de esa prohibición constitucional del silencio legislativo. Los derechos fundamentales son garantías de lo posible, y en este sentido (y sólo en éste) son normas constitucionales abiertas. La Constitución Colombiana, póngase por caso, prohíbe, por el juego de las reservas de ley de sus artículos 113 y 217, que cualquier sujeto distinto al legislador y cualquier

norma distinta a la ley puedan cerrar dicha apertura reduciendo las posibilidades merecedoras de la garantía constitucional que cada concreto derecho fundamental les otorga<sup>23</sup>. Ahora bien, sólo un acto del legislador, la ley, puede introducir poder público en el ámbito amparado por un derecho fundamental (y reducir sus posibilidades), no su silencio. Este es el mínimo constitucionalmente vinculante irrenunciable. La reserva de ley es norma de competencia que atribuye a una forma jurídica, la ley, y sólo a ella, el poder de producir un efecto determinado, el cierre de la apertura constitucional querida por un derecho fundamental; y que, además, permite al legislador dentro de ciertos límites configurar según su criterio la forma concreta de realizar ese cierre. No obstante, aunque el legislador no tenga la obligación de realizar ese cierre, y sólo sea el competente para hacerlo, ocurre que su inactividad puede tener como consecuencia la introducción de poder público en el ámbito de posibilidades garantizadas por un derecho fundamental (directamente con su omisión o indirectamente dando cobertura con su omisión a la actividad de otros sujetos), cerrando así su apertura de una forma no querida, y, además, prohibida, por la Constitución. Sin duda, en estos casos, el silencio del legislador es una conducta contraria a la Constitución.

Es bien sabido, que la apertura de la Constitución democrática es una de las funciones que a ésta le toca cumplir en el seno del Estado democrático. Ahí quizá radique la diferencia esencial entre la apertura de la Constitución liberal (aquella cuya función primordial y casi exclusiva es la de imponer

---

<sup>23</sup> Esto significa también que el juez constitucional no puede cerrar la apertura constitucional con su control sobre la ley. La Constitución le impone una autorestricción cuando enjuicia las hipotéticas lesiones de derechos fundamentales, pues su función de intérprete supremo de la Constitución no puede suplantar a la que le compete al legislador, cerrando el juez la apertura constitucional cuando controla la ley.

límites a los poderes del Estado), que es consecuencia del carácter predominantemente negativo de sus prescripciones (está permitido todo lo que no está prohibido), y la apertura de la Constitución democrática (aquella que además de imponer límites, configura de una cierta forma al Estado y a la sociedad), que es una función de la misma. El que la coherencia entre el principio democrático y la Constitución haga de esta última, sobre todo, un marco jurídico en el que distintos programas políticos pueden llegar a convenirse en normas jurídicas, tiene como consecuencia necesaria que la ley, como forma jurídica superior tras la Constitución en el ordenamiento jurídico, debe responder a procedimientos de producción normativa cuyos pilares sean la discusión en condiciones de libertad e igualdad de plurales programas políticos, la regulación de los procesos que permitan tomar una decisión sobre el programa político que se convertirá en ordenamiento jurídico y la imprescindible articulación de los mecanismos adecuados para que el cambio de programa tras una nueva discusión siempre sea posible; lo que obviamente condiciona también la forma de gobierno y el reclutamiento y la estructura orgánica del legislador. En definitiva, la Constitución establece los cauces a través de los cuales su inicial apertura puede ser el objeto de sucesivos y compatibles cierres normativos, y quién tiene la competencia para hacerlo. La discrecional apreciación por el legislador de la oportunidad política de cerrar temporalmente la regulación de una determinada relación social, no trae su causa de su legitimidad democrática directa otorgada por su reclutamiento electoral, sino de la apertura de la Constitución, que en la medida en que esta última es norma suprema le impone también el respeto no sólo a sus límites, sino también a los cauces que establece para proceder a dicho cierre. En ocasiones el

silencio del legislador no es el cauce adecuado para proceder a ese cierre de la apertura constitucional<sup>24</sup>.

---

<sup>24</sup> Sobre todas estas preguntas consúltese las obras de Konrad Hesse, „Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland“. C.F. Müller (19 edic.), Heidelberg, 1993. 1 secc. III; y Rainer Wahl, Der Vorrang der Verfassung, ob. Cit., pág. 502 a 508.

## CAPITULO III

### EL RECHAZO AL CONTROL DE LOS SILENCIOS

#### LEGISLATIVOS

##### 1. EL RECHAZO AL CONTROL DE LOS SILENCIOS DEL LEGISLADOR

Parece de todo punto evidente que si la tradición iuspublicista fue recelosa ante la posibilidad de articular un control de la constitucionalidad de la ley, porque ésta, en definitiva, era también expresión de la voluntad del Soberano, difícilmente se iba a plantear siquiera la posibilidad de que el silencio del legislador pudiera ser objeto de control jurídico, sea éste jurisdiccional o de otro tipo<sup>25</sup>. No en vano, fueron aquellos autores, como Jellinek o Kelsen, que admitían la posibilidad de un control de constitucionalidad de la ley (presuponiendo una cierta relación jerárquica entre Constitución y ley, al menos si la primera era rígida), los que reflexionaron acerca del significado que cabía darle desde la perspectiva constitucional a los silencios del legislador y su posible control. Si bien lo hicieron de forma somera y con enorme escepticismo en lo tocante a la efectividad de su control<sup>26</sup>

---

<sup>25</sup> Por tal tradición debe entenderse aquí la doctrina iuspublicista que construye el Estado constitucional en Europa durante la segunda mitad del siglo XIX y la primera del XX. Sobre tales insinuaciones y discusiones véase el libro de Pedro Cruz Villalón. “*La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918- 1939)*”. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1987. en particular la sección 1 .2 de la primera parte de ese libro.

<sup>26</sup> Así, Georg Jellinek en su obra “*Gesetz und Verordnung*”. pág. 273 y ss.; y Hans Kelsen. “*Teoría general del Derecho y del Estado*”. pág. 310. Bien es cierto que ambos autores citados arriba en el texto coinciden en

Hoy las objeciones hechas al control de los silencios legislativos no son sino aquellos tradicionales reparos al “derecho de examen de los jueces” sobre la constitucionalidad de la ley, ahora formulados contra lo que se percibe como un nuevo asalto a la posición del legislador democrático: y no faltan quienes simplemente renuevan el escepticismo sobre la eficacia de su control y corrección. Al primer grupo de estas objeciones se las denominará “tradicionales”, pues entroncan con aquella tradición iuspublicista arriba mencionada, de tal modo que es inexcusable analizar esta última para abordar cabalmente sus manifestaciones contemporáneas. Esta objeción “tradicional” al control de los silencios del legislador responde negativamente, por un lado, a la posible existencia de un derecho subjetivo individual frente al legislador a que éste legisle o, de hacerlo, que no lo haga contrariando la Constitución; y, por otro, a la virtualidad de un control jurídico del silencio legislativo. El segundo grupo de objeciones, que es consecuencia del escepticismo sobre la efectividad de dicho control sobre el silencio del legislador, incide en la inexistencia de cauces procesales adecuados en los ordenamientos jurídicos actuales para realizar semejante control del legislativo; sin perder de vista que la posibilidad misma de que los hubiere no dejaría de plantear cuestiones de fondo, a juicio de quienes sostienen estas objeciones “procesales”, de difícil resolución en el Estado democrático y social de Derecho.

---

entender que tal control sólo es posible si la Constitución que le sirve de parámetro es rígida. Tal es así, que ambos, Jellinek y Kelsen dirán que una ley puede ser declarada inconstitucional si el legislador, pretendiendo incorporar al ordenamiento jurídico ciertos contenidos normativos contrarios a las disposiciones constitucionales, no ha utilizado para ello el procedimiento de reforma previsto por esa misma Constitución, y siempre que haya un órgano que tenga atribuida la función de realizar dicho control y hacer tal declaración.

Quizá sea Jellinek quien ha dedicado páginas más lúcidas y originales al análisis de los silencios legislativos, y ha sabido encadenar magistralmente ambos tipos de objeciones. Es sabido que Jellinek sostendrá la *Supremacía (Vorrang)* de la Constitución frente a la ley, aunque tal primacía no hacía de la primera una forma jurídica diversa y suprema respecto de la segunda. La primacía de la Constitución formal radica únicamente en su rigidez frente a la ley ordinaria, lo que hace de la Constitución en realidad una ley reforzada para cuya modificación debía seguirse por el legislador un procedimiento especial y distinto del legislativo ordinario. Una ley era inconstitucional porque no había seguido ese procedimiento para incorporar al ordenamiento jurídico contenidos diversos a los queridos por la ley constitucional<sup>27</sup>. En último término el legislador sigue ocupando una posición superior en el ordenamiento jurídico. Él dispone a su voluntad de las leyes constitucional y ordinaria; aunque para disponer de una u otra tenga que seguir procedimientos distintos. No obstante, la rigidez de la ley constitucional hace que, mientras el legislador no modifique su contenido por el cauce debido, la ley ordinaria siga sometida a los límites y mandatos que aquélla le impone<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> Consúltese su „*Gesetz und Verordnung*“, *ob. cit.* pág. 262 y ss., y también su „*Allgemeine Staatslehre*“, Max Ggehlen. Zúrich. 1966, pág. 531 y s.s.

<sup>28</sup> Una imperatividad y vinculación poco rigurosas en la medida en que el vinculado puede disponer de los términos de su vinculación e incluso sobre la existencia de la misma. En este sentido las normas constitucionales son “programáticas”, no tanto por ser programas cuya existencia en el ordenamiento jurídico requiere de la mediación legislativa, cuanto por ser normas cuyo contenido está a disposición de uno de sus destinatarios. Véase Costantino Mortati, „*Appunti per uno studio...*“, *ob. cit.*, pág. 934, y Jakob Seiwert, „*Zur Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde gegenüber Grundrechtsverletzungen des Gesetzgebers durh Unterlassen*“, Walter de Gruyter, Berlin, 1962, pág. 85 y ss.

Pese a ello, la voluntad del legislador sigue siendo libre y ningún otro sujeto del ordenamiento jurídico puede suplirla. Y no sólo es libre, el legislador es, además, irresponsable. El hecho de que esté vinculado a los límites constitucionales sólo quiere decir que mientras no utilice el procedimiento de creación de una ley de reforma de la ley constitucional, la ley ordinaria debe respetar los límites de la constitucional. Si se extralimita, esa ley ordinaria será calificada de inconstitucional, pero permanecerá vigente mientras no haya procedimiento alguno para su expulsión del ordenamiento jurídico. En el caso de las normas constitucionales que le ordenan actuar de cierta forma, se repite el argumento. La omisión del legislador en el cumplimiento de ese mandato constitucional es un acto jurídicamente injustificado, y no sólo ética o políticamente, aunque el ordenamiento jurídico no posea ningún medio para obligar al legislador a cumplir con dicho mandato.

Jellinek razona el carácter antijurídico de la omisión del legislador al entender que una ley sólo puede ser derogada o suspendida por otra ley, pero nunca por la negativa de los destinatarios de una ley a hacer lo que ésta les ordena. El legislador es el destinatario de un mandato contenido en la ley constitucional que sólo puede derogar o suspender creando otra ley que respete las formas impuestas por la revisión constitucional (y como se ha visto, ni siquiera este requisito es condición necesaria para que se produzca tal efecto). Si el legislador no cumple con el mandato constitucional y no lo deroga o suspende promulgando una ley, su silencio es contrario al ordenamiento jurídico. Sin embargo, dicha ruptura del ordenamiento jurídico puede quedar impune al carecer éste de instrumentos para compeler al legislador al cumplimiento de la obligación que le impone la ley constitucional. Y en modo alguno es un medio para ello derivar de tal

mandato constitucional un derecho subjetivo individual frente al legislador a que legisle<sup>29</sup>.

Si de los mandatos constitucionales de legislar puede extraerse la pretensión individual a que el legislador los cumpla, el juez que conozca de tal pretensión estará sustituyendo al legislador en su función de crear normas. El ciudadano no puede ser titular de un derecho subjetivo a que el legislador legisle, pues esto es tanto como atribuir a los jueces ordinarios la potestad de conminar al legislador a que haga leyes; o, dada la dificultad que comporta la articulación de un mecanismo para imponer al legislador dicho deber de legislar y la probable ineficacia de semejante sanción, tal pretensión podría permitir al propio juez integrar la laguna legal que ha motivado la reacción individual creando una norma aplicable al caso deducida directamente de la norma constitucional. Ambos casos, aceptar que el juez ordinario puede controlar a través de un proceso judicial el silencio del legislador y llegar a obligar al legislador a legislar o ser el mismo quien con su sentencia legisle, constituyen una insoportable quiebra de la División de Poderes.

En realidad no se trata sólo de un problema de forma de gobierno, sino, y sobre todo, de forma de Estado, pues aquellas objeciones se erigen sobre la negación de la supremacía normativa de la Constitución como forma jurídica diversa y superior a la ley, y, asimismo, sobre la aseveración del

---

<sup>29</sup> Véase la obra ya citada de Jellinek. "Gesetz und Verordnung...", pág. 273 y ss. No debe olvidarse que los derechos públicos subjetivos son concebidos como instrumentos para la defensa de intereses particulares y la ley lo es del interés común. Si la ley puede originarse en el ejercicio de un derecho público subjetivo se estaría satisfaciendo un interés particular, traicionando así el fin propio de la ley (como regla de derecho, esto es, en su sentido material y no sólo formal).

legislador soberano frente a los restantes Poderes del Estado. Todo ello preparado por la mítica confianza en el legislador racional, pues racional es el soberano; y la aún más mítica desconfianza hacia los jueces, en cuyas manos en modo alguno puede estar el control sobre el legislador, sea el Parlamento del principio monárquico, el soberano del principio liberal o el democrático de la soberanía popular. Un control sobre el legislador que resultaría, precisamente, de la supremacía de la Constitución y su eficacia directa, que obligaría a los jueces a aplicarla *contra legem*. De ahí el rechazo a admitir tal supremacía. Aceptar el examen judicial de la constitucionalidad de la ley, y más aún el de sus silencios, era destruir el principio básico sobre el que se había erigido el Estado constitucional originariamente, la supremacía de la ley como instrumento único y efectivo de protección de la libertad, y la de su creador, el legislador, garante último de la Constitución.

En efecto, si se admite, dirán quienes desean preservar esa posición de la ley, que la Constitución es norma suprema dotada de eficacia directa, que puede desplazar a la ley en su aplicación a un caso concreto, se estará autorizando a la administración pública o los jueces ordinarios para que la apliquen inmediatamente, sin mediación legislativa alguna, lo que quiebra el entramado del Estado de Derecho. La intermediación del legislador entre la Constitución y la aplicación de lo mandado por ella es indispensable para asegurar el sometimiento de la administración y de los tribunales a la voluntad soberana expresada en la Constitución y posteriormente concretada por el legislador en las leyes. La supremacía normativa y la eficacia directa de la Constitución no quieren decir que el Poder Ejecutivo y el Judicial puedan actuar al margen e incluso contra la ley.

El principio de legalidad y la reserva de ley emergen, pues, como expresiones de la posición del legislador como custodio de la Constitución y de las libertades individuales en ella garantizadas. De otra forma, si no pesara sobre la actuación de la administración y de los tribunales la presunción *iure et de iure* de la constitucionalidad de la ley, se atribuirían, por la eficacia directa de la Constitución, la facultad de desplazar en su aplicación a la ley que estimen contraria a la Constitución, o la de colmar las lagunas legislativas, interpretando y deduciendo por sí mismos reglas de derecho para el caso concreto que deban atender. Reglas que pueden alcanzar una eficacia similar a la de la ley si emanan de las sentencias de los tribunales superiores, cuya función es la de unificar la doctrina jurisprudencial, o de normas reglamentarias de eficacia general. Si esto fuere así, se vaciaría de contenido el principio de legalidad y se vulneraría la reserva de ley al ser sustituido el legislador por los otros Poderes del Estado, cuando el sentido de ambos principios es el de asegurar el carácter insustituible de la ley como mediadora entre la Constitución y el Estado y la Sociedad, y su función concretadora de las normas constitucionales en el seno del ordenamiento jurídico.

Por tanto, si el tribunal atendiera semejante pretensión individual contra el legislador, lo que sólo podría hacer sustituyéndolo en la creación de la norma requerida por el demandante, estaría vulnerando así mismo la Constitución al invadir una reserva de ley (genérica o específica) y ejercer una función que no le compete. Pues, lo que para el legislador puede ser un acto libre, crear o no normas (una cuestión política), para el juez, y por extensión también para la administración, es un acto arbitrario, carente de cobertura normativa idónea y por ello un comportamiento prohibido por la

Constitución<sup>30</sup>. En último término, el legislador sigue siendo libre, incluso en los casos en los que la ley constitucional le convierte en destinatario de un deber, porque jurídicamente es incontrolable e irresponsable<sup>31</sup>.

No obstante, tal libertad del legislador no hunde ciertamente sus raíces en el mismo razonamiento si quien lo sostiene lo hace a la luz del principio monárquico o a la del principio liberal, pero ambos tienen el mismo fundamento, preservar al soberano. Así, Jellinek dirá lo que dice porque admitir que en el ordenamiento jurídico de la monarquía constitucional alemana hay o pueden establecerse medios para compeler al Parlamento a que legisle es tanto como compeler la voluntad soberana del monarca. Para quienes lo razonan desde el principio liberal, y Carré de Malberg es ejemplar, ni siquiera es admisible el control de la constitucionalidad de la ley, sea de naturaleza política o jurisdiccional, pues controlar al Parlamento es controlar la voluntad de la Nación soberana<sup>32</sup>.

Tanto el argumento “tradicional” como el “procesal”, y en particular este

---

<sup>30</sup> Se insiste en que estos argumentos se extraen por quienes objetan el control de los silencios del legislador del general utilizado por Los diversos autores para objetar la posibilidad de que los Tribunales ejerzan la potestad de examen de la constitucionalidad de La Ley.

<sup>31</sup> Aún hoy el legislador se sigue teniendo por irresponsable jurídicamente, pues La declaración de inconstitucionalidad de una ley en los ordenamientos jurídicos en los que esto es posible no encadena sanción alguna para el órgano, el legislador, sólo para su producto, la ley, que es expulsada del ordenamiento.

