

**CONTROL CONSTITUCIONAL DE LOS SILENCIOS LEGISLATIVOS
PERSPECTIVA, PROPUESTA Y DESARROLLO EN EL DERECHO COMPARADO**

JUAN CAMILO MARTINEZ TURMEQUE

Trabajo de grado presentado como requisito
para optar al título de Magister en Derecho Público

Director: **Profesor Dr. Jheison Torres Ávila.**

**UNIVERSIDAD SANTO TOMAS
FACULTAD DE DERECHO
UNIDAD DE INVESTIGACION Y POSTGRADOS – MAESTRIA
BOGOTA, 2014**

TABLA DE CONTENIDO

Introducción

I.	CONSTITUCION DEMOCRATICA Y LEGISLADOR.	Pág. 10
II.	LA HEGEMONÍA CONSTITUCIONAL, SOPORTE DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS SILENCIOS LEGISLATIVOS.	Pág. 13
III.	CONSTITUCIÓN DIRIGENTE, CONSTITUCIÓN ABIERTA Y SILENCIOS LEGISLATIVOS.....	Pág. 18
1.	BASES DEL CONTROL JURÍDICO DE LAS OMISIONES O SILENCIOS LEGISLATIVOS Y LA NATURALEZA DEL CONTROL JURISDICCIONAL PARA REALIZARLO.....	Pág. 25
1.1.	Qué posición debe asumir el juez ordinario ante los Silencios Legislativos?	Pág. 32
1.2.	Controles jurídicos posibles ante las omisiones legislativas.	Pág. 39
1.3.	Control de constitucionalidad del juez ordinario frente a los fenómenos de omisión absoluta y relativa.	Pág. 46
1.4.	Reserva de Ley: Límite de la integración judicial en las omisiones inconstitucionales (Aplicación de la analogía).....	Pág. 51
1.5.	Sentencia del Juez Ordinario: Condiciones en las que debe pronunciarse frente al control de silencios legislativos.	Pág. 60
2.	COMPETENCIA CONSTITUCIONAL Y DECLARACIÓN JURISDICCIONAL DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN.	Pág. 64
2.1.	CONTROLES Y SANCIONES DEL JUEZ CONSTITUCIONAL EN LAS OMISIONES INCONSTITUCIONALES ABSOLUTAS.	Pág. 67

2.1.1. Réplicas a los controles de los silencios del legislador cuando son omisiones absolutas (control directo, abstracto y concentrado).....	Pág. 69
2.1.2. Responsabilidad del órgano legislador ante la inconstitucionalidad de su inactividad (silencio legislativo).	Pág. 72
3. LA MANIFESTACIÓN JURISDICCIONAL DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN EN EL CONTROL DE OMISIONES INCONSTITUCIONALES RELATIVAS.	Pág. 80
3.1. Sentencias Interpretativas: Correcto dictamen analítico al control del silencio de la ley.	Pág. 85
3.2. Efectos y consecuencias del reconocimiento de la inconstitucionalidad por omisión.	Pág. 88
4. LA APRECIACIÓN POR EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEL TRANCURSO DE UN PLAZO RAZONABLE PARA LEGISLAR Y SU REPERCUSIÓN EN LAS DECLARACIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN.	Pág. 92
5. CONCLUSIONES.	

REFERENCIAS

CONTROL CONSTITUCIONAL DE LOS SILENCIOS LEGISLATIVOS

PERSPECTIVA, PROPUESTA Y DESARROLLO EN EL DERECHO

COMPARADO

INTRODUCCION

¿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 manifestación escéptica sobre la efectividad de un control jurídico sobre la inactividad legislativa¹. Puede ser cierto, se dice, que los únicos silencios

¹ Así parece ser el enfoque empleado por varios autores alemanes como Götz Meder en su escrito “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

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, aun 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.

Así las cosas, 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 y una fuente exclusiva de la teoría del normativismo, estableciendo cómo el legislador puede proceder frente a los sucesivos y alternativos cierres de 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,

la cual, la inobservancia arbitraria por el legislador de sus deberes de ejecución de los mandatos del Estado Social podría ser impugnado 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.