<sup>32</sup> Ambos casos coinciden en el ideal político de un legislador mínimo, que sólo legisla cuando es necesario para ordenar la libertad de los ciudadanos. Idea feliz para, de un lado. abrir un amplio espacio a la acción reglamentaria del monarca en el caso alemán, y abundar en la abstención del Estado en el caso liberal. En ambos, el estado natural del legislador es el de su silencio y precisamente la Constitución establece con sus normas limitativas los casos en los que debe callar, o si desea hablar, la forma de hacerlo.

último, han tenido su eco. Baste en este momento indicar un ejemplo significativo de su continuidad en el tiempo.

El Tribunal Constitucional Federal de la República Federal de Alemania (BVerfG) sostuvo en su decisión 1, 97, de 19 de diciembre de 1955, la primera en la que se enfrenta a una impugnación de una omisión legislativa lesiva de varios derechos fundamentales<sup>33</sup>, que de la interpretación conjunta de los §§ 93,2 y 95,1 y 3 de la Ley Reguladora del Tribunal Constitucional Federal de la República Federal de Alemania (BVerfGG), sólo puede deducirse la admisibilidad de recursos de amparo constitucionales (*Verfassungsbeschwerde*) contra omisiones de los órganos judiciales o de la Administración Pública, pero no contra omisiones del legislador. No está en la “naturaleza de las cosas” que el ciudadano individual pueda esgrimir una pretensión judicial frente al legislador para que éste actúe, pues, si así fuere, se debilitaría la posición del Poder legislativo, un resultado que difícilmente puede entenderse querido por la Ley Fundamental de Bonn (LFB). Añade el BVerfG a continuación, que crear derecho es una función

---

<sup>33</sup> En síntesis, en este asunto el recurrente impugna la omisión en la que incurre el legislador al no promulgar una ley complementada de la deficiente regulación legal que le otorga un subsidio a su juicio insuficiente para atender sus necesidades mínimas, lo que vulnera su dignidad humana (art. 1 LFB). Su libre desarrollo de la personalidad (art. 2 LFB) y el principio de igualdad (art. 3 LFB). Su pretensión era la de que el BVerfG declarara la obligación del Gobierno de presentar un proyecto de ley dirigido a complementar y subsanar las deficiencias de la regulación existente. Nótese que el BVerfG no se pronuncia sobre la existencia o no de un silencio del legislador jurídicamente relevante por ser lesivo de algún derecho fundamental, sino sólo sobre la admisibilidad de un recurso de amparo constitucional contra un silencio legislativo: aunque de su respuesta a esta cuestión quepa sospechar su rechazo a la primera. Como indica Trocker, la peculiaridad de este caso estriba en el hecho de que no se impugna la regulación legal existente por deficiente u omisiva, sino la omisión por el legislador de las necesarias modificaciones de esa regulación. Sobre esta sentencia véanse, además del artículo del citado Nicolo Trocker. “Le Omissioni del Legislatore e la Tutela Giurisdizionale dei Diritti di Libertá (Studio comparativo sul diritto tedesco)”.

“eterna” (*sic*) del legislador en la que el ciudadano individual sólo participa indirectamente a través del ejercicio de sus derechos electorales. El BVerfG, dice la sentencia, no es ningún cuerno legislativo, ni es asunto suyo ponerse en el lugar del legislador. Si declarara inconstitucional un silencio del legislador se distorsionaría la distribución de competencias de los Poderes del Estado. La decisión sobre promulgar o no una ley, señala por último el BVerfG, depende de valoraciones de índole económica, política o social, que no le corresponden realizar a él. La función del BVerfG cuando es llamado a controlar la ley ya promulgada es la de examinar su adecuación a la Constitución (E 1, 97 [101])<sup>34</sup>.

Bien a las claras está que el BVerfG ha utilizado tanto el argumento “tradicional” como el “procesal” para rechazar este amparo por lesión de varios derechos fundamentales como consecuencia de una omisión legislativa. Debate, por un lado, la profunda quiebra que ocasionaría en el principio de División de Poderes admitir que un ciudadano pudiera pretender ante los Tribunales que el legislador debe legislar y que esos mismos Tribunales decidiesen sobre la oportunidad de crear una norma con rango de ley. Por el otro, el supuesto obstáculo que la BVerfGG interpone en la admisibilidad de una queja contra omisiones del legislador, pues la ley prevé

---

<sup>34</sup> No obstante, en la misma sentencia, sostendrá el BVerfG que el ciudadano no carece en todo caso de un derecho constitucional a la asistencia pública. Sin embargo, tales prestaciones se derivan del Estado social constitucionalizado en el artículo 20 de la LFB, que el legislador debe desarrollar, y no de los derechos fundamentales. Sólo cuando el legislador falta arbitrariamente y sin razones objetivas que lo justifiquen a ese deber que le impone la Constitución de desarrollar las condiciones del Estado social, podría extraerse en favor del ciudadano una pretensión esgrimible en el recurso de amparo constitucional (E 1.97[105]). Desde la BVerfGG 6, 257, su doctrina sobre los silencios legislativos cambia y comienza una etapa favorable a la admisión de recursos de amparo constitucionales (*Verfassungsbeschwerde*) contra omisiones de la ley.

sólo el recurso contra leyes (§ 93,2) y el contenido que debe tener la sentencia de la queja estimada si se dirige contra una norma legal (§ 95,3). En otras palabras, si el BVerfG enjuicia una omisión del legislador, hace política, para lo que es incompetente (además de debilitar aún más su ya de por sí endeble legitimidad como órgano no político).

Esta tesis del riesgo de politización de los jueces constitucionales condensará en gran medida los argumentos actuales que objetan un control de los ‘silencios del legislador. Razona Leibholz que el ejercicio de la función propia de la jurisdicción constitucional presupone una norma enjuiciable, de la que es posible interpretar y concretar su contenido de manera jurídico-racional. Si falta tal norma justiciable, falta el estándar racional sobre el que pueda orientarse la decisión judicial para resolver el caso concreto, convirtiendo esa decisión, al carecer de ese estándar, en una decisión política. Resulta obvio que en el caso del control de las omisiones, incluso si éstas lo son de la ley (relativas), bien puede argumentarse que la falta de norma enjuiciable convierte a ese tipo de control en un instrumento de politización de la jurisdicción constitucional.

Todos estos argumentos incurren en un error de enfoque similar al de sus precursores en el tiempo, aunque con distinto perfil, pues se elaboran en el seno de ordenamientos jurídicos en los que existe una Constitución dotada de supremacía normativa y eficacia directa. Abordan la cuestión como un problema de responsabilidad del legislador por sus silencios, al entender que la única sanción posible para la quiescencia del órgano es su compulsión a legislar, e incluso a hacerlo con un contenido determinado, lo que no debe ser necesariamente así pues el control y sanción en su caso de los silencios del legislador no tienen por qué consistir en la sustitución

del legislador por otro Poder del Estado. Del mismo modo que el control que los jueces puedan realizar de los silencios legislativos, facilitado por la supuesta atribución a los individuos de un derecho subjetivo a que el legislador legisle, se percibe como una invasión en una reserva de ley, una quiebra del principio de legalidad o una vulneración de la División de Poderes. Sin embargo, estas objeciones sólo pueden encontrar un pilar sobre el que alzarse en la existencia de una reserva general de ley para cualquier materia o la falta de eficacia directa de las normas constitucionales que contienen mandatos al legislador.

La existencia del derecho individual a la norma legal, instrumento que a juicio de ese enfoque sirve para provocar tan objetable intervención de los jueces y tribunales en la libertad del legislador, disloca inevitablemente el sentido y la fuente de la que emana el mandato constitucional. Los mandatos constitucionales que tienen por destinatario al legislador ya no serían la fuente inmediata de un deber para éste, sino que atribuyen al individuo un derecho subjetivo a la norma legal omitida, lo que a nuestro juicio es sumamente discutible, cuyo objeto es ese deber de legislar. Por esta razón hay que concluir que el deber de legislar tiene su fuente en un derecho subjetivo individual y no en la norma constitucional que alberga el mandato. Desde luego, debe explicarse cómo una norma que prescribe un mandato se muta en una norma que atribuye un derecho individual sobre la ejecución de ese mandato, así como hacer lo propio en orden a las relaciones entre Constitución y legislador, si la primera debe ser una norma suprema y si el sometimiento del legislador a la Constitución debe pasar por la existencia de una pretensión individual cuyo objeto ni siquiera es el control objetivo y abstracto del respeto al vínculo con ese mandato, sino su concreta ejecución y el beneficio que el pretendiente tenía en expectativa.

Y tampoco es de recibo debatir que se politiza la justicia constitucional si ésta puede controlar el silencio legislativo. En primer lugar, lo que hace de las decisiones de los órganos de la jurisdicción constitucional decisiones jurídicas y no políticas, como es bien sabido, no es la existencia previa de una norma enjuiciable, como sostiene Leibholz (pues difícilmente podrían controlarse jurisdiccionalmente los llamados *actos políticos del Gobierno*), sino los criterios de argumentación de la decisión, si son jurídicos o políticos. Y, en segundo lugar, la omisión controlable es aquella que precisamente supone la existencia de una norma implícita que es contraria a la Constitución.

La Corte Constitucional o el Juez ordinario no se pronuncian sobre la oportunidad política de la promulgación de una ley o sobre su contenido cuando controlan un silencio del legislador que puede ser contrario a la Constitución. Del mismo modo que la única sanción posible a esa omisión no es la de imponer la creación de la ley o que ésta tenga determinado contenido. Ni siquiera la pretensión individual que puede estar en el origen de ese control judicial del silencio del legislador tiene que consistir en un derecho frente al legislador a que legisle o lo haga de cierta forma. La función que tiene el control de los silencios del legislador es la de hacer valer la supremacía de la Constitución en los casos en los que su silencio está constitucionalmente prohibido, no la de satisfacer intereses más o menos particulares o decirle al legislador cuál debe ser el contenido de sus leyes o castigarle con su sustitución por otro órgano del Estado en el ejercicio de sus funciones. El problema, en último término, radica en la identificación de lo controlable en los silencios legislativos, es decir, en lo que sea una omisión inconstitucional, pues todos estos enfoques reacios a dicho control identifican el silencio con una decisión política del legislador, lo

que, como se intentará demostrar en las páginas que siguen, no es correcto. Y no lo es, no tanto porque el silencio legislativo no sea en ocasiones la manifestación de una decisión política, que sí puede serlo, cuanto por no reparar en la faz normativa, que también acompaña a la inactividad legislativa.

## CAPITULO IV

### **EL SILENCIO DEL LEGISLADOR Y DE SUS LEYES: EL CONCEPTO DE OMISIÓN INCONSTITUCIONAL**

#### **1. INTRODUCCIÓN**

Ya se ha dicho que no todos los silencios del legislador son constitutivos de una omisión contraria a la Constitución. Es cierto que hay silencios legislativos inocuos, que carecen de las consecuencias normativas que los hacen jurídicamente relevantes. Incluso éstos, los silencios relevantes jurídicamente, sólo serán omisiones inconstitucionales, si las mencionadas consecuencias normativas se manifiestan contrarias a la Constitución. Es falso sostener que los silencios legislativos son todos ellos irrelevantes e inofensivos desde la perspectiva jurídica, y que, por consiguiente, todo intento de someterlos a control es un modo sutil de controlar políticamente al legislador democrático. Que esta idea es falsa y que, en efecto, no todo silencio es una omisión inconstitucional, son consecuencias de las distintas formas que la Constitución emplea para articular su relación con el legislador.

En ciertos casos, la Constitución atribuye al legislador la competencia para ser él quien tome una concreta decisión a la que el constituyente ha renunciado o, simplemente, le erige en el único competente para regular una genérica materia. En estos casos, el silencio legislativo (si la ley no establece esas penas o no hay ley que regule el ejercicio de cierto derecho

fundamental) no tiene por qué ser contrario a la Constitución<sup>35</sup>. En un caso, el primero, la intermediación legislativa es la condición necesaria para que lo previsto por la Constitución exista en el ordenamiento; pero también su inexistencia como consecuencia del silencio legislativo está constitucionalmente prevista y permitida. En el otro, el segundo, la Constitución le atribuye sin más una competencia; ejercerla o no es, en principio, una decisión discrecional del legislador, que no afecta a la existencia jurídica de lo querido por la norma constitucional (el derecho fundamental *existe* sin necesidad de que el legislador regule su ejercicio).

Sin embargo, hay supuestos en los que la Constitución no sólo atribuye al legislador una competencia para hacer algo, sino que, además, lo hace en un tono imperativo (por ejemplo, el art. 179 CPC, la ley establecerá las causas de ineligibilidad e incompatibilidad de los congresistas), o casos en los que es razonable pensar que el constituyente ha querido que exista una determinada realidad jurídica en el ordenamiento y le encomienda la concreción de su modo de existencia al legislador (por ejemplo, el art. 216 inciso 3 CPC, la ley regulará la objeción de conciencia al servicio militar). Tales son los términos en los que se expresa la norma constitucional en estos supuestos, que el silencio legislativo sobre el particular puede crear *situaciones jurídicas contrarias a la Constitución*.

La diferencia en unos casos u otros no debe buscarse en la simple

---

<sup>35</sup> Por mucho que pueda argüirse que puede que ese silencio tampoco sea del todo constitucionalmente adecuado. Si en el examen de la constitucionalidad de una norma se exige la contradicción con la norma o normas constitucionales supuestamente vulneradas para poder declarar su inconstitucionalidad, y no basta con la mera indiferencia de la ley respecto de la Constitución, no cabe exigirle más al examen del silencio del legislador para enjuiciar

literalidad del precepto ni en la naturaleza de la competencia atribuida por la Constitución al legislador. En todos ellos la Constitución quiere que la existencia de una determinada situación jurídica o su concreción en el ordenamiento jurídico competan al legislador y a sus normas con rango de ley (reserva de ley). La diferencia reside en la disponibilidad sobre la existencia de la situación jurídica constitucionalmente prevista. Cuando la situación jurídica en cuestión existe si y sólo si el legislador lo quiere, pues la Constitución ha hecho dejación en él de la competencia para tomar esa decisión, el silencio legislativo es constitucionalmente irrelevante o está permitido. Otra cosa sucede si la Constitución ordena o prohíbe la existencia de esa situación jurídica, incluso si simplemente la permite expresamente. La existencia o la inexistencia de la situación ya no está a disposición del legislador, que no podrá disponer de ella ni con la ley, ni con su inactividad.

Al tiempo que la Constitución quiere que sea el legislador quien dé vida o desarrolle lo querido por ella, y establece la posibilidad de someter a un control de constitucionalidad la norma con rango de ley que lo haga, está negando al silencio del legislador esa función. Y si la Constitución no habilita al silencio del legislador donde hay una reserva de ley para hacer lo que una norma con rango de ley puede (silencios que infringen formalmente la Constitución), menos aún podrá ese silencio hacer lo que la norma con rango de ley tiene prohibido: infringir la Constitución generando o conservando situaciones que le son contrarias (silencios que causan una infracción material de la Constitución). El silencio no puede suspender la vigencia de una norma constitucional<sup>36</sup>

---

<sup>36</sup> Los efectos del silencio legislativo en tanto pueden afectar a la aplicabilidad de una norma constitucional, pero no a su validez, no se corresponden con los propios de una mutación o reforma constitucional, sino con

En los primeros supuestos citados al inicio de este apartado, el silencio es constitucionalmente inofensivo. Se trata de una posibilidad permitida por la norma constitucional que establece competencias del legislador. El legislador es fiel a su vinculación con la Constitución observando el permiso constitucional que le faculta para decidir sobre si hace uso o no de la competencia (por ejemplo, si la ley nada dice al respecto, sencillamente no caben penas capitales en el ámbito militar). En los segundos, el silencio puede generar o conservar situaciones en el ordenamiento jurídico no queridas por la Constitución, bien creando una prohibida, bien impidiendo la existencia de una situación jurídica impuesta por la norma constitucional (si la ley electoral no contempla las causas de ineligibilidad e incompatibilidad de los diputados y senadores, cualquier individuo podría ser elegible y, una vez proclamado candidato electo, ocupar su asiento sin más, frustrando el fin de la norma constitucional obviamente muy distinto; o si el legislador no regula la objeción de conciencia, podría impedir la existencia de ese derecho individual en el ordenamiento jurídico). El legislador ha inobservado su vinculación a la norma suprema, porque ha incumplido con el deber constitucional de no infringirla. Este deber constitucional no deriva únicamente de la norma que atribuye la competencia para regular cierta materia, no es un deber de legislar aparejado a una norma atributiva de una competencia legislativa<sup>37</sup>. Se trata más bien de un deber que deriva de la

---

los de la suspensión en su vigencia de la norma constitucional afectada por el silencio. Confróntese esta idea con el ensayo de Karl Heinz y Köhler, „Kann der Gesetzgeber durch Schweigen die Verfassungswirklichkeit ändern?“. *Neue Juristische Wochenschrift*, Hf, 30, 1955, pág. 1089 y ss., en particular págs. 1090 y 1091.

<sup>37</sup>No cabe distinguir entre reservas de ley que imponen deberes de legislar y aquellas que no los imponen, pues no es éste su objeto, sino la atribución de una competencia a un determinado procedimiento de creación normativa. Sobre esto se hablará en el apartado 6 de este capítulo IV, Es incluso posible que bajo ciertas

vinculación positiva del legislador, como poder público que es (art. 4 CPC), a la Constitución, y que en este caso se precisa en la imposibilidad jurídica de que el legislador asuma las funciones propias del poder constituyente disponiendo con sus silencios de la vigencia de la Constitución, creando o conservando situaciones jurídicas contrarias a sus normas (infracciones materiales), o generando con su silencio efectos cuyo causante conforme a la Constitución únicamente pueden serlo las normas con rango de ley (infracciones formales). Si el silencio del legislador o de sus leyes puede crear o conservar situaciones contrarias a la Constitución, se transforma en una omisión inconstitucional.

El silencio legislativo, como veremos, puede actuar como la condición de aplicabilidad de otras normas que crean una situación jurídica que puede estar en contradicción con la Constitución, que regula una situación distinta. Contrariedad que transforma el silencio en una omisión inconstitucional. Pongamos por caso que la Constitución establece que la ley regulará el derecho de asilo. La Constitución impone dos normas. Una ordena la existencia del derecho y prohíbe, por tanto, toda norma que niegue su existencia. La otra norma hace competente en exclusiva a la ley para definir el modo concreto de existencia del derecho de asilo en el ordenamiento jurídico. A falta de esa ley reguladora del régimen jurídico del derecho de asilo, sería posible que un extranjero fuera expulsado del territorio del Estado en aplicación de las normas sobre extranjería, a pesar de que su

---

circunstancias en un tiempo determinado el silencio del legislador, y, por consiguiente, la falta de ejecución de una reserva de ley, sea inofensivo, y que el cambio en esas circunstancias provoque la conversión de aquel silencio en una omisión inconstitucional, y viceversa (lo que nada tiene que ver con el argumento del *plazo razonable* para legislar, que más adelante abordaremos). Como tampoco es de recibo sostener que una reserva de ley que habilita al legislador para disponer de la existencia de su objeto.

presencia en el territorio se deba a alguno de los motivos comúnmente considerados como pertinentes para pretender el derecho de asilo. El resultado del silencio del legislador es una situación jurídica en la que un extranjero, que bien pudiera estar en condiciones de solicitar el asilo, es expulsado del territorio del Estado porque la falta de ley supone la inexistencia del derecho de asilo en el ordenamiento jurídico. Parece evidente que la situación jurídica de ese extranjero, y de aquellos otros en similar circunstancia, es, justo, la contraria a la querida por la Constitución, que, cuando menos, crea la fundada expectativa del asilo. El silencio ha provocado la aplicación al extranjero de una norma implícita en él, carente de expresión en precepto alguno (aunque esa *norma implícita* se deduzca de *enunciados legales*, cuya aplicación es provocada, a juicio del intérprete y aplicador, precisamente, por el silencio legislativo), pero no por ello menos eficaz que si lo estuviere. Esa *norma implícita* es contraria a la Constitución al negar existencia al derecho de asilo, esto es, al infringir la primera de las normas deducible del precepto constitucional que prevé el derecho de asilo. Sin embargo, no lo hace de la segunda, porque el silencio no vulnera la norma de competencia, habida cuenta de que la Constitución no impone plazo alguno para regular legalmente el régimen jurídico del derecho de asilo. No obstante, esta falta de plazo no significa que el legislador con su demora pueda disponer de la existencia del derecho de asilo. Si así ocurre, como hemos dicho, el silencio se transforma en una Omisión *inconstitucional*.

Para el análisis de todas estas cuestiones se va a partir de la noción de la Constitución como conjunto de normas sobre el poder público<sup>38</sup>. En estos

---

<sup>38</sup>Esto no quiere decir que se adopte un concepto material de Constitución. Se trata más bien de definir globalmente la Constitución como forma jurídica cuya función en conjunto e independientemente del caso

términos la Constitución puede ordenar la introducción de poder público en una determinada relación social (individuo-Estado o entre individuos) y establecer quién tiene competencia para ello; puede prohibir la introducción de poder público en esas relaciones; o puede permitir, sin más, su introducción, indicando o no quién está habilitado para decidir tal cosa. La norma de competencia o bien puede ser explícita, señalando quién la tiene (caso de la reserva de ley), o bien la Constitución deja su fijación al juego de las reglas generales de validez del sistema de fuentes. Desde aquí debemos precisar cuál es el papel que le toca desempeñar a los silencios del legislador, o de sus leyes, en este conjunto de mandatos y permisos, adelantando ya que el silencio se convierte en *omisión inconstitucional* cuando tiene por efecto no introducir poder público allá donde la Constitución lo exige o introducirlo donde lo prohíbe, bien como consecuencia directa del silencio legislativo (caso de que ese silencio ampare la pervivencia de situaciones contrarias a la Constitución) o indirecta, al dar cobertura a actos de creación o aplicación del derecho que frustran la orden constitucional (caso de actos administrativos que pretenden encontrar cobertura en el silencio del legislador).

El silencio legislativo provocará la existencia de una determinada situación

---

concreto es la de regular las condiciones de existencia y ejercicio del poder público, siempre que (no entendamos la expresión “regular” como indicación del objeto de esas normas, sino como indicativa de que esa función normadora está subordinada a las normas de la Constitución, cualquiera que sea la materia u objeto de que se ocupen) (Otto Y Pardo). Y *poder público* se define aquí como el poder jurídico que ciertos sujetos de una colectividad tienen para imponer unilateralmente deberes a otros, sin tener en cuenta el consentimiento de estos últimos, bajo la amenaza del uso de la coacción, institucionalizada y monopolizada por otros o esos mismos sujetos, en caso de incumplimiento del deber. La cita está tomada del libro de Ignacio de Otto Y Pardo, *Derecho Constitucional. Sistema... , ob, Cit.*, pág. 16.

jurídica, bien porque la ausencia de ley conserva una situación preconstitucional, o bien no impide, como debiera suceder, la aplicación de normas postconstitucionales, que, aunque puedan ser perfectamente constitucionales en su ámbito propio de aplicación, en la concreta situación jurídica objeto del silencio legislativo producen efectos no queridos por la Constitución. No obstante, antes de abordar en detalle cada uno de estos supuestos, debemos precisar la distinción entre el silencio del legislador u omisión absoluta, y el silencio de la ley u omisión relativa.

## 2. LOS TIPOS DE SILENCIO LEGISLATIVOS

Esta tipología de los silencios es bien conocida, señalada hace cuatro décadas por Wessel y agudamente analizada por Mortati. Una tipología que apareja a cada clase de silencio una serie de cuestiones propias, entre las que ocupan un lugar prominente las relacionadas con los mecanismos de su control. Antes de abordar cada clase de silencio, merece que nos detengamos sobre el término que da nombre al género: “silencios legislativos”.

Un silencio es una abstención de hacer algo. Ahora bien, no es una simple abstención de hacer, sino la abstención de hacer algo para lo que se es competente<sup>39</sup>. El silencio legislativo del que aquí se habla es una abstención

---

<sup>39</sup> Tal afirmación posee el fundamento de la distinción lógica entre abstención y no hacer. La abstención es un no hacer algo por un agente que puede hacerlo. Así pues, la abstención no es una simple inactividad. Quien no cierra una ventana porque ésta ya lo está, no se abstiene de cerrarla, no la cierra sin más porque no puede cerrarla. Por este motivo en este libro se utiliza el término “inactividad” y no otros como “silente”, porque ese término expresa una *competencia* para hacer algo, que, sin embargo, no se hace. Sobre aquel fundamento lógico véase el Capítulo III, en especial las págs. 62 y ss., y 69 y ss. del libro de G. Henrik v. Wright, *Norma y*

de hacer aquello para lo que el legislador es competente. Competencia que le atribuye la Constitución (de ahí la importancia de la reserva de ley en esta materia), por eso la abstención puede constituir una infracción de un precepto constitucional. Pero habrá infracción no con la mera abstención, salvo que la Constitución imponga un plazo para ejercer la competencia atribuida. Si no es así, la ausencia de plazo permite al legislador abstenerse sin lesionar la Constitución, lo que desplaza la cuestión a las consecuencias que, no obstante, pueda tener esa abstención legislativa. El que no haya término para ejercer una competencia por el legislador no autoriza a pensar que éste pueda disponer sin más de su objeto.

### 2.1. Los silencios del legislador. Omisiones absolutas

Los *silencios del legislador*, como resulta evidente, son silencios totales del mismo sobre determinadas materias, que pueden transformarse en omisiones absolutas en la medida en que conservan o generan situaciones jurídicas contrarias a la Constitución. Se trata de los casos en los que falta la norma legal que puede o debe regular una determinada situación jurídica permitida o mandada por la Constitución. El silencio del legislador se identifica fácilmente con las lagunas jurídicas (aunque entre ellas haya diferencias que más abajo se pondrán de manifiesto)<sup>40</sup>.

La primera cuestión que parece asaltar a quien afronta esta materia es la de

---

*Acción. Una investigación lógica*, Tecnos, Madrid, 1979.

<sup>40</sup> Pudiera decirse que se identifican con lo que Kelsen denomina *lagunas técnicas* (*technische Lücke*), por oposición a las *lagunas en sentido estricto* (*echte Lücken*). Véase su “*Reine Rechtslehre*”, Franz Deuticke, Wíen, 1976, pág. 254.

si pesa sobre el legislador alguna obligación exigible de legislar<sup>41</sup>, que como ya se insinuó y se explicará más adelante, es un enfoque equivocado de la cuestión. La existencia de un silencio del legislador y la posibilidad de que éste se convierta en una omisión inconstitucional absoluta no deriva sin más de la existencia de supuestas obligaciones de hacer, que pesarían sobre el legislador como si se tratara del deudor de una relación contractual. Si de una obligación se estuviera hablando, habría que interrogarse acerca de quién es el acreedor de esa obligación y, en consecuencia, quién posee un interés legítimo en su satisfacción. La respuesta tradicional, como se ha explicado más arriba, unifica el plano sustantivo y procesal entendiendo que podría ser el ciudadano individual, destinatario y beneficiario último de la actividad del legislador, el titular de un *derecho público subjetivo* que tiene por objeto la mencionada obligación de legislar. Este derecho, empleado ante los órganos judiciales, permitiría el control jurídico del silencio legislativo. Los inconvenientes que este planteamiento encuentra en su avance pueden salvarse con comodidad acudiendo a una construcción más sencilla y coherente con los sistemas constitucionales democráticos modernos. No se trataría de dilucidar una relación cuasi contractual entre legislador y ciudadano, cuyo contrato es la Constitución, que establece los derechos y las obligaciones mutuas, convirtiendo a la justicia constitucional en un mecanismo de garantía del cumplimiento de las obligaciones en los justos términos de la Constitución-contrato. Se trata más bien de identificar al destinatario de la supuesta obligación de legislar con la colectividad, y a esa obligación con el deber de no defraudar la voluntad soberana del Pueblo; o dicho en términos más precisos, la supuesta obligación no es el

---

<sup>41</sup> El término “obligación” se utiliza aquí en su sentido técnico estricto, como conducta debida y reglada cuya conducta contraria es objeto de una sanción consistente en la compulsión destinada a que se realice tal deber o se satisfagan los daños que produce en un tercero su incumplimiento.

objeto de derecho alguno, sino un deber de no contrariar la Constitución, y la justicia constitucional sería un mecanismo de control, encargado de velar por el cumplimiento de ese deber.

El abordar el control de los silencios del legislador desde el prisma de la obligación de legislar suscita la incógnita sobre cuál sea el *plazo razonable* en el que el legislador debe llenar la laguna que ha generado su silencio (piénsese en el caso Colombiano en el Estatuto del Trabajo, aún pendiente su promulgación desde 1991, para lo que el legislador ha esperado catorce años). Sin embargo, desde un punto de vista sustantivo el plazo carece de relevancia, pues no forma parte del deber de legislar que hipotéticamente podría contenerse en la norma constitucional que ordena hacer algo al legislador. El deber consiste en no dañar situaciones jurídicas queridas por la Constitución, lo que no depende de plazo alguno, o hay lesión del mandato constitucional o no la hay.

La teoría del *plazo razonable* es en realidad un instrumento utilizado por los jueces constitucionales frente al legislador en el control sobre todo de los silencios de la ley constitutivos de una inconstitucionalidad por omisión. Con el supuesto fin de suavizar el fallo de las sentencias que aprecian su existencia, el juez constitucional deja en precario la validez de la ley impugnada por omisiva, pues, en el caso de declarar la inconstitucionalidad por omisión, no se anula el precepto legal omisivo, sino que la sentencia recomienda al legislador que en un *plazo razonable* remedie esa omisión, so pena de que, transcurrido ese plazo a juicio del juez constitucional, una nueva impugnación de esa misma ley abocará a que se declare, ahora sí, nulo el precepto en cuestión. El recurso del juez constitucional al argumento del *plazo razonable* para legislar no es más que un sucio

ejercicio de política legislativa.

El hecho de que la Constitución no imponga plazo alguno a los cometidos encomendados al legislador debe interpretarse, según nuestro parecer, como un permiso al legislador para que sea él quien decida sobre el momento oportuno para realizar el encargo. Ese *juicio de oportunidad* pertenece al ámbito competencial del legislador y a nadie más. Por este motivo la cuestión del plazo es irrelevante para determinar si el silencio vulnera o no la Constitución, pues la existencia de la vulneración es independiente del transcurso del tiempo. El plazo, si la Constitución no lo impone expresamente, pertenece, a estos efectos, al mundo de la decisión política, no al de la jurídica. El deber constitucional no consiste en hacer algo en un determinado plazo, sino en hacerlo desde el momento en que la Constitución está vigente; aunque la fijación de ese momento quede al riesgo de la decisión del legislador. Si el legislador puede decidir sobre cuándo cumplir con el permiso o la orden constitucional, su inactividad no puede interpretarse sin más contraria a la Constitución. La existencia del permiso constitucional sobre la determinación del momento temporal para cumplir la encomienda constitucional hace preciso, para transformar el silencio legislativo en una omisión inconstitucional, que ese silencio conserve o genere una situación contraria a la Constitución. Este es el preciso instante en el que se infringe la Constitución, y no a partir del cómputo de cierto plazo *razonable* para cumplir con el mandato o permiso constitucionales. Ese permiso sobre el plazo para ejecutar el mandato recae sobre el cuándo, pero no sobre lo que la norma constitucional ordena o permite hacer, prescripciones que obligan desde la entrada en vigor de la Constitución.

Debe recalcar el rechazo al cómputo de un plazo como criterio para apreciar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma. No quiere decirse que el transcurso del tiempo y el cambio de circunstancias que a él le siguen no repercutan para nada en la constitucionalidad de una norma. Es posible, al menos en hipótesis, y de hecho ya se mencionó, que una norma perfectamente constitucional devenga en inconstitucional con el paso del tiempo. Ahora bien, de este fenómeno no cabe inducir una competencia del juez constitucional para someter a plazo la calificación de la norma sometida a su control. El silencio legislativo no es una omisión inconstitucional desde el mismo instante en que existe, pues semejante idea conduciría al absurdo de que, dada la inexistencia de plazos para legislar, al día siguiente de entrar en vigor la Constitución, el legislador y la inmensa mayoría de sus leyes incurrirían en una general inconstitucionalidad por omisión. El hecho mismo de que la inconstitucionalidad por omisión se fija en el instante en que se produce la infracción de la Constitución, impone un criterio temporal. La transformación de un silencio legislativo en una omisión inconstitucional se produce en el *momento* en que queda probada la lesión de la Constitución, y no vencido un plazo decidido por el juez constitucional. El plazo *razonable* para legislar se cumple en el momento en que se prueba la infracción constitucional, no transcurrido cierto tiempo decidido por el juez constitucional desde que éste aprecia la probable existencia de una lesión<sup>42</sup>. En último término, la inexistencia de un plazo para legislar bien puede implicar un permiso constitucional, a tenor del cual la Constitución toleraría

---

<sup>42</sup> Este mismo criterio ha sido propuesto por María Calvo Charro para las omisiones reglamentarias. El plazo razonable ha transcurrido, dice ella, cuando se prueba el perjuicio que la omisión reglamentaria ha causado en la posición jurídica del administrado. Véase su “Naturaleza jurídica de la potestad reglamentaria y consecuencias de la pasividad administrativa”, *Revista de Administración Pública*, n.º 137, 1995, pág. 239 y ss., pág. 255.

las situaciones jurídicas existentes a falta de la norma legal que debiera establecer su régimen jurídico según lo dispuesto por ella misma, aunque no fueren las más adecuadas a lo ordenado o permitido por la Constitución, siempre, claro está, que no la contradigan.

En fin, el juez constitucional no podrá emplear el criterio del transcurso del tiempo para imponer plazos razonables al legislador y condicionar la inconstitucionalidad de sus leyes o sus silencios a su término, sino que a lo sumo constituirá un elemento de prueba de la infracción constitucional, de forma que el plazo *razonable* habrá transcurrido cuando, probada la infracción, el silencio legislativo se ha transformado en una omisión inconstitucional<sup>43</sup>.

Un caso particularmente interesante es el del incumplimiento por el legislador de los plazos que en ocasiones le impone la propia Constitución. Un ejemplo habitual es el del plazo establecido por el artículo 117,1 LFB para la adaptación por el legislador postconstitucional de la legislación preconstitucional a la prescripción del artículo 3,2 LFB que impone el trato igual de hombres y mujeres. Conforme a la norma de la LFB la legislación preconstitucional sigue vigente, aplicable y adecuada a la Constitución, aun siendo discriminatoria para uno de los dos sexos, basta que sea adaptada

---

<sup>43</sup> Otra cosa es que se atribuya al juez constitucional la facultad de disponer de la eficacia temporal de sus sentencias, como sucede con el Tribunal Constitucional austriaco. Este Tribunal puede dotar de ultractividad a sus decisiones, aunque con un plazo máximo de un año. Sin embargo, nótese que no se trata de condicionar la vigencia de la ley a una declaración de inconstitucionalidad posterior, que puede tener lugar transcurrido el plazo impuesto por el juez constitucional para subsanar los probables vicios de inconstitucionalidad de aquella ley (por consiguiente, es un mecanismo que opera en dos tiempos, una primera decisión indicando el plazo, advenidos los supuestos vicios, y una posible segunda decisión en la que se aprecia el término del plazo sin la debida subsanación de los vicios y se declara inconstitucional la ley), sino que, declarada la inconstitucionalidad de la norma, tal decisión surtirá efecto pasado cierto tiempo.

por el legislador postconstitucional. Pero ¿qué sucede si transcurre el plazo y llegado a su término el legislador postconstitucional no ha procedido a su adaptación? ¿Ese silencio del legislador, permisible hasta ese término, lesiona ahora el artículo 117, 1 y por ello también el artículo 3, 2 LFB?

El BVerfG en su decisión 3, 225 aborda estos interrogantes señalando que transcurrido el plazo indicado en el artículo 117,1 LFB queda derogado el derecho preconstitucional discriminatorio, desplegándose con total plenitud los efectos del artículo 3,2 LFB (E 3, 225 [244 a 248]). Ni siquiera hace mención de las consecuencias constitucionales que pudieran acompañar al silencio del legislador postconstitucional. Lo cierto es que la norma constitucional no establece que transcurrido ese plazo sin haber hecho la preceptiva adaptación constitucional de la legislación preconstitucional, ésta permanezca aplicable pese a ser discriminatoria y sólo impugnabile ante el BVerfG en vía incidental o por medio del recurso de amparo constitucional (*Verfassungsbeschwerde*). Si esto fuere así, el silencio del legislador postconstitucional podría ser constitutivo de una omisión inconstitucional al permitir que continuase vigente una normativa discriminatoria que debía haber derogado en el plazo previsto por la Constitución. Sin embargo, el efecto del transcurso del plazo no sana los vicios de la legislación preconstitucional, actuando el silencio del legislador postconstitucional como hipotética causa de su renovada validez. El efecto es sin más la aplicación directa del artículo 3,2 por los jueces ordinarios, cuya vigencia suspende la propia LFB durante el plazo de su artículo 117,1, y la derogación de la mencionada legislación en lo que tenga de discriminatoria.