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 la Constitución y la ley, y, en definitiva, entre la Constitución y el legislador².

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 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, una solución desde el punto de vista normativo y no desde la óptica política.

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 legislador³.

¿De qué 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

² Wahl R. (1981). *Der Vorrang der Verfassung*. Berlín, Alemania: Der Staat, Bd.20. Hf. 4 (pp. 485 y ss. – 487).

³ 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*”, (pp. 485 y 486).

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 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 abordaremos el eje que me interesa desarrollar en esta investigación. 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 la quiescencia del órgano es su coacción a legislar. A mi 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 ejecutor⁴.

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

⁴ Van den Hövel, M. (1990). *Zulässigkeits und Zulassungsprobleme der Verfassungsbeschwerde gegen Gesetze*. Berlin, Alemania: Duncker & Humblot. (pp. 63 y ss).

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 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 mas 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 degenere 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 límites⁵.

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

⁵ Alchourron C. E., & Bulygin E. (1981). *The Expressive Conception of Norms*, en Hilpinen (Eds.), *New Studies in Deontic Logic. Norms, Actions, and The Foundations of Ethics*. Boston, MA. (pp. 95 y ss.).

Galeotti S., (1963). *Introduzione alla teoria dei controlli costituzionali*. Milan, Italia: Giuffré.

García Morillo J. (1985). *El Control Parlamentario del Gobierno en el Ordenamiento Español*. Madrid, España: Publicaciones del congreso de los Diputados.

Aragón Reyes M. (1995). *Constitución y Control del Poder. Introducción a una teoría constitucional del control*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Ciudad Argentina.

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 legislar⁶.

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 control⁷. 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 razonamiento: hacer valer la supremacía

⁶ Mortati C. (1972). *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore*. En Raccolta di Scritti A, t.III, *Problemi di Diritto Pubblico nell'attuale esperienze costituzionale repubblicana*. Milan, Italia: Giuffré.

Otto y Pardo I. (1993). *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*. Barcelona, España: Ariel.

Sustein C. (1993). *The Partial Constitution*. Cambridge, Massachusett: Harvard Uni. Press.

⁷ Rodríguez Piñero, Arozamena Sierra,... & Jimenez Campo. (1995). *Consideraciones sobre el control de constitucionalidad de la ley en el derecho español*. En *La Jurisdicción Constitucional de España. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: 1974-1994*. Madrid, España. Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Constitucionales.

Ahumada Ruiz, M. A. (1991). *El Control de Constitucionalidad de las Omisiones Legislativas*. Madrid, España: Revista del Centro de Estudios Constitucionales.

Rubio Llorente F. (1993). *La Forma de Poder. Estudios sobre la constitución*. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales.

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.

I.

CONSTITUCION DEMOCRATICA Y LEGISLADOR

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 trate⁸.

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 acontecer 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 también son las razones que pueden explicar la distinta posición del legislador y el diverso estatuto jurídico de sus silencios en ese sobrevenir de Estados⁹.

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

⁸ 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.

⁹ 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.

Otto y Pardo I. (1980). *Lecciones de Derecho Constitucional*. Oviedo, España: Guiastur.

Otto y Pardo I. (1993). *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*. Barcelona, España: Ariel.

Bastida Freijeido F. (1991). *Constitución, Soberanía y Democracia*. Madrid, España: Revista del Centro de Estudios Constitucionales.

Jellinek G. (1979). *System der subjektiven öffentlichen Rechte*. Tübingen, Alemania: Scienta Verlag Aalen

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 expresarla¹⁰. 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 de construir una democracia de identidad sin negar el Estado¹¹), 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 ciudadanos¹². La más intensa legitimidad democrática del legislador puede explicar su preminencia 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

¹⁰ Pérez Royo J. (1987) *La Reforma de la Constitución*. Madrid, España: Publicaciones del Congreso de los Diputados.

¹¹ 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.

¹² 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.

inspirada en el principio liberal como la que lo hace en el principio monárquico¹³. 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 ellas¹⁴. 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. El tratadista alemán *Leo 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"¹⁵.

II.