Desde esta perspectiva el silencio del legislador postconstitucional puede ser inadecuado, pero no contrario a la Constitución. El artículo 117,1 LFB

tan sólo prevé que durante el plazo indicado se prorroga la vigencia de las normas preconstitucionales discriminatorias por razón de sexo hasta su adaptación por el legislador postconstitucional. Lo que en términos técnicos significa, por una parte, la inadmisión, hasta el término del plazo, de todo recurso contra dicha normativa preconstitucional cuyo fundamento sea su inconstitucionalidad por violación del principio de igualdad entre hombres y mujeres. Por otra parte, la exclusiva competencia del legislador para realizar las adaptaciones y derogaciones oportunas de esa normativa mientras corra el plazo indicado. Una vez transcurrido ese plazo, recupera su plena vigencia el artículo 3,2 y mediante su aplicación por jueces y tribunales se deroga la normativa preconstitucional discriminatoria, sin necesidad de que intervenga el legislador postconstitucional, o se reinterprete esa legislación preconstitucional a la luz del citado precepto constitucional.

Cosa distinta es si el plazo se establece para crear *ex novo* una institución o un conjunto normativo sobre cierta materia y se llega al término de ese plazo sin haberlo hecho. La respuesta habitual es negar todo vínculo a ese plazo, dado que es imposible obligar a su cumplimiento, lo que en último término es tanto como decir que el legislador dispone libremente de él. Sin embargo, esto es incompatible con la supremacía normativa de la Constitución. La Constitución no establece un permiso a favor del legislador para que cumpla con el cometido constitucional cuando lo estime oportuno, sino que impone a ese cumplimiento un término necesario. Y tampoco contempla como consecuencia del desuso por el legislador de su competencia exclusiva la aplicación directa del precepto constitucional, entre otras razones, porque esta aplicación puede ser imposible (por ejemplo, si se trata de crear un órgano del Estado). En el cometido que la Constitución le impone al legislador, éste es irremplazable. El

incumplimiento del plazo aquí sí hace del silencio del legislador una omisión inconstitucional. El hecho de que no haya forma de obligar al legislador a que cumpla ese plazo, y más aún si el legislador es “inviolable”, tan sólo pone de manifiesto que la sanción posible a esa omisión no puede ser la compulsión a que legisle; como tampoco puede consistir la sanción en su sustitución por un juez (si, además, éstos sólo tienen atribuida la función jurisdiccional y están sometidos al imperio de la Constitución y de la ley). La supremacía de la Constitución, como ya se ha dicho, se manifiesta en la posibilidad de que exista un *control jurídico* de esos silencios y no en que de resultas de ese control sólo quepa alguna de las sanciones indicadas.

Todo esto nos remite al problema central de los silencios del legislador, que se enturbia enfocado sólo desde las perspectivas del deber de legislar o del plazo para hacerlo. El epicentro está en las formas de control de este silencio. Ese control entraña la dificultad de determinar qué se controla, pues a simple vista parece que falta el objeto de control. Ni hay norma ni actividad positiva que poder comparar con las normas constitucionales que han de servir como parámetros del control. Sin embargo, como se trata de demostrar a continuación, el silencio puede crear situaciones jurídicas contrarias a las queridas, esto es, a las permitidas o mandadas por la Constitución, tan válidas y eficaces en principio, como si de una ley se tratara. De ahí la necesidad de su control para preservar la supremacía de la Constitución.

En primer término, parece que para el control de los silencios del legislador son necesarios actos de aplicación en los que se manifieste el contenido normativo efectivo de ese silencio del legislador, que no es otro que la denominada en este libro *norma implícita*: la norma jurídica que regula la

conducta de un sujeto jurídico en esa situación. Serán actos de la administración o de los particulares, e incluso también de algún órgano del propio legislador, pero no de los jueces ordinarios. El legislador inactivo se controla, pues, a través de la sanción de los actos de aplicación que tengan cobertura en su silencio y conserven o generen una situación jurídica contraria a la Constitución. No obstante permanece la duda sobre lo realmente controlado: el legislador, la norma implícita en el silencio o ambos. Sólo puede responderse a la luz del concreto sistema de justicia constitucional que se analice; aunque debe convenirse en que esa norma implícita siempre debe ser objeto de control, pues, de otro modo, habría que admitir que el silencio del legislador puede amparar la existencia de situaciones jurídicas contrarias a la Constitución en el ordenamiento jurídico. Lo discutible, en último término, sería la sanción adecuada si el control resulta negativo.

## 2.2. Los silencios de la ley. Omisiones relativas

El caso del *silencio de la ley* es aquel en el que hay una conducta del legislador que pretende cumplir con los permisos o mandatos de hacer previstos en la Constitución. Sin embargo, el intento del legislador por hacer efectivo el permiso o cumplir con el mandato constitucional o es incompleto o es defectuoso. Hay norma legal que regula la situación constitucionalmente prevista, pero con silencios sobre diversos extremos que puedan contrariarla. Aquí lo que debe aclararse es cuando se está ante un auténtico silencio de la ley que genere una situación contraria a la Constitución. Lo que inexorablemente nos lleva al delicado tema de la distinción entre enunciado y norma, de vital importancia para establecer el

alcance de la declaración de su inconstitucionalidad.

La idea que aquí se pretende defender es que, en primer lugar, una diferencia capital entre las omisiones absolutas y las relativas estriba en que en las primeras el silencio es el objeto del control, y en el segundo caso es el motivo impugnatorio; y, en segundo lugar, que las omisiones relativas son sólo aquellas en las que el enunciado de un precepto, al establecer la normativa expresa de cierta materia, omite, en el sentido justo de la palabra, regular un aspecto de esa misma materia (y esta conexión material es importante, pues su falta hace del silencio uno absoluto), omisión que crea una situación contraria a la Constitución. No estamos ante un silencio de la ley cuando el enunciado del precepto en cuestión excluye expresamente de su regulación una determinada materia. El control y juicio de constitucionalidad se realiza siempre sobre el enunciado de una ley cuyos silencios, expresos o tácitos, son la causa de su inconstitucionalidad, reservando el término “inconstitucionalidad por omisión” para el segundo caso, a saber: los supuestos en los que el precepto legal omite en su enunciado la regulación de cierta materia, que hace de ese precepto un enunciado contrario a la Constitución. En este caso, a diferencia de las exclusiones expresas, hay un silencio que puede generar una situación contraria a la Constitución.

Pues bien, a la luz de lo expuesto, no es de recibo sostener que en los casos de silencio de la ley pueda elegirse entre impugnar el precepto legal omisivo (control ordinario de constitucionalidad) o impugnar la omisión (control del silencio de esa ley), y deducir sin más de ello que el ataque a la omisión de la ley, incluso cuando se declara la inconstitucionalidad de esa omisión, sólo puede ocasionar la nulidad del precepto legal omisivo si éste no puede permanecer en el ordenamiento jurídico sin ser interpretado de

forma tal que se subsane esa omisión (sin perjuicio de que esta última idea pueda ser correcta). El presupuesto del planteamiento aquí defendido está en la negación de una distinción sustantiva entre enunciado y norma que los tome como si de dos fenómenos con vida jurídica propia se tratase, y no como un mero recurso procesal de enorme utilidad práctica para la conservación y composición del ordenamiento jurídico<sup>44</sup>.

En los casos de silencios de la ley, a diferencia de los silencios del legislador, siempre hay un enunciado del que emana una norma explícita que crea una determinada situación jurídica (introduce o prohíbe el poder público en una determinada materia), que bien puede ser adecuada a la Constitución (introduce o prohíbe poder público en los términos queridos por la Constitución), pero también puede emanar del mismo enunciado una norma implícita que crea una situación jurídica contraria a la Norma suprema al silenciar ese enunciado una norma explícita sobre ciertos aspectos conexos de la materia regulada (la norma expresa introduce poder público en una materia, pero su silencio respecto de ciertos aspectos de esa materia crea una norma implícita que los excluye de todo poder público; o la norma expresa prohíbe el poder público en determinada materia, pero su silencio sobre ciertos extremos hace que pueda introducirse o se haya introducido ya poder público en los omitidos). El resultado es la inconstitucionalidad del enunciado porque él es la fuente de un *deber ser*

---

<sup>44</sup> Señala Silvestri que “la norma no es sino la disposición interpretada” (*La Sentenze Normative della Corte Costituzionale*. Giurisprudenza Costituzionale. 1981. pág. 1684 ss..pág. 1702). Véase también el artículo de Juan Luís Requejo Pages. “Constitución y Remisión Normativa. Perspectivas estática y dinámica en la identificación de las normas constitucionales”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 39, 1993, pág. 115 y ss.. pág. 143 y ss.. en particular la pág. 144.

contrario a la Constitución. La citada norma implícita no es sino una de las posibles transformaciones del enunciado de una ley, mediante la interpretación, en una *proposición deóntica*, esto es, en un permiso, prohibición o mandato.

Por consiguiente, el objeto de impugnación no es el silencio de esa ley, sino la ley misma, sólo que el motivo impugnatorio ya no es lo que dice, sino lo que no dice porque con ello ha vulnerado la Constitución. Cosa distinta es la dilucidación de cuál sea el contenido del fallo de la sentencia que conozca de un recurso contra ese enunciado que en un supuesto así convenga mejor al sistema jurídico en cuestión: declarar la inconstitucionalidad y nulidad del enunciado, y, por tanto, de ambas normas (implícita y explícita): o declarar la mera inconstitucionalidad del enunciado, pero no su nulidad, con el fin de expulsar del ordenamiento jurídico la norma implícita y conservar la explícita, que puede ser, ciertamente, adecuada en su literalidad a la Constitución<sup>45</sup>. Es aquí donde la distinción entre enunciado y

---

<sup>45</sup> Suscita ciertos reparos la tesis según la cual, la omisión de la ley no es la causa de su inconstitucionalidad, sino la omisión de la ley que debiera subsanar su *defecto por silencio*. La omisión contraria a la Constitución se produce cuando el legislador no promulga la ley que debe complementar la defectuosa por omisiva (un caso, pues, de omisión absoluta). En primer lugar; el legislador no tiene un deber genérico de reparar su *mala conducta*, lo que de todas formas es sancionado con la declaración de inconstitucionalidad de la ley omisiva. En segundo lugar, si la ley omisiva no se declara inconstitucional, debe aceptarse entonces que la situación jurídica creada por el legislador no es contraria a la Constitución, luego no es necesaria su intervención posterior. Si la ley omisiva es declarada inconstitucional, no surge de ello un deber de reparar el daño causado creando una nueva ley. El silencio del legislador será contrario a la Constitución si su quiescencia crea o conserva una situación contraria a la Constitución, y no porque no ha reparado una situación creada por otra ley, que en todo caso será merecedora de la sanción, consistente en su expulsión del ordenamiento por inconstitucional. Aún en el caso de que no se anule por inconstitucional la ley omisiva, bien porque se declara su mera inconstitucionalidad, bien porque se considera *aún constitucional*, a condición de que el legislador proceda en un plazo razonable al perfeccionamiento de esa ley, como ya se ha dicho más arriba, el transcurso

norma puede tener cierta importancia<sup>46</sup>.

Un ejemplo típico de estas omisiones inconstitucionales relativas es el de los enunciados de una ley que vulneran el principio de igualdad, bien porque excluyen expresamente a un grupo determinado de individuos, sin razón aparente, de un beneficio al que tendrían derecho o una expectativa fundada; bien porque el enunciado, al regular ese beneficio, lo hace a favor de un grupo determinado y guarda silencio sobre el resto. En ambos casos hay una exclusión causante de la inconstitucionalidad del enunciado, aunque aquí se reserva para el segundo caso la denominación de *omisión relativa*, porque sólo en esos casos la exclusión deriva del silencio del legislador. Del enunciado que regula la situación de un grupo determinado de individuos deriva la norma explícita que establece los términos jurídicos de su estatuto (la introducción o prohibición de poder público). Puede suceder que ese enunciado guarde silencio sobre la situación jurídica de otro grupo de sujetos que debieran recibir el mismo trato, bien porque no hay motivo alguno que permita distinguir su situación de la de aquellos otros, bien porque forman parte, como los primeros, de un mismo grupo de personas cuya situación debe ser regulada unitariamente porque así lo

---

de ese plazo ocasionará la inconstitucionalidad de la ley omisiva, pero no necesariamente una inconstitucionalidad por omisión del legislador (omisión absoluta) al no promulgar la ley de mejoramiento. Sobre estas cuestiones véase la obra de Leo Seufert, *Die nicht erfüllten Gesetzgebungsgebote des Grundgesetzes...*, *ob. cit.*, págs. 61 y 179, nota 1, y la de Peter Badura, {Die verfassungsrechtliche Pflicht des gesetzgebenden Parlaments zur "Nachbesserung" von Gesetzen}, en *Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel. Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag*, pág. 481 y 55., Müller/Rhinow/Schmid/Wildhaber (hrsg), Helbin und Lichtenhahn, Basel/Frankfurt, 1982.

<sup>46</sup> La opción por uno u otro contenido del fallo debe proyectarse necesariamente en la determinación de unos efectos del mismo adecuados al fin práctico perseguido.

ordena la Constitución. Del enunciado cabe derivar entonces una norma implícita que regula de modo distinto a la norma explícita la situación jurídica de este grupo de personas omitidas por el precepto, y esa diferenciación puede ser contraria a la Constitución por vulnerar el principio de igualdad o la norma constitucional que establece la regulación unitaria de las situaciones jurídicas de ambos grupos de personas. La ausencia de mención de este grupo puede ser, no obstante, un simple silencio del legislador, porque en efecto hay motivos que pueden justificar un trato diverso o porque de la norma constitucional no cabe deducir la necesidad del trato unitario. Si es así, de ese silencio no se deriva norma implícita alguna que regule su situación contrariando a la Constitución.

La LFB establece en su artículo 131 que una ley federal regulará la situación jurídica de aquellas personas, incluidos los refugiados y exiliados, que al 8 de mayo de 1945 pertenecieran a algún servicio público, y hubieran sido apanados del servicio por causas ajenas a las previstas por su correspondiente régimen legal, y que no se hayan reincorporado a sus antiguos empleos. Así mismo, una ley federal regulará la situación de aquéllos, incluidos también refugiados y exiliados, que desde esa fecha hubieran dejado de percibir sus pensiones por razones ajenas a las de su régimen jurídico. Una ley federal, en efecto, reguló tales situaciones jurídicas, pero omitió extender ciertos beneficios a todas las posibles personas que pudieran encontrarse en alguna de las situaciones descritas por el precepto constitucional. El precepto de la ley que comete esa omisión es contrario al artículo 3, que consagra el principio de igualdad, y al propio artículo 131 LFB, porque discrimina a un grupo de personas que en principio debiera disfrutar del mismo tratamiento. El objeto de control parece ser ese silencio, pues aparentemente él es la fuente de esa norma implícita lesiva

del principio de igualdad. Se rompe así la conexión entre el enunciado (norma explícita) y el silencio (norma implícita), de modo que la inconstitucionalidad de la omisión por vulnerar el principio de igualdad no conlleva necesariamente la del precepto legal que alberga la omisión. Incluso es posible que se legitime la omisión, probando la existencia de razones objetivas que la fundamentan (si, por ejemplo, no es conveniente ni necesaria una regulación unitaria de la materia, cuyas circunstancias pueden exigir tratamientos diferenciados), lo que la desactiva también como posible motivo impugnatorio de esa ley <sup>47</sup>. Desde la tesis aquí defendida, en el ejemplo expuesto, si no se logra justificar el simple carácter parcial y no excluyente de esa regulación legal y lo innecesario de un tratamiento unitario de la materia, que, en efecto, desactivan a la omisión como posible motivo impugnatorio del precepto legal, sólo caben dos soluciones posibles ante la inconstitucionalidad de la omisión del legislador: o se salva la constitucionalidad del precepto haciendo una interpretación extensiva del mismo, siempre que sea posible, para adecuarlo a la Constitución (interpretación conforme al art. 3 LFB), o se declara su inconstitucionalidad por vulnerar el principio de igualdad en los términos que resultan de la interpretación conjunta de los artículos 3 y 131 LFB<sup>48</sup>. Sin embargo, como

---

<sup>47</sup> Como señala Trocker (*Le omissioni del legislatore...*, *ob. cit.*, pág. 114 y ss.), una vez que el Tribunal adviene la posibilidad de que el legislador haga distinciones plausibles entre grupos de personas sin vulnerar el principio de igualdad, debe imponerse un *self-restraint* en su control sobre la ley, pues al legislador le cabe regular sucesiva y gradualmente las distintas situaciones comprendidas en la norma constitucional pertinente (de la que tampoco emanada la necesidad de una regulación unitaria de la materia) sin lesionar el principio de igualdad. Si es así, el tribunal debe detener ahí su enjuiciamiento de la ley, declarar su constitucionalidad y desestimar el recurso de amparo constitucional (*Verfassungsbeschwerde*). Véanse las SSTC 63/83 y 116/87.

<sup>48</sup> Es aquí donde puede tener relevancia desde el punto de vista procesal la distinción entre enunciado y norma. En el caso de realizar una interpretación conforme a la Constitución de la ley en cuestión, se trataría

ya se ha mencionado, la desconexión entre enunciado y norma, que sostiene en pie la posibilidad de elegir entre impugnar el precepto legal o su omisión, permite soluciones distintas.