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 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

¹³ 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 el texto de Carré de Malberg, R. (1962). *Contribution a la Théorie Générale de l'État, spécialement d'après les données fournies par le Droit Constitutionnel Française*. Paris, Francia: Centre Nationale de la Recherche Scientifique, (Tomo II, pág. 614 y ss). Confróntese con la posición favorable de Haouriu, M. (1923). *Précis de Droit Constitutionnel*. Paris, Francia: Sirey (pp. 302 y ss).

¹⁴ Wahl R. (1981). *Der Vorrang der Verfassung*. Berlín, Alemania: Der Staat, Bd.20. Hf. 4 (pp. 489 y ss.).

¹⁵ Seufert, L. (1969). *Die nicht erfüllten Gesetzgebungsgebote des Grundgesetzes und ihre verfassungsgerichtliche Durchsetzung. Ein Beitrag zum Problem gesetzgeberischen Unterlassens*. Würzburg, Alemania: Dissertation Doctoral.

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 inadmisble 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 incorrecta¹⁶. Antes bien, el legislador manifiesta su posición soberana (suprema) en el Estado 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

¹⁶ Kelsen, H. (1960). *Das Problem der Souveränität*. Tübingen, Alemania: Scientia Aalen (pp. 40 a 43).

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 nacional¹⁷. 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 actitudes¹⁸.

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

¹⁷ 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.

¹⁸ 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.

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.

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 jurídico¹⁹. 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 absoluta, 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 modo alguno contraría el argumento expuesto, tan sólo impone la necesidad del control²⁰.

¹⁹ 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.

²⁰ 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

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 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 Nacional Colombiana, 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 soberanía²¹, atribución

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.

²¹ Bastida Frejeido, F. (1991). *Constitución, Soberanía y Democracia*. Madrid, España: Revista del Centro de Estudios Constitucionales.

Kelsen, H. (1960). *Das Problem der Souveränität*. Tübingen, Alemania: Scientia Verlag Aalen.

Hauriou, A. (1971). *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*. Barcelona, España: Ediciones Ariel.

Kuhn, H. (1979). *El Estado*. Madrid, España: Editorial Rialp.

que ha sido entregada o delegada a los representantes del pueblo (legislador) para que guíen los designios de sus empoderadores. Sus actos, y también sus omisiones como se intentará demostrar, 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 del Juez 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.

III.

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

Rousseau, J.J. (1983). *El Contrato Social*. Madrid, España: Editorial Sarpe.

Younes Moreno, D. (1994). *Derecho Constitucional Colombiano*. Bogotá, Colombia: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

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 constitucional²². Luego las 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

²² 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 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.

una arbitrariedad contraria a la Constitución²³. 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 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 sociedad²⁴. 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 omisiva, 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

²³ Jellinek, G. (1979). *Sistem der subjektiven öffentlichen Rechte*. Tübingen, Alemania: Sienta Verlag Aalen. (pp. 98)

²⁴ Sobre este cambio en las funciones constitucionales véase el ensayo de Bastida Freijedo, F. (1991). *Constitución, soberanía y democracia*. Madrid, España: Revista del Centro de Estudios Constitucionales. N° 8. (pp. 9 y ss.)

implica la libre autorregulación de sus conductas y para la administración o los tribunales la incapacidad para actuar si no es para respaldar aquella autorregulación²⁵. 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 legislador²⁶. 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 dirigente²⁷. Dicha apertura se manifiesta en los contenidos de la ley, que son tantos como los posibles en el marco constitucional, no en el 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;

²⁵ 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.

²⁶ Véase el artículo de Lerche, P. (1965). *Das Bundesverfassungsgericht und die Verfassungsdirektiven Zu den nicht erfüllten Gesetzgebungsaufträgen*. Berlín, Alemania: Archiv für öffentliches Recht, Hf. 3. (pp. 341 y ss. – pp. 371 y 372).