El BVerfG, en la E 6, 257, se enfrentó a una hipotética vulneración de los artículos 3 y 131 LFB ocasionada por un silencio de la ley<sup>49</sup>. Admite que es

---

de extender la norma explícita derivada del enunciado a los casos aparentemente excluidos de la misma por su silencio sobre el particular (lo que sería imposible si la exclusión es expresa, que aboca necesariamente a la declaración de inconstitucionalidad y a la nulidad del precepto): excluyendo, por tanto, la posibilidad de una norma implícita discriminatoria. La sentencia sería parcialmente desestimatoria (una sentencia interpretativa de rechazo). Si, en cambio, se opta por la declaración de inconstitucionalidad y de nulidad del enunciado, evidentemente se expulsan del ordenamiento tanto la norma explícita, que en el caso tratado es perfectamente constitucional, como la implícita, que sería la realmente lesiva. Desde un punto de vista práctico, este fallo provocaría una laguna jurídica que no beneficia a ninguna de las partes implicadas. Por el contrario, quizá se compondrían mejor los intereses en juego si se opta por una sencilla declaración de inconstitucionalidad, esto es, si se dicta una sentencia parcialmente estimatoria, que expulse la norma implícita contraria a la Constitución, pero conserve el enunciado y la norma explícita que de él se deduzca. De esta forma, el juez constitucional invalida toda interpretación de ese enunciado que conduzca al resultado lesivo del principio de igualdad y deja al legislador la oportunidad de corregir una situación discriminatoria en potencia, o a los jueces ordinarios la de integrar la laguna dando en lo posible plena eficacia al principio de igualdad, extendiendo la aplicación de la ley a los casos no contemplados expresamente por ella. También es posible que el juez constitucional aproveche esa sentencia para hacer recomendaciones al legislador sobre su futura legislación en la materia o a los jueces sobre la forma de interpretar dicha ley, lo que sitúa la cuestión en el problema de las *sentencias manipulativas* como instrumento del *activismo judicial* del juez constitucional, no siendo éste el lugar y momento para ocuparse de ello.

<sup>49</sup> En este recurso de amparo constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) el recurrente impugna la Ley de 1951 para la regulación de las situaciones jurídicas de las personas comprendidas en el ámbito personal delimitado por el artículo 131 LFB, porque la enumeración de los entes, corporaciones e instituciones que deben tenerse por “servicios públicos” no incluye aquella en la que él prestó sus servicios hasta el año 1944, la Cruz Roja. Esa omisión es por ello contraria a lo dispuesto en dicho artículo 131 LFB, puesto que la mencionada ley debía contemplar también esa institución, que, según trata de probar, siempre fue considerada una corporación de derecho público; y lesiona el principio de igualdad, artículo 3 LFB, pues, perteneciendo al ámbito personal

posible elevar un recurso de amparo constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) contra una omisión del legislador, y en este caso concreto, contra una omisión de la ley (E 6, 257 [262]). Argumenta el BVerfG que si le es exigible al legislador un determinado proceder para no lesionar el artículo 3 LFB (principio de igualdad), y esa lesión tiene su causa en la exclusión de un determinado grupo de personas, cuando se regula cierta materia por una ley, el recurso de amparo constitucional no es necesario que se dirija contra esa regulación parcial “positiva” (el enunciado de la ley) aduciendo que lesiona el principio de igualdad. Puede atacarse la omisión relativa (la norma implícita) y pretender que se declare que el legislador ha cometido un acto, la omisión, contrario a la Constitución. Añade el Tribunal que la constatación de la inconstitucionalidad de la omisión sólo puede llevar aparejada la declaración de inconstitucionalidad del precepto legal correspondiente, si la regulación parcial positiva (el

---

del artículo 131 LFB, la omisión de la ley le impide acogerse a las medidas de las que otros sujetos se benefician. Lesiones que también ocasiona la Ley de modificación de la Ley que desarrolla dicho artículo 131 LFB de 1953, al no contemplar tampoco a la Cruz Roja en su ampliación de la lista de instituciones cuyo personal puede acogerse a la Ley de 1951. Esta sentencia modifica el planteamiento de la E 1, 97, que negaba la posibilidad del control de omisiones legislativas. En esta ocasión el BVerfG admite la posibilidad de ese control indicando que la diferencia entre un caso y otro radica en que el de la E 6, 257, versa sobre el cumplimiento de un mandato constitucional expreso al legislador que establece en esencia el ámbito y contenido del deber del legislador. Si, con esos presupuestos, dice el BVerfG, el legislador hace una interpretación incorrecta del deber constitucional y en consecuencia cumple de forma defectuosa ese deber y con su omisión lesiona un derecho fundamental, es admisible un recurso contra esa omisión. Incluso sostiene que no es argumento suficiente para negar el control de las omisiones la legitimidad democrática del legislador y el respeto a su libertad en el ejercicio de su función legislativa, derivado de ella, pues todo ello no le exonera del respeto a los derechos fundamentales (E 6, 257 [264 y 265]). Pese a ser admitida la queja, fue desestimada, al considerar que la Cruz Roja en el período de tiempo en el que el recurrente estuvo en activo no era una corporación de derecho público y su exclusión no atenta ni contra el artículo 3 ni el artículo 131 LFB.

enunciado de la norma y su norma explícita), que omite incluir en ella a un grupo de personas (no las excluye expresamente), no puede permanecer en el ordenamiento sin generar inexorablemente esa omisión contraria a la Constitución. O dicho con otras palabras, si no hay forma de interpretar el enunciado del precepto de modo que se evite el efecto discriminatorio de quienes hayan sido excluidos por omisión (E 6, 257 [262]).

Este argumento desemboca en uno de estos fallos posibles. O bien se dicta una sentencia interpretativa desestimatoria si es posible aquella interpretación que evite el efecto discriminatorio. O se declara la mera inconstitucionalidad, pero no la nulidad, del precepto legal omisivo si se interpreta de manera discriminatoria para el grupo de personas excluidas. O, si se prueba la conexión indisoluble entre enunciado omisivo y norma implícita discriminatoria, acompañar a la declaración de inconstitucionalidad la de nulidad del precepto. El BVerfG en esta sentencia adviene que la nulidad del precepto legal omisivo sólo estaría justificada si el mandato constitucional exigiese una regulación unitaria de la materia, y no lo estaría si resulta evidente que la norma constitucional no ordena esa unidad, sino que permite regulaciones parciales sucesivas (caso, por ejemplo, de que el objeto regulado en la norma constitucional en cuestión lo permita o, incluso, lo haga aconsejable). Desde este prisma, esa regulación parcial positiva debería considerarse necesitada de complementación, pero no nula (E 6, 257 [264 y 265]). El tribunal salvará así la constitucionalidad del precepto legal, pese haber declarado la inconstitucionalidad de su omisión, con una sentencia en la que se declara que la ley impugnada es *aún constitucional*.

Obviamente esta postura inevitablemente remite a la tesis del *plazo razonable* para promulgar la regulación complementaria. El BVerfG dirá que,

advertida la lesión del principio de igualdad por la omisión de la ley, sólo le es dado declarar que tal conducta del legislador ha lesionado un derecho fundamental, de lo que resulta la imposición al legislador del deber de promulgar en un “plazo razonable” una norma que extienda las medidas legales al grupo de personas que habían sido postergadas o que regule de nuevo la materia teniendo en cuenta a todos los grupos de personas delimitado por la norma constitucional. No le corresponde al Tribunal establecer otro tipo de consecuencias, dice el BVerfG. Más adelante de manera harto ambigua señala que no necesita ser discutida la cuestión sobre, si pasado ese plazo razonable sin que el legislador haya hecho nada, hace definitivamente rechazable toda regulación, complementaria, lo que debiera conducir a la declaración de la nulidad del precepto legal por vulnerar el principio de igualdad (E 6, 257 (265 y 266]).

Esta aparente actitud ponderada del BVerfG, dados los efectos de sus sentencias (en este caso de alcance general y con fuerza de ley –*Gesetzkraft*- según lo dispuesto en el § 31,1 y 2 BVerfGG), esconde una fuerte restricción de la autonomía del legislador, pues no sólo el fallo del BvefG atribuye una validez provisional a la ley, que, curiosamente, no es el objeto de impugnación, sino que, además, se atribuye la potestad de decidir cuándo ha transcurrido ese plazo razonable. En último término es el tribunal el que le impone al legislador un deber de enmienda a plazo, y no la Constitución. Téngase en cuenta, además, que, si la constatación de la lesión por omisión del principio de igualdad tiene efectos *interpartes*, pero la declaración de la ley como *aún constitucional* los tiene generales, y que el BVerfG puede dar término a esa provisionalidad cuando resuelva una nueva impugnación de la omisión de esa ley, el deber de enmienda que soporta el legislador deriva de la sentencia del BVerfG, pero no de la Constitución, lo

que ya de suyo es discutible. Pero es que, además, en esa segunda impugnación desaparece sin explicación alguna el motivo que, precisamente, permitía al Tribunal evitar la declaración de inconstitucionalidad de la ley: la supuesta existencia de una interpretación alternativa del precepto que evita el trato discriminatorio del grupo excluido por omisión. Quizá por eso advierte el Tribunal que pasado ese plazo ya no es posible promulgar la regulación complementaria debida. Parece así, que si la ley puede ser complementada, su silencio es una omisión inconstitucional; mientras que si no es posible tal complementación, lo inconstitucional no es el silencio, sino la ley. Desde este prisma no es en realidad el legislador actual el omisivo, de ahí la desconexión entre la ley y su silencio, sino el legislador futuro, que es quien debe cubrir la laguna, y que, de no hacerlo, su pasividad lleva aparejada la nulidad de una ley, ahora asumida como propia al no haberla modificado<sup>50</sup>. Sin embargo, a pesar del esfuerzo teórico del Tribunal para razonar en términos jurídicos la solución a la que ha llegado, lo cierto es que se trata de encubrir un juicio de oportunidad, ya que es él quien decide cuándo concurren las circunstancias que prueban la desconexión entre enunciado y omisión, y, por consiguiente, la imposibilidad de deducir de la inconstitucionalidad de ésta la nulidad de aquél, y cuándo esas circunstancias desaparecen y el enunciado de la ley,

---

<sup>50</sup> Cabría preguntarse si el mismo recurrente de la primera impugnación podría serlo de la segunda, sin menoscabar la fuerza de cosa juzgada de la sentencia, pues la vulneración del principio de igualdad permanece en tanto el legislador no lo remedie. En el caso de reconocerle el efecto de fuerza de cosa juzgada a las sentencias del BVerfG, éste podría eludirse argumentando que, pese a ser el mismo sujeto y el mismo motivo impugnatorio. Los esgrimidos, el objeto de impugnación ha variado, pues ahora se impugna la omisión del legislador que debió subsanar el defecto de la ley omisiva o, en su caso, se puede impugnar la ley omisiva (no su omisión como se hizo en la primera impugnación) al entender que transcurrido el plazo la ley ha devenido en inconstitucional; al respecto consúltese el citado comentario al § 31 BVerfGG de Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Ulsamer, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, *ob. cit.* N° marg. 5 y ss.

hasta ese momento *aún constitucional*, deviene en nulo.

No cabe duda de que en los silencios de la ley el elemento interpretativo adquiere una importancia enorme, pues a diferencia de las omisiones absolutas, no se trata tan sólo de constatar la quiescencia efectiva del legislador, sino de saber si en efecto ha habido una *omisión* o no. La BVerfGE 6, 257 (264) habla precisamente de una errónea interpretación por el legislador del deber que la Constitución le impone, y parece que la función del control de la omisión bien puede ser corregir esa errónea interpretación de la Constitución por el legislador, reinterpretando su ley a la luz de ese deber constitucional para salvar su validez. En efecto, la necesidad de hacer una interpretación conforme a la Constitución de la ley permite que, en la medida en que sea posible interpretar el enunciado de sus preceptos de forma que se evite derivar de su omisión una consecuencia contraria a la Constitución, el juez constitucional debiera dictar una sentencia desestimatoria y rechazar la inconstitucionalidad por omisión. Sin embargo, si no es posible esa interpretación conforme, no se impugna una omisión por inconstitucional, sino una ley cuyas omisiones contradicen la Constitución. Por consiguiente, constatada la inconstitucionalidad de la omisión, debiera declararse, en principio, la del precepto legal que le da cobertura.

### 3. LA INCIDENCIA DEL SILENCIO LEGISLATIVO EN LAS SITUACIONES JURIDICAS PREVISTAS EN LA CONSTITUCIÓN

La clave en el análisis de la compatibilidad entre los silencios del legislador y la Constitución radica en los efectos que su quiescencia puede ocasionar en el diseño que la Constitución haya hecho del ordenamiento jurídico. Esos efectos son las *situaciones jurídicas* creadas o conservadas por el silencio legislativo. Esas situaciones jurídicas son el régimen jurídico de una materia dada, es decir, el conjunto de normas explícitas o implícitas que regulan esa materia. Cuando ese régimen jurídico emana de normas implícitas cuya aplicación es provocada por el silencio legislativo, y cuando la situación jurídica así creada es contraria a la permitida u ordenada por la Constitución, se está ante omisiones inconstitucionales del legislador o de sus leyes. Esos silencios pueden vulnerar la Constitución por motivos formales, si el silencio contraría una norma constitucional que reserva en exclusiva esa regulación a un determinado tratamiento jurídico, o competenciales, si el silencio da cobertura a actos de creación o aplicación normativas que invaden el ámbito competencial de otro sujeto del ordenamiento jurídico; y, por supuesto, lo pueden hacer por motivos materiales, impidiendo o prohibiendo, según el caso, la existencia de la situación jurídica querida por la Constitución en la misma norma constitucional que permite u ordena la actividad del legislador o bien lo hace de una situación jurídica querida en una norma constitucional distinta. Con el término “situaciones jurídicas” no se trata, pues, de identificar las circunstancias de hecho que el silencio legislativo alienta o ha creado. El problema que aquí interesa no es un problema de *eficacia* del silencio del legislador y de sus leyes, sino de *validez* de la *situación jurídica* creada por ese silencio, por tanto, de validez de la norma implícita que constituye su

régimen jurídico.

A continuación nos vamos a ocupar de las diversas situaciones jurídicas previstas por la Constitución, y de qué modo incide en ellas el silencio legislativo. Téngase en cuenta que se trata de una sistematización, siempre acompañada de un cierto grado de generalización e inevitable simplificación de la inmensa variedad de posibilidades, para la que se han utilizado los siguientes criterios: el tipo de norma constitucional afectada (autoaplicativa, permisiva o imperativa), el grado de disponibilidad sobre la existencia de la situación jurídica prevista por la norma constitucional que posee el legislador (absolutamente indisponible, abierta al desarrollo legislativo y disponible) y la incidencia que pueda tener el silencio legislativo (silencio del legislador u omisión absoluta y silencio de la ley u omisión relativa) sobre dicha situación, impidiendo o prohibiendo su existencia.

### 3.1. Normas constitucionales autoaplicativas y permisos constitucionales

Se trata de los casos extremos en los que o la situación jurídica es absolutamente indisponible al legislador (normas constitucionales autoaplicativas) o su existencia está a su libre disposición (normas constitucionales permisivas).

La Constitución puede contemplar situaciones jurídicas cuya existencia es indisponible a los Poderes del Estado, en particular al legislador. Y esas situaciones pueden emanar de normas constitucionales autoaplicativas (por ejemplo, el art. 322 CNC: Bogotá, Capital de la República...). En este caso la situación jurídica existe ya con la mera presencia de la norma constitucional. Es el supuesto más evidente de eficacia directa de la

Constitución. El silencio del legislador no tiene relevancia alguna, pues no podrá producir normas que desplacen a la constitucional (si el legislador calla eso no quiere decir que la capital de Colombia pudiera ser otra distinta a la ciudad de Bogotá). Si la Constitución puede regular directamente una materia determinada, no puede hablarse en puridad de silencio legislativo y menos aún de omisiones inconstitucionales (aunque el legislador pudiera complementar la norma constitucional). En esta circunstancia, de normas constitucionales autoaplicativas, no son posibles, pues, ni omisiones absolutas ni omisiones relativas inconstitucionales, pues el vacío que pudiera crear el silencio legislativo siempre estará ocupado por la norma constitucional y no podrá crearse ni conservarse situación jurídica alguna contraria a la Constitución, dado que su norma despliega toda su eficacia directa en lo que hace a su contenido normativo. Quien, no obstante, pretenda eludir la directa aplicación de estas normas constitucionales, amparándose en el silencio legislativo, no sólo reduce la norma constitucional autoaplicativa a mera norma programática necesitada de mediación legislativa para ser eficaz, sino que, además, la infringe (y no el silencio) al inaplicarla.

La Constitución también puede establecer que la existencia y concreción en el ordenamiento jurídico de ciertas situaciones jurídicas quede al destino de cualquiera de los Poderes del Estado con poder jurídico para crear normas que regulen esa materia o exclusivamente del legislador si la materia es objeto de una reserva de ley. Son supuestos en los que la Constitución viste con el ropaje de un permiso la decisión sobre si introducir o no poder público en una determinada materia, creando o no la institución, o regulando o no la relación sociopolítica que constituye su objeto. El silencio al respecto únicamente significa que tal situación jurídica no existe, consecuencia

también querida por la Constitución, pues la permite. En último término, la norma constitucional permisiva tolera la existencia en el ordenamiento jurídico de dos posibles situaciones jurídicas, incluso antagónicas, y tan sólo establece que la opción por una u otra le compete a otro.

No obstante, resulta posible que ciertos silencios legislativos respecto de un permiso constitucional deriven en una omisión inconstitucional. Mientras el uso del permiso sea competencia exclusiva del legislador (reserva de ley), el silencio de éste o de sus leyes (omisión absoluta y relativa respectivamente) debe interpretarse como un no uso de ese permiso. La situación jurídica permitida por la Constitución no existe porque el competente para decidir sobre su existencia actual, en este caso el legislador, no lo ha hecho. El permiso permanece, no obstante, pues su silencio, sea absoluto, sea relativo, ni impide ni prohíbe en modo alguno su empleo futuro cuando el legislador lo estime oportuno. El legislador no ha dispuesto con su silencio del permiso en sí mismo considerado, que de ser así, es cuando ese silencio se toma en omisión inconstitucional, pues el legislador ha dispuesto de la posibilidad misma de que exista lo querido por la Constitución, impidiendo al legislador futuro crear la situación jurídica constitucionalmente permitida. De lo que puede disponer el legislador es de la existencia de la situación jurídica que la Constitución permite que exista en el ordenamiento jurídico, y mientras no se pronuncie, ningún sujeto del ordenamiento puede sustituirle en esa decisión. Ahora bien, el permiso constitucional se vería contrariado por una norma implícita en el silencio legislativo que suponga prohibir el empleo por el legislador futuro de ese permiso constitucional.

La previsión constitucional de permisos jurídicos no es insignificante.