²⁷ Sobre la apertura de la Constitución como consecuencia necesaria del principio democrático véase a Ignacio de Otto Y Pardo. “Derecho Constitucional. Sistema...” ob. Cit., (pp.39 y ss. - 46 y ss. y 148 y ss.); del mismo autor, “La Constitución abierta”. (1985). Revista de Occidente. N° 54. (pp. 45 y ss.). Consúltese también el trabajo de Francisco Bastida Freijedo. “Constitución, soberanía y democracia.” Ob. cit. pág. 21 y ss.

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 latén 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 otorga²⁸. 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

²⁸ 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.

radique la diferencia esencial entre la apertura de la Constitución liberal (aquella cuya función primordial y casi exclusiva es la de imponer 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 constitucional²⁹.

²⁹ Sobre todas estas preguntas consúltese las obras de Hesse, K. (1993). *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg, Alemania: C.F. Müller (19 edic.); y Wahl, R. *Der Vorrang der Verfassung*, ob. Cit., (pp. 502 a 508).

1. BASES DEL CONTROL JURÍDICO DE LAS OMISIONES O SILENCIOS LEGISLATIVOS Y LA NATURALEZA DEL CONTROL JURISDICCIONAL PARA REALIZARLO

El control de la constitucionalidad es, esencialmente control político y cuando se impone frente a los otros detentadores del poder, es, en realidad una decisión política. Cuando los tribunales proclaman y ejercen su derecho de control, dejan de ser meros órganos encargados de ejecutar la decisión política y se convierten por propio derecho en un detentador del poder semejante, cuando no superior, a los otros detentadores del poder instituido.

KARL LOEWENSTEIN

Las bases o fundamentos del control jurídico de los silencios del legislador no son otras que la garantía de la supremacía constitucional, de forma que el control jurisdiccional de los silencios legislativos no es sino la forma más radical de hacer valer esa supremacía, examinando la validez de las normas implícitas que resultan de los silencios del legislador y sus leyes.

Es sabido que la atribución de la soberanía al Pueblo, lo que traducido a términos jurídicos significa la objetivización de la soberanía en la Constitución, concebida ésta como forma jurídica suprema de un ordenamiento jurídico (de un Estado), exige que sólo sean reconocibles como pertenecientes a ese ordenamiento jurídico las normas o los actos de aplicación de esas normas que puedan imputarse a la voluntad del pueblo soberano; lo que sólo es posible en términos jurídicos si el acto de creación o de aplicación del derecho no es contrario a la Constitución, pues en ella el Pueblo ha expresado los términos en los que lo que hagan otros puede concebirse como hecho por él (reglas de validez). Si esto es así, todo acto normativo generado en el seno del ordenamiento jurídico debe poder imputarse en último término a la voluntad jurídica del Estado, que no es otra que la del Pueblo soberano; y la Constitución objetiva las condiciones de imputación estableciendo las reglas de validez. La Constitución da unidad al ordenamiento en la medida en que todo acto normativo que no respete las reglas de validez de ese ordenamiento no puede valer como voluntad del Pueblo soberano, de forma que

su expulsión es necesaria so pena de frustrar la supremacía de la Constitución y vaciar el principio democrático.

De ahí la necesidad del control jurídico y no sólo político como elemento inseparable del concepto de Constitución. Un control, es decir, un examen de la adecuación constitucional de los actos de los sujetos pertenecientes al aparato del Estado (los Poderes del Estado en sentido propio) para poder concluir su validez, que debe alcanzar a todo comportamiento, activo o pasivo, que implique la introducción de poder público en las relaciones sociales. La diferencia entre el control jurídico de sus actos y el de sus silencios, en el caso del legislador, radica únicamente en el objeto del control y en la sanción, si el resultado es negativo. El control, así pues, resulta inexcusable para garantizar la supremacía de la Constitución y lograr la reconducción a unidad del ordenamiento jurídico. Un control que han de realizar los sujetos que debieran aplicar esos actos normativos, y en particular aquellos cuya función es la de aplicarlos con vocación de irrevocabilidad, esto es, quienes ejercen funciones jurisdiccionales³⁰. Y dentro de esta especie son los órganos de la justicia constitucional quienes deben conocer de tal control, si con él se trata de esclarecer la constitucionalidad de un acto normativo del legislador.

Una dificultad que debe salvar esta tesis defendida en este escrito, es aquella que produce la idea de que todo control jurídico lo es sobre conductas y no sobre sujetos, pues así lo exige el carácter objetivado (por su parámetro y su objeto) del control³¹. La objeción es evidente: el silencio legislativo es una no-conducta de legislador. Si éste calla, no hay un objeto de control. Esto es tanto como decir que sólo hay control jurídico si hay un enunciado normativo formalizado cuya validez debe ser examinada, lo que desmiente la existencia de controles sobre actos normativos que no son normas jurídicas en sentido formal (autorizaciones para ratificar tratados internacionales, por ejemplo), y evidencia la confusión entre norma jurídica y enunciado normativo, y de éstos, a su vez, con una forma jurídica, pues, en definitiva, se está diciendo que no hay control jurídico porque no hay ley

³⁰ Otto y Pardo, I. (1989). *Estudios sobre el Poder Judicial*. Madrid, España: Publicaciones del Ministerio de Justicia. (pp. 20)

³¹ Aragón Reyes, M. *Constitución y control del poder*. Ob.cit., (pp. 95)

(o norma con rango de ley, por tanto, unas formas jurídicas concretas que son la manifestación normativa de ciertos comportamientos reglados), y a falta de ley, se estaría controlando a su creador, el legislador, del que no puede juzgarse la validez, sino sólo la oportunidad política de sus decisiones.

Sin embargo, y así ha quedado probado ya, a juicio propio, el objeto de control jurídico de un silencio legislativo no es éste, sino su consecuencia: la norma implícita que cabe derivar de ese silencio, sea éste del legislador, sea de la ley. Hay pues un objeto bien preciso, del que cabe predicar la validez como su cualidad esencial para reconocerlo como norma del ordenamiento jurídico en cuestión. Su parámetro de control también es objetivo, la Constitución. Y la comparación entre ambas normas puede hacerse con criterios netamente jurídicos como si de una ley formal se tratara.

Si en términos generales el control jurídico de los silencios del legislador es necesario para concluir coherentemente el razonamiento hasta aquí expuesto, el control jurisdiccional es, en particular, el cauce más adecuado para realizarlo, pues son los órganos jurisdiccionales los llamados a preservar la supremacía de la Constitución y a hacer valer la jerarquía normativa frente a los restantes sujetos y actos del ordenamiento jurídico en el momento de practicar la aplicación última del ordenamiento. Y el control de los silencios del legislador no es sino un problema de supremacía constitucional y jerarquía normativa. Además, las especiales cualidades del objeto de control no modifican en nada la función que desempeñan los órganos que realizan su control jurisdiccional. El control del silencio legislativo no muta en control político lo que es control jurisdiccional, ni la supuesta naturaleza política del silencio legislativo hace de su control un control de oportunidad que lo excluya como objeto posible del jurisdiccional. El juez, cuando controla un silencio del legislador, ni hace política, ni sustituye al legislador en su función legislativa, ni ese control es una falsa iniciativa legislativa. Lo que se espera del órgano jurisdiccional cuando se somete, a su juicio un silencio legislativo es, precisamente, un control distinto al político o social, cuyas sedes, bien se sabe, son otras. Del juez se espera que practique el control jurídico para el

que es competente, no más, pero tampoco menos. La naturaleza del control depende del modo de su realización, no sólo de su objeto³².

Se ha explicado con evidente claridad cómo el control jurisdiccional es paradigma del jurídico y, además, se trata de un control necesario si se desea que, en efecto, el ordenamiento jurídico sea una unidad fundada en la Constitución³³. En definitiva, y aun a riesgo de incurrir de nuevo en una excesiva simplificación, el jurisdiccional añade al jurídico la inexorable sanción del acto controlado en caso de no superar el examen de su validez, la potencial irrevocabilidad de las decisiones adoptadas con ocasión del control jurídico ejercido, y le suma la exigencia de la independencia como nota definitoria del estatuto del sujeto encargado de ejercer tal control (como consecuencia del principio de Estado de Derecho)³⁴. Dicho con otras palabras, el control jurisdiccional es de los controles jurídicos, el que de forma más radical garantiza la supremacía de la Constitución al prever al resultado negativo de la comprobación de la validez de un acto normativo su expulsión del ordenamiento jurídico de manera potencialmente irrevocable.