Téngase en cuenta que, si esa misma situación no es, ni siquiera, objeto de un permiso constitucional, el legislador puede disponer de ella incluso para prohibirla. La función del permiso constitucional sobre la existencia de esa situación es la de inmunizarla frente a la prohibición legislativa. Con el permiso se está diciendo que su existencia no es contraria a la Constitución, pero sí lo es disponer de la propia posibilidad de que exista. Parece evidente que, si el silencio lo es del legislador (omisión absoluta), con su abstención únicamente puede impedir la existencia actual de la situación jurídica permitida por la Constitución. Pero este efecto está previsto, en principio, por la norma constitucional permisiva.

Ese silencio, si lo es de la ley (omisión relativa), pues de un silencio del legislador (omisión absoluta) difícilmente podrá deducirse una norma prohibitiva, puede convertirse en una omisión inconstitucional en el caso de que signifique la prohibición de la existencia actual o futura en el ordenamiento jurídico de la situación jurídica permitida por la Constitución. La situación jurídica resultante es justamente la no querida por la Constitución. Con ese silencio de la ley, el legislador ha dispuesto del permiso mismo, pues, no es que con él impida la existencia actual de la situación jurídica permitida por la Constitución, lo que equivale a un no uso del permiso; sino que sanciona la existencia actual y futura de esa situación (por ejemplo, si la ley que regula los departamentos, lo hace de tal modo que prohíbe la existencia de agrupaciones municipales distintas a ellas).

Lo mismo puede suceder si la Constitución no acompaña al permiso con la determinación de quién puede hacer uso de él. La decisión última sobre la existencia de esa situación jurídica le corresponde a quien resulta investido de esa competencia por el juego de las reglas de validez del sistema de

fuentes definido por la Constitución. Sólo un silencio de la ley (omisión relativa) puede devenir en una omisión inconstitucional cuando de ese silencio se deduzca una norma implícita que prohíba la existencia de la situación, pues, si la impide, incluso en el caso de un silencio del legislador (omisión absoluta), tan sólo somete la eficacia de la decisión del otro sujeto del ordenamiento que pretende hacer uso del permiso a la anuencia del legislador. Esto no vulnerará la Constitución mientras esa actitud del legislador no contradiga las reglas de validez del sistema de fuentes. Precisamente el silencio legislativo vulnera la reglas de validez, si la competencia para hacer uso del permiso es atribuida por la Constitución a un sujeto del ordenamiento distinto al legislador y el silencio del legislador o de la ley impide (y si es un silencio de la ley incluso puede prohibir) el ejercicio de esa competencia.

En este caso, esa aptitud contraria del silencio legislativo vulnera la norma constitucional que atribuye la competencia a otro sujeto distinto al legislador.

### **3.2. Desarrollo legislativo de normas constitucionales, normas constitucionales de configuración legal y mandatos constitucionales**

Están también aquellas situaciones jurídicas cuya existencia le es indisponible al legislador o a cualquier otro poder del estado, bien porque la norma constitucional que las prevé goza de eficacia directa en lo tocante a su existencia, sin excluir una concreción legislativa de la misma (esté prevista expresa o tácitamente por la Constitución esta concreción, esto es lo de menos), bien porque la Constitución manda que exista tal situación jurídica, aunque su efectiva existencia dependa de la creación de normas para el caso por los poderes del estado, o sólo por el legislador si la

situación es objeto de una reserva de ley. Ambos supuestos coinciden en la indisponibilidad para el legislador de la existencia de la situación jurídica. En lo que resta las diferencias son importantes. En un caso, la competencia para concretar lo querido por la Constitución es un *permiso*, y en el otro, es un *mandato*.

En el primero de ellos la norma constitucional posee un resto de eficacia directa, pues la situación debe existir con independencia de la intervención del legislador. En punto a la existencia de una situación jurídica determinada en el ordenamiento jurídico, la norma constitucional es autoaplicativa, en términos similares a los expuestos arriba para los casos de normas constitucionales autoaplicativas. En el caso que ahora nos ocupa, el silencio sólo puede significar que la situación jurídica existe en el ordenamiento jurídico, aunque con contornos concretos aún difusos a falta de la intervención posterior del sujeto del ordenamiento jurídico competente para ello. En estos casos, tanto si el uso del permiso para concretar el modo de existencia de la situación jurídica querida por la Constitución es objeto de una reserva de ley, como si no se determina quién es su destinatario, un silencio del legislador (omisión absoluta) sobre el particular no puede interpretarse como una disposición sobre la existencia misma de esa situación jurídica. Esta tendrá los contornos que resulten de la aplicación directa de la norma constitucional (por ejemplo, un derecho fundamental que debe existir y existe aunque el legislador aún no haya regulado su ejercicio o lo haya desarrollado de acuerdo con preceptos como el art. 53 CPC). En la medida en que del silencio legislativo no puede deducirse una norma implícita que impida o prohíba la aplicación directa en ese extremo de la norma constitucional, no habrá omisión inconstitucional, ni absoluta ni relativa, ya que en esta última el silencio de la ley también debe suplirse con

la aplicación directa de la Constitución.

Si la Constitución no atribuye la competencia para la mencionada concreción a ningún sujeto determinado del ordenamiento jurídico, la determinación de quién pueda hacerlo, debe extraerse de las reglas de validez del sistema de fuentes. El silencio del legislador podrá impedir que los otros sujetos hagan uso del permiso, lo que no es contrario a la Constitución mientras no implique una lesión de tales reglas del sistema de fuentes, pero no podrá impedir que se desplieguen los efectos directos de la norma constitucional. Sólo si la Constitución ha atribuido a un sujeto jurídico distinto del legislador la competencia para hacer uso del permiso de concreción de la situación jurídica en el ordenamiento jurídico, ese silencio del legislador o de la ley pueden devenir en sendas omisiones inconstitucionales si lesionan el sistema de fuentes bien impidiendo, o prohibiendo si es una omisión relativa, el ejercicio del permiso por el sujeto competente.

El otro caso es aquel en el que la existencia efectiva de la situación depende de la creación de normas por los poderes del estado, y no sólo sus contornos específicos en el ordenamiento jurídico. Pero esa creación normativa de la que depende la existencia de la situación jurídica es objeto de un mandato constitucional, y no de un permiso. Resulta evidente, pues, que la norma constitucional no es autoaplicativa en lo referente a la existencia de la situación jurídica por ella querida, es una norma sin eficacia directa. Es precisamente en estos supuestos en los que la presencia o ausencia de un plazo para legislar cobra un especial significado.

El silencio de los poderes del estado, y en particular del legislador si hay

reserva de ley, puede disponer de la existencia de esa situación jurídica, ya que su actividad sí es necesaria para que exista. Si hay silencio ya no cabe aseverar que la situación jurídica existe en efecto, aunque no definida en sus contornos precisos, como consecuencia de la aplicación directa de la norma constitucional. Si hay silencio, la situación jurídica querida por la Constitución no existe. Si la norma constitucional no establece plazo alguno para ejecutar la orden constitucional, el silencio del legislador (omisión absoluta) sobre la existencia de la situación jurídica no impide su posterior existencia, y tampoco la prohíbe, como es obvio. En este sentido, el silencio sólo podría transformarse en omisión inconstitucional, si la situación jurídica así creada no consiste en la simple inexistencia de lo querido por la Constitución (lo que no es contrario a la Constitución de suyo, puesto que el cumplimiento del deber constitucional carece de plazo para ser ejecutado; es el caso de las normas constitucionales que prevén la creación de órganos o instituciones del Estado), sino en la existencia de una situación que representa justo lo contrario a lo querido por la Constitución (piénsese en el supuesto del derecho de asilo del art. 36 CPC) o si lesiona cualquier otro precepto constitucional (por ejemplo, el principio de igualdad). Aquí sí que no sólo una prohibición, sino también el simple impedimento de la existencia de la situación jurídica querida por la Constitución pueden provocar la existencia de una contraria a la Constitución.

Quizá sean estos supuestos, los de las normas constitucionales imperativas, los que plantean mayores dificultades. Parece obvio que si son normas *imperativas*, la Constitución ordena algo a los poderes del estado destinatarios de esa norma imperativa. La ausencia de un plazo para ejecutar el mandato parece alterar el contenido normativo del citado tipo de normas en un simple programa cuya ejecución queda al destino del

legislador. Sin embargo, esta interpretación no es de recibo si se desea preservar la supremacía normativa de la Constitución. Pero tampoco lo es sostener que dicha imperatividad se manifiesta dotando de eficacia directa a la norma constitucional imperativa sin más, a pesar de no haber sido ejecutada. No hay tal eficacia directa porque la situación jurídica constitucionalmente prevista, al contrario que en el caso de las normas constitucionales que están abiertas al desarrollo legal, necesita de la mediación legislativa para existir. Ahora bien, a diferencia de un permiso constitucional, la existencia de esa situación es un deber inexcusable. Por tanto, ni hay norma constitucional directamente aplicable, ni son posibles diversas situaciones distintas a la constitucionalmente permitida, sino que sólo puede existir una, la fijada en la norma constitucional imperativa, pero que carece de los contornos precisos para surtir efectos inmediatos sin la previa intervención del legislador o de otro poder del estado habilitado al efecto. De la norma constitucional imperativa cabe deducir una norma que, al tiempo que impone la existencia de la situación jurídica por ella prevista, prohíbe la existencia de cualquier otra que la contradiga. Si el silencio legislativo propicia la existencia de esa situación jurídica contraria, deberá negársele todo efecto jurídico a la situación contraria a la Constitución resultante del silencio legislativo. En esto radica el mínimo vinculante y eficaz de estas normas constitucionales, aunque carezcan de desarrollo normativo infraconstitucional. Ese mínimo es la manifestación de la supremacía constitucional, que vincula a todos los sujetos del ordenamiento jurídico, en particular a los jueces.

Como ya se ha mencionado, puede ocurrir que un silencio permita que otras normas explícitas regulen una situación jurídica de manera contraria a la Constitución. Puede ser el caso de las normas preconstitucionales que son

aplicables a falta de normas postconstitucionales. El silencio no es fuente de producción de esas normas explícitas porque su validez no deriva del silencio; éste es sólo un hecho contemplado por el constituyente que permite su aplicabilidad. Del mismo modo que no incurre en omisión inconstitucional el legislador posterior en el tiempo al legislador que promulga una ley que ha sido declarada inconstitucional, si con su silencio ha conservado una situación contraria a la Constitución (la creada por la ley anterior declarada inconstitucional). El silencio del legislador postconstitucional en el primer caso, y del posterior en el tiempo en el segundo, no es la fuente de producción, y por ello de validez en primer grado, de las normas explícitas que regulan ciertas materias, sino, a lo sumo, el supuesto de hecho que permite su aplicabilidad a esa materia. Por ello, la situación jurídica contraria a la Constitución no es provocada por el silencio, sino por aquella ley, preconstitucional o postconstitucional según el caso. De todo ello cabe deducir que sólo se producen situaciones jurídicas contrarias a la Constitución que transforman el silencio del legislador en una inconstitucionalidad por omisión cuando la validez de esa situación, es decir, de su régimen jurídico, deriva de la validez de la norma implícita aplicable al caso. Si son normas explícitas las aplicables, el silencio actúa, a lo sumo, de supuesto de hecho que condiciona su aplicabilidad.

Un caso particular es el del reglamento independiente que regula una materia aún no regulada por el legislador. La posible inconstitucionalidad en la que puede incurrir ese reglamento no puede derivarse de la posible inconstitucionalidad del silencio legislativo que viene a llenar, y menos aún puede concebirse la existencia de ese reglamento declarado inconstitucional como la prueba de la inconstitucionalidad del silencio del legislador que ha permitido su existencia. Ni tan siquiera en los supuestos

en los que la materia objeto de ese reglamento independiente lo es a su vez de una reserva de ley. El silencio del legislador no da cobertura en ningún caso al reglamento independiente, toda vez que si es así, dejaría de serlo. Es el preciso precepto constitucional que atribuye esa potestad al Gobierno quien ofrece la cobertura normativa para ello. Si la materia regulada por el reglamento es objeto de una reserva de ley, ese reglamento es inconstitucional precisamente por invadir un ámbito reservado a la ley. El silencio del legislador ni da cobertura, dotándole de una validez que la propia Constitución le niega, a ese reglamento, ni es el supuesto de hecho que la Constitución contempla como causa de la existencia y de la aplicabilidad del reglamento independiente. No es muy distinto el supuesto de materias que no están reservadas a la ley. De nuevo, el silencio del legislador no es la norma que da cobertura a ese reglamento, pues lo es la Constitución. A lo sumo, ese silencio puede entenderse como condición necesaria para la válida existencia de tal reglamento.

Recapitulando lo dicho en esta sección, son cuatro los tipos de normas constitucionales que aquí hemos analizado. Las normas constitucionales autoaplicativas, los permisos constitucionales, las normas constitucionales que están abiertas a un posterior desarrollo normativo y las normas constitucionales imperativas. Tanto las normas constitucionales autoaplicativas como las abiertas al desarrollo normativo poseen eficacia directa en lo tocante a la existencia de la situación jurídica por ellas regulada, de tal manera que el silencio legislativo carece de relevancia, de modo que no es el silencio legislativo el que vulnera la Constitución, sino quien pretenda valerse de él para distorsionar aquella eficacia directa. El silencio legislativo cobra relevancia en los casos en los que la norma constitucional carece de esa eficacia directa, y la existencia de la situación

jurídica querida por la Constitución puede quedar de un modo u otro a disposición del legislador (o sujeto competente en su caso). Esto sucede con los permisos constitucionales y las normas constitucionales imperativas. En el primer caso, la Constitución permite al legislador optar entre dar existencia o no a cierta situación jurídica, pero le prohíbe disponer del permiso constitucional mismo. El silencio legislativo no se transforma en una omisión inconstitucional si únicamente impide la existencia de la situación jurídica constitucionalmente permitida, pues tal resultado también está tolerado por la Constitución. Cosa distinta es si el silencio legislativo supone una prohibición de la existencia de esa situación jurídica (lo que sólo es posible en los casos del silencio de la ley), pues se está negando el permiso mismo, lo que transforma el silencio en una omisión inconstitucional. En el segundo caso, la Constitución no permite al legislador optar, le impone la existencia de una situación jurídica determinada y además le ordena su regulación. Así pues, el silencio del legislador que impida, o el silencio de la ley que impida o prohíba la existencia de dicha situación, se transforman en omisiones inconstitucionales. En estos casos de normas constitucionales permisivas o imperativas, el mínimo constitucionalmente obligatorio de estas normas se manifiesta en la negación (invalidación) de toda eficacia jurídica a la norma implícita en el silencio legislativo que tenga como consecuencia impedir o prohibir, según el caso, la existencia de la situación jurídica querida por la Constitución.

#### **4. LOS SILENCIOS LEGISLATIVOS Y LAS LAGUNAS JURÍDICAS: EL CONCEPTO DE *OMISIÓN INCONSTITUCIONAL***

Mortati, en su trabajo sobre los remedios jurisdiccionales contra el

comportamiento omisivo del legislador<sup>51</sup>, pretende distinguir entre la omisión del legislador (léase aquí silencio legislativo) y la laguna jurídica, argumentando que el primero es consecuencia del incumplimiento de una obligación de hacer y el segundo no, de lo que deduce a renglón seguido que la omisión es siempre el resultado de un acto de voluntad y la laguna puede producirse de modo involuntario. Así mismo, este autor insinúa que la sentencia que afronta una laguna puede integrarla sin más, mientras que la que declara la inconstitucionalidad por omisión no integra laguna alguna, incluso dicha declaración puede generarla. Es obvio que aquí no se comparte esa concepción dolosa de la omisión legislativa ni que su única conexión con las lagunas sea a través de la sentencia que declara la inconstitucionalidad por omisión. Probablemente el desacuerdo proviene del distinto enfoque con el que aquí se aborda el control del silencio legislativo y su relación con las lagunas jurídicas.

Sin duda, en esa defensa de la omisión dolosa palpita la censura de la decidida voluntad política del legislador de permanecer callado, actuando la declaración de inconstitucionalidad por omisión como sanción de esa

---

<sup>51</sup> Costantino Mortati, “*Appunti per uno studio...*”, *ob. cit.*, pág. 927 nota. 4. Una lúcida crítica al planteamiento de este autor puede encontrarse en el artículo de M<sup>a</sup> Ángeles Ahumada Ruiz. “El Control de constitucionalidad...”, *ob. Cit.*, pág. 178, del que se recoge aquí ahora el rechazo a concebir la omisión como un incumplimiento “culpable” y “doloso” de un mandato constitucional. Críticas que también pueden extenderse a quienes asocian las omisiones inconstitucionales con comportamientos arbitrarios del legislador, como es el caso de Seufert que cree ver una conducta arbitraria del legislador siempre que no ejerce sus funciones con el fin y por los motivos para los que se le han atribuido (véase sus *Die nicht erfüllten Gesetzgebungsgebote...*, *ob. cit.*, pág. 87). El legislador habría incurrido en un *exceso de poder* con sus silencios. Según estas ideas, sí hay razones objetivas que justifican el silencio del legislador, no se puede hablar de omisión inconstitucional. Pero no se aclaran cuáles puedan ser esas razones objetivas que actúan de “causa de justificación” del comportamiento “doloso” del legislador inactivo.

voluntad de no legislar. Semejante enfoque persevera en la naturaleza política del silencio y ahonda aún más en los inconvenientes que esa parcial visión suscita. De hecho, ubica el control jurídico de los silencios legislativos, precisamente, en un terreno más turbio: el del control de una decisión política abierta y decidida de no legislar, exonerando a los silencios culposos de ese control, que son asimilados a las simples lagunas jurídicas.

Con la distinción entre omisiones y lagunas, Mortati pretende eludir las objeciones al control de los silencios legislativos que resultan de la identificación de ambos fenómenos. Quienes hacen semejante identificación razonan que el resultado de la falta de norma jurídica que regula cierta materia (laguna), provocada por la quiescencia legislativa (silencio), es la simple irrelevancia jurídica de la materia aún no regulada; una relevancia que sólo alcanzará con su futura regulación, que es la que debe estar sujeta a un control jurídico. La irrelevancia de la materia objeto del silencio legislativo no permite articular control jurídico alguno sobre ese silencio, porque no hay objeto jurídico que controlar. La única consecuencia del silencio legislativo es la de mantener fuera del derecho una materia determinada. Por tanto, el silencio carece de consecuencias jurídicamente relevantes, es sólo una circunstancia política. Un planteamiento éste, que es de todo punto incorrecto, como hemos intentado demostrar en las páginas anteriores, Los silencios sí tienen consecuencias jurídicas, al menos la conservación del *statu quo* ya lo es.