La objetividad del parámetro utilizado para realizar el control y las demás condiciones que rodean al control jurisdiccional lo hacen apto para adoptar sanciones tan radicales, pero también, la propia radicalidad de la sanción requiere una restricción importante en el alcance de su control. La presencia de un control jurisdiccional de la constitucionalidad de los actos normativos es necesaria en un ordenamiento jurídico dotado de una Constitución (forma jurídica suprema de un ordenamiento jurídico), pero su ejercicio no puede ir más allá del fin para el que tal control es necesario: asegurar que todo acto normativo es válido. Esto significa en último término que el control jurisdiccional de actos normativos debe recaer

³² Otto y Pardo, I. *Estudios sobre el Poder Judicial*. Ob. cit. (pp. 73 y ss.)

³³ BACHOF, O. (1979). *Grundgesetz und Richtermacht*. En *Wege zum Rechtsstaat. Ausgewählte Studien zum öffentlichen Recht*. Königstein, Alemania: Athenaum (pp. 172 y ss.)

³⁴ No se olvida aquí que la independencia se entiende jurídicamente como sometimiento exclusivo al imperio de la ley del sujeto que ejerce el control jurisdiccional, lo que negaría cualquier control del legislador por ese sujeto. Este sometimiento quiebra desde el instante en que ese sujeto, sometido también a la Constitución, jerárquicamente superior a la ley, debe enjuiciar la constitucionalidad de esta última, la ley, antes de aplicarla al caso concreto. No es éste el momento de analizar cómo los ordenamientos actuales establecen mecanismos para salvar esta quiebra de la forma clásica del Estado de derecho generada por la eficacia directa de la Constitución.

sobre la actividad de un sujeto, no sobre el sujeto mismo, y, además, únicamente si esa actividad cabe calificarla de normativa, pues sólo sobre tal especie puede predicarse en sentido estricto la cualidad de la validez. Por último, la función de este control es la de depurar el ordenamiento de actos normativos inválidos, pues la de sustituir esos actos por otros le compete a otros sujetos ejerciendo otras funciones distintas a las del control jurisdiccional de actos normativos³⁵. Así pues, no son aptos para su control jurisdiccional aquellos actos, como la decisión de legislar (salvo si esa decisión está sometida a plazo), que son enteramente políticos porque así lo ha querido el ordenamiento jurídico al conformarlos como actos que se rigen por razones de oportunidad y son de adopción libre. Son actos que carecen de parámetro normativo y, además, no son normativos en sí mismos considerados, aunque de su adopción puede crearse una norma. Por tanto, no son actos susceptibles de un juicio de validez, sino sólo de oportunidad, para el que no es competente el sujeto que ejerce el control jurisdiccional, pues su función es la de hacer valer la supremacía normativa de la Constitución sobre el resultado normativo de la decisión política de legislar o no³⁶.

Dicho esto, podría sostenerse, como rigurosa objeción al control jurisdiccional de los silencios legislativos, que su control recae sobre el acto político por excelencia: la decisión sobre legislar. Esa decisión responde a un juicio de oportunidad para el que la Constitución atribuye competencias a diversos sujetos del ordenamiento jurídico, pero no al sujeto encargado de hacer el control jurisdiccional. Si la decisión de no legislar puede someterse a un control jurídico, y en particular a un control jurisdiccional, la imposibilidad de examinarla con el criterio de validez, al carecer de parámetros normativos tal decisión, hará de ese examen un juicio de oportunidad que habrá politizado el control. Y ello, sin necesidad de que el sujeto controlador le diga al controlado cuál debe ser el sentido de su decisión.

³⁵ LARENZ, K. (1976). *Richterliche Rechtsfortbildung als methodische Problem*. Berlin, Alemania: Neue Juristische Wochenschrift, Hf. 1/2. (pp. 1 y ss.)

KRIELE, M. (1976). *Theorie der Rechtsgewinnung entwickelt am Problem der Verfassunsinterpretation*. Berlin, Alemania: Duncker & Humblot (2a. Edición).

³⁶ GARCÍA DE ENTERRIA, E. (1979). *La Lucha Contra las Inmunidades el Poder en el Derecho Administrativo*. Madrid, España: Civitas.

Se ha pretendido demostrar que el objeto del control jurídico, y por ende, del jurisdiccional, sobre los silencios legislativos era la norma implícita que nace de ese silencio y no éste, considerado en sí mismo, esto es, como pura decisión política de no legislar sobre una materia. Se decía en aquel lugar que lo que podía transformar un silencio legislativo en omisión constitucional es la presencia de una norma implícita contraria a la Constitución, no, como sostiene la tesis obligacional, la mera presencia de supuestas obligaciones constitucionales desobedecidas por el legislador o la posibilidad de ser admitida a trámite una impugnación de tal silencio en sede jurisdiccional. Estas tesis obligacionales confundían una modalidad de infracción de la Constitución (la omisión inconstitucional) con las condiciones procesales que debe reunir su impugnación (ser admisible y/o estar fundada), porque, y esto es lo que importa ahora, consideraban que el objeto controlado sigue siendo un acto político del legislador, que debía juridificarse para poder impugnarlo ante los tribunales. No es ésta, como ya se ha dicho, la tesis que se mantiene en este trabajo.

El objeto del control jurídico del silencio legislativo no es la decisión política de legislar o no sobre cierta materia, incluso cuando la Constitución ordena que se legisle sobre ella (salvo que sobre tal decisión pese un plazo determinado)³⁷. El objeto de ese control es el acto normativo que trae causa del silencio legislativo, sobre el que sí cabe hacer un juicio de validez y que puede soportar la radical sanción que acompaña al juicio negativo del control jurisdiccional³⁸.

Pero si lo dicho no bastara para fundamentar y legitimar el control jurisdiccional de los silencios legislativos, hay que añadir un aspecto, si no el más importante, sí,

³⁷ Decisión que, no obstante ser política, puede ser objeto de un control jurídico siempre que tenga un parámetro normativo y permita razonar en términos jurídicos su adecuación a ese parámetro. Aun a riesgo de ser reiterativo, debe advertirse de nuevo que no es la naturaleza política o jurídica del objeto controlado lo que condiciona la cualidad del control, sino el parámetro y el razonamiento que sirven para practicarlo. Una dificultad más que deben salvar las tesis obligacionales es la de la lógica responsabilidad del legislador si se le sanciona por un silencio suyo en la observancia de una obligación constitucional de legislar, pues parece que el objeto de control es la desobediencia del legislador y no los productos normativos de su conducta.

³⁸ Una sanción que no apareja responsabilidad del legislador por su silencio. Una ruptura entre sanción y responsabilidad que parece aconsejable desde el prisma de la legitimidad democrática del legislador. La finalidad del control se alcanza con negar todo efecto jurídico a la consecuencia normativa deducible de un silencio legislativo, sin necesidad de que la sanción, si el control resulta negativo, deba consistir o en la compulsión de una conducta determinada, o la privación de un bien, o la imposición de un mal al sujeto cuyo acto ha sido controlado.

al menos, de una enorme trascendencia para la materia aquí tratada, y que pone de manifiesto la pertinencia de dicho control.

El sujeto que está llamado a realizar el control jurisdiccional, que hoy por hoy es el órgano judicial, realiza con su control del silencio legislativo una operación de gran complejidad e importancia: la concreción de la norma implícita deducible del mencionado silencio. Al control le precede la interpretación judicial del silencio legislativo, dirigida a concretar la norma implícita, si es que la hay, aplicable al caso. Igual operación realiza la Administración Pública, desde luego. Sin embargo, el hecho de que sea un órgano de la jurisdicción quien la practica, dota a su selección de un valor definitivo del que carece la hecha por la Administración (sin perjuicio de las controversias que suscite tal fijación judicial del derecho aplicable en la vía del recurso oportuno), pues aquél y no ésta tiene competencia para determinar la validez, y consecuente aplicabilidad, de la norma implícita deducida del silencio legislativo; un juicio de validez que no puede realizar la Administración. Es, pues, el juez quien, en último término, concreta de forma potencialmente definitiva cuál sea la norma implícita que establece el régimen jurídico de una determinada situación (o la explícita en su caso, si hay normas preconstitucionales aplicables al supuesto, o si cabe subsumir la materia en otras normas por medio de una interpretación extensiva o analógica, o constata, sin más, la existencia de una laguna en sentido estricto) objeto de un silencio legislativo, y el que debe aplicarla si es válida, lo que le aboca a un control de constitucionalidad de las consecuencias normativas del silencio legislativo.