Bien es cierto, que los valedores de dicha tesis conceden en ocasiones cierta relevancia jurídica a los silencios legislativos (sobre todo si afectan a normas constitucionales imperativas, derechos fundamentales o cometidos del Estado social); aunque el problema jurídico para ellos consistiría ahora

en saber cómo llenar la laguna. Por tanto, un problema de contenidos que conduciría a concebir el control de los silencios del legislador que generan lagunas, como un instrumento en manos de los jueces ordinarios de imposición al legislador de la obligación de legislar con ciertos contenidos.

Mortati, por su parte, dirá, que una omisión inconstitucional es un incumplimiento doloso de un mandato constitucional cometido por el legislador mediante su silencio, sugiriendo que lo lesivo no es el silencio o sus consecuencias, sino la decidida voluntad política de no legislar, y frustrar con ello el mandato constitucional. Es la voluntad infractora del legislador, y no las consecuencias del silencio doloso, lo que debe someterse a control jurídico, pues semejante voluntad hace relevante jurídicamente el silencio legislativo al infringir la Constitución. Sin embargo, las lagunas, aunque también puedan nacer de un silencio legislativo, no son el precipitado de una decisión política del legislador. Las lagunas constituyen inercias legislativas. Esta ausencia de voluntad política en los silencios legislativos culposos, o, lo que es lo mismo, en las lagunas jurídicas, no impide, a juicio de Mortati, dotar de relevancia jurídica a la cuestión, tan sólo hace innecesario el control del silencio porque el legislador no ha infringido la Constitución. Dado que no hay infracción constitucional ni voluntad política manifestada tácitamente por el legislador en su silencio, cualquier juez puede integrar la laguna con los medios que el ordenamiento pone en sus manos.

Paradójicamente, la construcción de Mortati, somete a control jurídico aquello que más le repugna a este tipo de control: la consciente decisión política de no legislar, de frustrar los mandatos constitucionales con su

silencio<sup>52</sup>.

Dicho en otros términos, Mortati propone un control jurídico de la decisión política (dolosa) de no legislar, lo que, como se ha visto, plantea serios reparos (que en este libro también se comparten), en particular respecto de la sanción de esa voluntad dolosa. Sin embargo, abandona a la actividad judicial integradora de lagunas los casos en los que el legislador calla culposamente, sosteniendo que esto es posible al no haberse manifestado voluntad política alguna (por ese motivo los jueces pueden intervenir), circunstancia que, justamente, permitiría articular de forma menos controvertida un control jurídico de estos silencios legislativos.

Pero, quizá, Mortati desde luego no lo dice, tan brillante solución no es en realidad el resultado lógico de una distinción razonada teóricamente entre lagunas y silencios legislativos, sino la constatación de que si los silencios legislativos se identifican con lagunas jurídicas estamos atribuyendo a los jueces el poder de legislar mediante la integración de esas lagunas. Si la laguna jurídica es integrada por los jueces ordinarios, facultad que les atribuye el ordenamiento jurídico, y si el silencio legislativo, sea cual sea su causa, es una laguna jurídica, los jueces ordinarios estarán sustituyendo al legislador en su función legislativa cada vez que integren la laguna generada por la quiescencia del legislador. Para evitar las consecuencias lógicas del silogismo, Mortati negará su premisa: la identificación entre

---

<sup>52</sup> Esta afirmación aleja los silencios legislativos y su control del sumamente problemático concepto de, *fraude de constitución*. Una categoría vidriosa desde el punto de vista jurídico. Véase de Mortati. “*Instituzioni di Diritto Pubblico*”, vol. II. CEDAM, Padova, 1976 (9ª edic.), págs. 1413 y 1414.

silencios y lagunas; y a partir de esa negación construirá su tesis.

Sin embargo, no hace falta negar la evidente conexión entre silencio del legislador y lagunas jurídicas para defender el control jurídico de la inactividad del legislador, y forzar a un tiempo un concepto sumamente discutible de omisión inconstitucional (la que la identifica con los silencios legislativos dolosos), con el fin de evitar que los jueces al amparo del silencio legislativo sustituyan al legislador en su función legislativa procediendo a integrar la laguna jurídica provocada por la omisión legislativa. Basta con no confundir silencios y lagunas, sin necesidad de acudir a la distinción entre silencios dolosos y silencios culposos (criterio que, por cierto, es fuente de mayores incertidumbres que certezas).

Ahora bien, tampoco la identificación entre silencios legislativos y lagunas jurídicas es correcta; Las lagunas jurídicas son sólo una de las posibles consecuencias del silencio del legislador. Es más, precisamente la omisión inconstitucional supone la inexistencia de una laguna jurídica en sentido estricto (la absoluta falta de una norma explícita o implícita aplicable al acaso, si es que tal tipo de laguna es posible), porque la inconstitucionalidad de la omisión se afirma de la norma implícita que provoca, directa o indirectamente, el silencio legislativo. La omisión inconstitucional es, a lo sumo, la causa de una *laguna axiológica*: la que provoca el juez al invalidar esa norma implícita contraria a la Constitución.

En efecto, el silencio legislativo y su conversión en una omisión inconstitucional, y la existencia de lagunas jurídicas son cuestiones de índole diversa; aunque íntimamente relacionadas entre sí. Las lagunas jurídicas suscitan cuestiones de aplicabilidad y no de validez, como es el

caso de los silencios del legislador; aunque ambas remitan a una norma de competencia. En las lagunas jurídicas se trata de saber qué norma es aplicable para llenar el vacío normativo que aqueja a cierta materia y quién es competente para decidir qué norma es aplicable, no para hacerla. En los silencios legislativos emerge el delicado asunto de si la inactividad del legislador puede tener consecuencias normativas y si esas consecuencias normativas son o no contrarias a la Constitución, Ese silencio se toma en omisión inconstitucional precisamente cuando su consecuencia jurídica es la existencia de una norma implícita que regula una materia, y semejante norma es contraria a la Constitución. La existencia de una laguna jurídica supone la inexistencia de una regla jurídica sobre el poder público, mientras que la omisión inconstitucional la supone.

Ni todo silencio legislativo tiene como consecuencia una laguna jurídica, pues puede ocurrir que la materia sobre la que el legislador puede o debe pronunciarse, y no la ha hecho, esté ya regulada por otras normas o lo pueda ser por las creadas por otros sujetos; ni toda laguna jurídica tiene su origen en un silencio legislativo, pues esa laguna puede producirse por la expulsión del ordenamiento de las normas que hasta el momento regulaban la materia objeto de la laguna. El silencio legislativo, absoluto o relativo, puede generar en efecto lagunas jurídicas o no hacerlo, o simplemente conservar las existentes. Pero, si el silencio legislativo genera o conserva simplemente una laguna jurídica, no por ello es constitutivo de una omisión inconstitucional.

El caso más claro de silencio legislativo que no crea laguna jurídica alguna es aquel en el que la norma constitucional puede ser aplicada directamente por la administración o por los jueces ordinarios sin necesidad de mediación

legislativa (normas constitucionales autoaplicativas, permisivas y normas constitucionales imperativas); aunque esta mediación pueda ser posible. Piénsese si no en el caso del derecho a la objeción de conciencia del artículo 216, inciso 3 CPC. El silencio del legislador sobre la ley que debe establecer su régimen no implica la existencia de una omisión inconstitucional, porque si bien puede ser constitucionalmente indiferente, e incluso inadecuado (pues la falta de la ley puede generar una cierta incertidumbre y falta de unidad en el criterio de aplicación a seguir del artículo 216, inciso 3 CPC), su silencio no genera una situación contraria a la Constitución pues el derecho a la objeción de conciencia goza de eficacia directa. Si los jueces ordinarios no lo aplicaran directamente aduciendo la falta de la ley, no por ello el silencio se convierte en inconstitucional por dar cobertura a actos de aplicación contrarios a la Constitución, porque en realidad el silencio del legislador no impide la aplicación directa del artículo 216, inciso 3 CPC. Por tanto, quienes violan ese derecho individual son los jueces ordinarios porque no aplican una norma constitucional dotada de eficacia directa.

#### 4.1. Supuestos de omisión inconstitucional en casos de silencios legislativos que generan posibles lagunas jurídicas

Si la laguna jurídica puede ser integrada por cualquier sujeto del ordenamiento jurídico, incluso mediante la autorregulación entre particulares, el silencio legislativo sólo podrá convertirse en omisión inconstitucional si la inactividad del legislador conlleva la imposibilidad de que se realice en el ordenamiento jurídico la situación jurídica querida por la Constitución. La norma constitucional permite su existencia, incluso puede

ordenarla, sin indicar quién tiene la competencia para introducir poder público en esa materia. No es necesario que se regule esa materia ni que quien lo haga sea el legislador; ahora bien, quien haga uso del permiso o quien cumpla la orden no podrá hacerlo para que tal regulación, consista en una prohibición. La introducción de poder público permitida u ordenada por la Constitución en una materia ha de servir para regular su modo de existencia en el ordenamiento jurídico, no para negarle la existencia. La diferencia entre la norma constitucional que permite y la que ordena la existencia de la regulación de una materia no sólo radica en la distribución de competencias, sino también en las causas que pueden mutar el silencio en una omisión inconstitucional. Si hay permiso, esto significa que queda a la discrecional decisión de los Poderes del Estado introducir poder público en una materia, lo que no impide que los particulares se autorregulen siempre que no se ejerza poder público entre ellos. Si su regulación es objeto de una orden, son esos poderes del estado los únicos que pueden asumir su regulación, pues la norma constitucional quiere que esa materia sea objeto del uso del poder público, lo que está vedado a los particulares.

El silencio del legislador, que es el que ahora interesa (y lo mismo podría decirse del silencio de los otros poderes del estado mencionados), podría convertirse en una omisión inconstitucional si los preceptos de una ley incurren en una omisión que puede significar la prohibición efectiva de su existencia. Pero no si ese silencio tan sólo produce una laguna jurídica.

El otro supuesto es aquel en el que la norma constitucional le atribuye su regulación al legislador (reserva de ley). Como en el caso anterior, la regulación sobre esa materia puede existir o no, y de existir sólo el legislador podrá establecerla, pero no podrá disponer de su existencia o de

esa materia con una prohibición. Si el legislador es el único competente para regular una materia determinada, su silencio puede crear una laguna que exclusivamente puede llenar él. Ese silencio puede transformarse en una omisión inconstitucional, si esa laguna implica que esa materia está regulada de forma contraria a lo querido por la Constitución, lo que no puede subsanarse ni con la aplicación directa de la Constitución, ni con la sustitución del legislador por algún otro sujeto del ordenamiento jurídico, so pena de que esa sustitución viole la reserva de ley.

Veamos algunos ejemplos. Señala Jiménez Campo que una resolución judicial requiere de una doble habilitación para levantar el secreto de una comunicación privada: la previsión constitucional de ese límite al secreto de las comunicaciones y la articulación del mismo en una norma legal que sea aplicable por el juez que dicta la resolución. Para el citado autor, el secreto de las comunicaciones sería un derecho individual “retórico” si a la competencia del juez para limitarlo no le acompaña necesariamente la ley “que establezca los supuestos y procedimientos para el efectivo despliegue de la competencia de este modo nombrada”<sup>53</sup>. Si se entendiese que el límite previsto por el precepto constitucional tiene eficacia directa y el juez es competente para levantar el secreto de las comunicaciones sin ley que establezca las condiciones de ejercicio de esa competencia, la inactividad legislativa sería una omisión inconstitucional al crear una norma implícita que pone a disposición del juez la existencia o no del derecho al secreto de las comunicaciones. En esa hipótesis, habría una infracción formal, pues el silencio actuaría como norma en blanco que habilita al juez para establecer

---

<sup>53</sup> Javier Jiménez Campo, “La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 20, 1987, pág. 35 y ss., pág. 58.

en qué casos, y cómo, limitar el derecho fundamental tal en cuestión, y una infracción material, por las características propias del derecho fundamental en cuestión, al vulnerar directamente el secreto de las comunicaciones colocando a sus titulares en una posición desprotegida frente al juez.

Así mismo, la falta de ley que regule la objeción de conciencia se transformaría en una inconstitucionalidad por omisión si de ello se dedujese que el derecho individual a no cumplir el servicio militar por razones de conciencia queda en suspenso hasta que el legislador decida regularlo, o dicho en otros términos, quedaría prohibido objetar al servicio militar, aunque la Constitución ordene su existencia en el ordenamiento jurídico.

Todos estos supuestos de silencios legislativos que crean o mantienen lagunas jurídicas suscitan inevitablemente la cuestión de la *analogía* como técnica de integración de estas últimas. No obstante, hay que indicar ya que el uso o no de la analogía no es por si mismo decisivo para la definición de lo que sea una omisión inconstitucional. Lo realmente importante no es tanto la técnica que se utilice para integrar una laguna jurídica, aunque ésta sea generada por el silencio legislativo, como el hecho de que el uso de la analogía remite necesariamente al juez que la utilizará para resolver el vacío legal que ha causado un silencio legislativo. El silencio legislativo puede actuar de título que habilita al juez para ser él quien concrete la norma implícita que regulará la materia en cuestión, bien extrayendo del silencio la consecuencia jurídica oportuna que regle la materia (el silencio genera una norma implícita no contraria a la Constitución o la laguna es integrada por normas preexistentes), o bien, una vez haya concluido la inconstitucionalidad de esas consecuencias (el silencio es una omisión inconstitucional), integrando la laguna que su decisión crea acudiendo a la

analogía. Un límite infranqueable a su integración de la laguna generada es la existencia de una reserva de ley sobre la materia objeto del silencio legislativo. En este caso, el silencio no habilita al juez para establecer por sí mismo la regulación de la materia; aunque la solución dada por el juez a la cuestión sea perfectamente constitucional. Si lo hace, estará infringiendo la reserva de ley establecida por la Constitución. Lo de menos es sí el juez ha creado la norma implícita utilizando la analogía u otra técnica interpretativa de integración del ordenamiento jurídico. Lo importante es determinar si es o no competente para hacerlo.

#### 4.2. Omisiones inconstitucionales y vigencia de las normas preconstitucionales con rango de ley

Resta por indagar los casos en los que el silencio del legislador postconstitucional se ve suplido en todo o en parte con la aplicación de normas preconstitucionales. El supuesto se plantea como sigue. Podría sostenerse que el silencio del legislador postconstitucional sobre cierta materia permite que ésta siga estando regulada por normas preconstitucionales, de cuya constitucionalidad se duda. Si, en efecto, la normativa preconstitucional es contraria a la Constitución, ese silencio deviene en una omisión inconstitucional porque conserva una situación jurídica contraria a la Constitución. A nuestro juicio, éste es un planteamiento incorrecto, aunque ese silencio del legislador postconstitucional (relativo o absoluto) pueda ser constitutivo de una omisión inconstitucional por otros motivos.

Afirmar que todo silencio legislativo que conserve una situación jurídica

regulada por normas preconstitucionales supuestamente contrarias a la Constitución, es una omisión inconstitucional, elude el efecto derogatorio que acompaña a la entrada en vigor del texto constitucional, y que los jueces ordinarios tienen obligación de hacer valer en el ejercicio de su función exclusiva de establecer cuál sea la norma aplicable al caso. Aquel argumento, que empareja las omisiones inconstitucionales con la vigencia del derecho preconstitucional, descarga sobre el legislador postconstitucional el cometido de depurar el ordenamiento jurídico expulsando mediante su derogación todas aquellas normas preconstitucionales contrarias a la Constitución. Un cometido cuya dejación provocaría la inconstitucionalidad del silencio legislativo al permitir la pervivencia de la normativa preconstitucional contraria a la Constitución.

La vigencia del derecho preconstitucional resulta de su no *derogación* al no contrariar lo dispuesto por la Constitución, una norma posterior en el tiempo y superior en rango, no del silencio de un poder del estado postconstitucional. Una norma preconstitucional sigue vigente, por tanto, válida y aplicable, tras la entrada en vigor de la Constitución porque no la contradice, pues de hacerlo, los jueces y tribunales ordinarios son quienes deben expulsarla del ordenamiento al entender que está derogada. La vigencia del derecho preconstitucional no resulta sólo de la inactividad derogatoria del legislador postconstitucional. A lo sumo, el silencio legislativo postconstitucional es la condición de la aplicabilidad del derecho preconstitucional. No cabe entender que el legislador postconstitucional ha asumido como propia la normativa preconstitucional por el simple hecho de no enmendarla o derogarla.

Si el legislador postconstitucional no ejerce la competencia legislativa que le

atribuye la Constitución, y en su lugar los jueces ordinarios aplican una normativa preconstitucional, debe convenirse en que esta última no es contraria a la Constitución hasta que no se pruebe lo contrario. En ese caso, el silencio del legislador postconstitucional es posible que sea constitucionalmente indiferente o no sea adecuado a lo querido por la Constitución, incluso que le sea contrario, pero no *conserva* una situación contraria a la Constitución. Quien la conserva es el juez ordinario que, debiendo tener por derogada la normativa preconstitucional, no lo ha hecho. Es el juez quien tiene el deber de invalidar la situación jurídica contraria a la Constitución, provocada por la normativa preconstitucional aplicable a falta de legislación postconstitucional, mediante el instrumento de la derogación.

El hecho de que la normativa preconstitucional sea aplicable a una materia que la Constitución ha hecho objeto, incluso, de una reserva de regulación, no quiere decir que se exonere al legislador postconstitucional del deber de regular esa materia cuando lo estime oportuno si no se le impone plazo alguno para hacerlo. La Constitución quiere que esa materia sea regulada conforme a los procedimientos por ella establecidos para crear normas por los poderes del estado postconstitucionales. Un permiso o mandato, según el caso, que es compatible con otro efecto querido también por ella. Mientras esos poderes del estado guarden silencio, los jueces ordinarios aplicarán las normas preconstitucionales no derogadas. Por consiguiente, en la medida que la Constitución no deroga todo el ordenamiento preconstitucional, da cobertura a esta última posibilidad.

Ahora bien, esto no significa que el legislador postconstitucional con su silencio no pueda incurrir en una omisión inconstitucional, pues el que haya normas preconstitucionales perfectamente aplicables a la materia, no le

exonera del cumplimiento del mandato constitucional de hacer, o del deber de remediar situaciones contrarias a la Constitución cuya causa directa no sea la normativa preconstitucional aplicable (puesto que debería estar derogada en ese caso), sino su silencio sobre extremos que la regulación de la materia debiera contemplar y no lo hace. Por tanto, en esos casos, la posibilidad de incurrir en omisiones inconstitucionales es similar a las ya expuestas en los apartados anteriores.

## REFLEXIONES

De muchas formas, este trabajo es una deliberación sobre el valor y el alcance de la interpretación de la Constitución y de la ley, de su práctica por el juez ordinario y de la supremacía interpretativa del juez constitucional, sobre todo si éste es un único órgano. Hay que recordar que el control de los silencios del legislador realizado por un juez ordinario pasa por la interpretación que el juez dé a la norma constitucional afectada por ese silencio y por su percepción de la situación jurídica generada por la inactividad legislativa. Y en el caso de los silencios de la ley, la cuestión debe girar en torno a la interpretación de la ley impugnada por sus omisiones y el efecto vinculante de la doctrina sentada por el juez constitucional en sus dediciones sobre el particular.

Pero esta forma de abordar el control de constitucionalidad del silencio legislativo sólo es posible si antes se conviene en que ese control podría ser jurídicamente posible. A nuestro juicio podría ser viable, y no porque la Constitución contenga un residuo de *normas dirigentes*, que hagan del legislador democrático el mero ejecutor de las obligaciones expresas y concluyentes que tales normas establecen, constituyendo una omisión inconstitucional la desobediencia de semejantes obligaciones constitucionales (éste es el planteamiento de las tesis obligacionales). El control del silencio legislativo tiene que ser una consecuencia de la supremacía de la Constitución democrática y abierta que, a pesar de reconocerle al legislador autonomía política para desarrollar sus contenidos, en ocasiones no tolera que la apertura constitucional se *cierre* mediante el

silencio del legislador o de sus leyes. Esto sucede cuando ese silencio tiene consecuencias jurídicas: genera o conserva situaciones jurídicas contrarias a la Constitución. Estas consecuencias son la faz normativa del silencio legislativo, que acompaña a la faz política del mismo, consistente esta última en la decisión de legislar. El posible control de constitucionalidad del silencio legislativo recaería únicamente sobre la primera, y no sobre la segunda, y es inexcusable para garantizar la supremacía constitucional mediante la invalidación de aquellas situaciones jurídicas contrarias a la Constitución. Lo impugnado y controlado será la norma jurídica implícita, derivada del silencio legislativo, que establece el régimen jurídico de aquellas situaciones. Si hay tal norma implícita y ésta es contraria a la Constitución, el silencio legislativo es una omisión inconstitucional.

No siempre un silencio legislativo cobra relevancia jurídica. Allá donde la norma constitucional esté dotada de eficacia directa no hay omisiones inconstitucionales. Éstas sólo tienen lugar cuando un silencio legislativo afecta a permisos constitucionales o a normas constitucionales imperativas, generando una norma implícita contraria a la Constitución. Tal cosa sucede porque la ausencia de eficacia directa de la norma constitucional afectada por el silencio permite que el silencio legislativo genere esa norma implícita, cuya aplicación puede resultar inexcusable, singularmente para la administración pública, creando una situación jurídica opuesta a la constitucionalmente prevista. Si se permitiese que una norma semejante produjese efectos en el ordenamiento jurídico, habría que reconocer la existencia de una quiebra de la supremacía normativa de la Constitución.

Sin embargo, para que la supremacía constitucional permanezca inalterada por una omisión inconstitucional no es necesario imponerle al legislador la

obligación de legislar o sustituir al legislador en el ejercicio de la función legislativa. La supremacía constitucional queda garantizada con la negación de todo efecto jurídico a la omisión inconstitucional. La sanción a la omisión inconstitucional no debe consistir en una compulsión a legislar, ni siquiera en hacer responsable al legislador de sus silencios (excepto la responsabilidad patrimonial por los daños que pudieran ocasionar) basta con anular la norma implícita en el silencio legislativo.

Esa anulación puede ser adoptada por el juez ordinario en el momento de seleccionar el derecho aplicable para resolver el asunto del que conoce, siempre que se trate de una norma implícita derivada de un silencio del legislador (omisión absoluta). En este caso, el juez ordinario atenderá las reclamaciones contra los actos lesivos de una posición jurídica constitucionalmente garantizada que pretendan cobijarse en el silencio del legislador. El juez ordinario indagará si la norma implícita, que esos actos aplican, es o no contraria a la Constitución. Si lo es, deberá negarle efectos jurídicos, y, por consiguiente, invalidar los actos que la aplican. Si no lo hace así, es el juez, y no el silencio del legislador, quien lesiona la Constitución.

El juez constitucional, por su parte, podrá conocer indirectamente de los silencios del legislador resolviendo las impugnaciones dirigidas contra las decisiones de los jueces ordinarios sobre la validez o no de la norma implícita derivada del silencio. Al juez constitucional, en sistemas de jurisdicción constitucional concentrada, le compete realizar las declaraciones de inconstitucionalidad por omisión, que sólo pueden darse en los casos de impugnación de la constitucionalidad de una ley con motivo de sus omisiones (omisión relativa). Sin embargo, esa declaración no se formaliza como tal en los fallos del juez constitucional. En tanto se trata de un

problema interpretativo (si de las omisiones del enunciado legal puede derivarse una norma implícita, y si ésta puede ser inconstitucional), difícilmente podrá el juez constitucional sustraerse a esta circunstancia a la hora de resolver el asunto. Sólo una sentencia de mera inconstitucionalidad, o, en su defecto, como sucede en el ordenamiento jurídico colombiano, una sentencia parcialmente desestimatoria de carácter genérico (es decir, que se limite a indicar que el enunciado legal es constitucional siempre que no se interprete de tal forma que se deduzca de sus omisiones la norma implícita impugnada, que es la inconstitucional), son instrumentos idóneos para realizar la declaración de inconstitucionalidad por omisión, que en realidad se hace en los fundamentos jurídicos de la sentencia, no en su fallo, porque con ellas el juez constitucional no excede los límites de su función.

En síntesis, éste es el contenido de esta investigación. Resulta evidente que su meta no ha sido la de articular un sistema original de control de los silencios legislativos. Semejante pretensión queda para quienes se atreven con la *ingeniería constitucional*. Una vez más, se trata de aplicar la Constitución democrática, no de reinventarla.

## BIBLIOGRAFIA

- AGUIAR DE LUQUE, Luís, "El Tribunal Constitucional y la función legislativa: el control del procedimiento legislativo y de la inconstitucionalidad por omisión», *Revista de Derecho Político*, n.º 24, 1987, pág. 9 y Ss.
- ALCHOURRON/BULYGIN, *Normative Systems*, Springer, Wien/New York, 1971.  
— *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1974, pág. 161 y ss.  
— «The Expressive Conception of Norms», en *New Studies in Deontic Logic. Norms, Actions, and The Foundations of Ethics*, Hilpinen (edit.), Reidel, Dordrecht/Boston, London, 1981, pág. 95 y ss.
- AHUMADA RUIZ, M. Ángeles, «El Control de Constitucionalidad de las omisiones legislativas», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Nº 8, 1991, pág. 169 y ss.
- ALEXY, Robert, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Suhrkamp. Frankfurt, 1983.  
— *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp. Frankfurt, 1986.  
— «Rechtssystem und praktische Vernunft», *Rechtstheorie*, Bd. 18, Hf.4, 1987, pág. 405 y Ss.
- ARAGÓN REYES, Manuel, «La reserva reglamentaria en el proyecto constitucional y su incidencia en las relaciones Parlamento-Gobierno», en *El control parlamentario en las democracias pluralistas (El proceso constitucional*

- español), Ramírez (edit.), Labor, Barcelona, 1978, pág. 297 y Ss.
- «Sobre las nociones de supremacía y supralegalidad constitucional», *Revista de Estudios Políticos*, N°50, 1986, pág. 9 y ss.
  - «El control como elemento inseparable del concepto de constitución», *Revista Española de Derecho Constitucional*, N°19, F987, pág. 15 y ss.
  - *Comentarios a las Leyes políticas*, t. XII, Edersa, Madrid, 1988.
  - *Constitución y control del poder. Introducción a una teoría constitucional del control*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995.

ATIENZA RODRIGUEZ, Manuel, *Sobre la analogía en el Derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*, Civitas, Madrid, 1986.

BACIGALUP0, Enrique, «La garantía del principio de legalidad y la prohibición de la analogía en el derecho penal», *Anuario de Derechos Humanos*, N°2, 1983, pág. 11 y ss.

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, «Conflictos normativos entre el derecho estatal y el derecho autonómico», *Revista de las Cortes Generales*, N° 19, 1990, pág. 85 y ss.

- «La interpretación del derecho autonómico y la aplicación supletoria del derecho estatal», *Revista de Administración Pública*, N°124, 1991. pág. 95 y SS.

BAÑO LEÓN, José María, «La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española», *Revista Española de Derecho Constitucional*, N°24, 1 988, pág. 155 y ss.

- *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria (Remisión normativa y reglamento independiente en la constitución de 1978,)*. Civitas, Madrid, 1991.

BARBEY. Günther. *Bundesverfassungsgericht und einfaches Gesetz*. de Gruyter, Berlin/New York. 1986.

BASTIDA FREIJEDO, Francisco, *La libertad de antena. El derecho a crear televisión*. Ariel. Barcelona, 1990.

— «Constitución, soberanía y democracia», *Revista del centro de Estudios Constitucionales*, N° 8, 1 99 1. pág. 9 y ss.

BAUMLIN, Richard, *Die rechtsstaatliche Demokratie. Eine Untersuchung der gegenseitigen Beziehungen von Demokratie und Rechtsstaat*. Polygraphischer V., Zürich, 1954.

BLANCO VALDES. Roberto, *El valor de la Constitución. Separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal*, Alianza. Madrid. 1994.

— «La supremacía de la ley y sus consecuencias en la teoría constitucional de la Revolución francesa», *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, N° 6, 1994, pág. T7yss.

CALVO CHARRO, María, «Naturaleza jurídica de la potestad reglamentaria y consecuencias de la pasividad administrativa», *Revista de Administración Pública*, N° 137, 1995, pág. 239 y ss.

CARRÉ DE MALBERG, Raymond, *Contribution a la Théorie Générale de l'État, spécialement d'après les données fournies par le Droit constitutionnel française*, Centre Nationale de la Recherche Scientifique, 1962 (reimp. edic. 1922).

— *La Loi, expression de la volonté générale*, Economica, Paris, 1984 (reimp. edic. 1931).

CASCAJO CASTRO, José Luís, «Aproximación al tema de las funciones del Tribunal Constitucional», en *El Tribunal Constitucional*, vol. 1, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981, pág. 631 y ss.

COBREROS MENDOZA, E., «Reflexión general sobre la eficacia normativa de los principios constitucionales rectores de la política social y económica del Estado.», *Revista Vasca de Administración Pública*, N° 19, 1988. pág. 27 y ss.

DIEZ-PICAZO, Luís, «Constitución, Ley, Juez», *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 15, 1985, pág. 9 y ss.

DIEZ-PICAZO, Luís María, *La derogación de las leyes*, Civitas, Madrid, 1990.

FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, José Julio, «La inconstitucionalidad por omisión en Brasil», *Revista Vasca de Administración Pública*, N° 42, 1995, pág. 207 y Ss.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1981(2.ª edic.).

— «La posición del Tribunal Constitucional en el sistema español. Posibilidades y perspectivas», *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 1, 1981, pág. 35 y ss.

— *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Cívitas, Madrid, 1985 (3.ª edic.).

— «Un paso importante para el desarrollo de nuestra justicia constitucional: la doctrina prospectiva de las leyes inconstitucionales», *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 61, 1989, Pág., 5 y SS.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim, *Constitucao dirigente e vinculaca do legislador. Contributo para a compreensao das normas constitucionais programáticas*, Coimbra Editora, 1982.

— «Tomemos a sério o silêncio dos Poderes Públicos. O direito a emanação de normas jurídicas e a protecção judicial contra os omissões normativas», en *As garantías do cidadão ná justiça*, Saraiva, Sao Paulo, 1993, pág. 309 y SS.

- *Direito Constitucional*, Almeduna, Coimbra, 1995 (6.ª edic.).
- Revisar la/o romper con la Constitución dirigente? Defensa de un constitucionalismo moralmente reflexivo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 43, 1995, pág. 9 y SS.

GOMES CANOTILHO/MOREIRA, *Constituação da República Portuguesa anotada*, Coimbra Editora, Coimbra, 1993 (3.ª edic. rev.).

HAURIOU, Maurice, *Précis de Droit constitutionnel*, Sirey, Paris, 1923.

HESSE, Konrad, «Das Grundgesetz in der Entwicklung der Bundesrepublik Deutschland: Aufgabe und Funktion der Verfassung», en *Handbuch des Verfassungsrechts*, Benda/Maihofer/Vogel (Hrsg.), de Gruyter, Berlin, New York, 1983, pág. 3 y ss.

- *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, C. F. Müller, Heidelberg, 1993 (19 edic.).

JELLINEK, Georg, *Gesetz und Verordnung. Staatsrechtliche Untersuchungen auf rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Grundlage*, Scienta Verlag Aalen, Tübingen, 1964 (reimp, edic. 1887).

- *Allgemeine Staatslehre*, Max Ggehlen, Bad Homburg/Berlin/Zürich, 1966 (reimp. de la 5. reimp. de la 3. edic. de 1921).

— *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Scienta Verlag Aalen, Tübingen, 1979 (reimp. 2. edic. 1919).

JIMÉNEZ CAMPO, Javier, «La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones», *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 20, 1987, pág. 35 y ss.

- «Qué es lo básico? Legislación compartida en el Estado autonómico», *Revista*

*Española de Derecho Constitucional*, a.<sup>o</sup> 27, 1989, pág. 39 y SS.

KELSEN, Hans, *El problema de la Soberanía*, Scienta Aalen, Tübingen, 1960 (reimp. de la 2. edic., 1928).

— *Reine Rechtslehre*, Franz Deuticke, Wien, 1976 (2.ª reimp. de la 2.ª edic. 1960).

— *Teoría general del Derecho y del Estado*, UNAM, México, 1979 (2.ª reimp. de la 2.ª edic. 1958, trad. García Máynez).

— *Allgemeine Theorie der Normen*, Manz, Wien, 1979.

LARENZ, Karl, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Springer, Berlin, Göttingen, Heidelberg, 1960.

— «Richterliche Rechtsfortbildung als methodische Problem», *Neue Juristische Wochenschrift*, HL 1/2, 1965, pág. 1 y ss.

LECHNER, «Zur Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerdegegen Unterlassungen des Gesetzgebers», *¿Neue Juristische Wochenschrift*, Hf. 49, 1955, pág. 1817 y ss.

— «Das Bundesverfassungsgericht und die Verfassungsdirektiven. Zu den 'nicht erfüllten Gesetzgebungsaufträgen'», *Archiv für Öffentliches Recht*, Hf. 3, 1965, pág. 341 y ss.

LEIBHOLZ, Gerhard, *Verfassungsstaat - Verfassungsrecht*, Kohlhammer, Stuttgart/ Berlin/Köln/Mainz, 1973.

— *Strukturprobleme der modernen Demokratie*, Scriptor, Kronberg/Ts., 1974 (reimp. de la 3.ª edic. 1967). (Hay traducción parcial al español, *Problemas fundamentales de la Democracia moderna*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1971, trad. de E. Fuente).

López GUERRA, Luis, «El tribunal Constitucional y el principio "stare decisis"», en *El Tribunal Constitucional*, vol. II, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid. 1981,

pág. 1433 y si.

MORTATI, Costantino, *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*, Giuffrè, Milano, 1964 (reimp.).

— «Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore», en *Problemi di Diritto Pubblico nell'attuale esperienze costituzionale repubblicana. Raccolta di Scritti*, t. III, Giuffrè, Milano, 1972, pág. 923 y ss.

— *Instituzioni di Diritto Pubblico*, vol. II, CEDAM, Padova, 1976 (9. edic.).

OTTO y PARDO, Ignacio, *Nación*, Enciclopedia Jurídica Seix, Seix, Barcelona, 1977.

— *Lecciones de Derecho Constitucional*, Guiastur, Oviedo, 1980.

— «La posición del Tribunal Constitucional a partir de la doctrina de la interpretación constitucional», en *El Tribunal Constitucional*, vol. 111, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981, pág. 1935 y ss.

— «La Constitución abierta», *Revista de Occidente*, N° 54. 1985, pág. 45 y ss.

— *Estudios sobre el Poder Judicial*, Ministerio de Justicia, Madrid. 1989.

— *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1993 (3. reimp.).

REQUEJO PAGES, Juan Luis, *Jurisdicción e independencia judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

— «Constitución y remisión normativa. Perspectivas estática y dinámica en la identificación de las normas constitucionales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 39, 1993, pág. 115 y ss.

— «Igualdad en la ley y ante la ley: el criterio de la diferencia», *Revista Jurídica de Asturias*, N° 17, 1993, pág. 39 y ss.

SCHNEIDER, Hans Peter, *Democracia y Constitución*, Centro de Estudios

Constitucionales, Madrid, 1991.

SEUFERT, Leo, *Die nicht erfüllten Gesetzgebungsgebote des Grundgesetzes und ihre verfassungsgerichtliche Durchsetzung. Ein Beitrag zum Problem gesetzgeberischen Unterlassens*, Würzburg, 1969 (texto impreso de su *Dissertation* doctoral).

SILVESTRI, Gaetano, *La sentenze normative de/la Corte Costituzionale*, Giurisprudenza Costituzionale, 1981, pág. 1684 y ss.

TROCKER, Nicolo, «Le omisioni del legislatore e la tutela giurisdizionale dei diritti di libert  (Studio comparativo sul diritto tedesco)», *Archivio giuridico «Filippo Serafini»*, vol. 178, fasc. 1-2, 1970, p g. 88 y ss.

WAHL, Rainer, «Der Vorrang der Verfassung»,. *Der Staat*, Bd. 20, Hf. 4, 1981, p g. 485 y ss.

WESSEL, «Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsbeschwerde», *Deutsches Verwaltungsblatt*, Hf. 6, 1952, p g. 161 y ss.