En fin, desde la óptica de este trabajo se defiende la posibilidad de que una omisión inconstitucional sea sometida a un control jurisdiccional. Lo que debe esclarecerse, pues, son los límites de ese control³⁹. En esta investigación se tratará de dar una respuesta a la cuestión del alcance del control jurisdiccional de las omisiones constitucionales en un modelo de jurisdicción constitucional concentrada, pues es en éste en el que el juego recíproco entre el principio de

³⁹ La obra de SCHENKE, pretendidamente tributaria según su autor de las tesis sobre el papel de los jueces como poderes *neutros* en el Estado contemporáneo, garantes de las minorías frente a las mayorías, sostenida por Rene MARCIC, convierte a los jueces en elemento esencial del control de la actividad de los poderes públicos. Véase de MARCIC su “*Verfassung und Verfassungsgericht*” Springer, Wien, 1963. Pág. 72. Este autor erige al control jurisdiccional en la piedra de toque del control y sanción de las omisiones legislativas, utilizando como cláusula de cierre el artículo 19, 4 LFB: “*si alguien es lesionado en sus derechos por el Poder Público, le está expedita la vía judicial*”. Si el legislador, con su silencio, lesiona la posición jurídico-subjetiva de algún individuo, éste podrá acudir a los tribunales en demanda de tutela.

juridicidad, el privilegio jurisdiccional de la ley, las relaciones entre el legislador, el Poder Judicial y la Corte Constitucional y los límites entre sus respectivas funciones, ponen de manifiesto todos y cada uno de los problemas que suscita la inconstitucionalidad por omisión⁴⁰.

1.1. Qué posición debe asumir el juez ordinario ante los Silencios Legislativos?

El primer sujeto llamado a ejercer el control jurisdiccional es, desde luego, el juez ordinario, que, como consecuencia de la supremacía de la Constitución, está obligado a examinar la constitucionalidad de la norma aplicable al caso que deba resolver. Ese primer control jurisdiccional de las normas aplicables, se practica a la luz de la eficacia directa de la Constitución, de tal forma que allá donde una norma constitucional por su eficacia directa pueda aplicarse al caso concreto, desplazará a cualquier otra norma, sea implícita o explícita, la cual, o complementará la disposición constitucional (la eficacia directa no se puede identificar con un principio de aplicación preferente y excluyente) o será inválida por contradecirla. Si esa norma tiene rango de ley y a juicio del juez ordinario

⁴⁰ Esto no quiere decir que en los modelos jurídicos anglosajones no se den fenómenos de naturaleza semejante. Sin embargo, el distinto criterio que rige la función jurisdiccional, su relación con el legislador, la posición de la ley y la particular estructura de la justicia constitucional en dichos modelos plantean otra serie de cuestiones, entre las que cabe destacar la doctrina de las *Political Questions* y las *Legislative Injunctions*, de las que se hablará más adelante. En último término la posibilidad de un control jurisdiccional de los silencios del legislador y el alcance de sus consecuencias en uno y otro modelo reciben las mismas respuestas, aunque con una extensión e intensidad de distinto grado. El juez anglosajón, en términos generales, no está sometido al imperio exclusivo de la ley (Statutes) en los mismos términos que el juez continental, sino, y sin paliativos, al imperio exclusivo de la Constitución. Es juez constitucional de la aplicabilidad al caso concreto de la ley en la medida en que las normas que contienen sus enunciados, en realidad, las establece él con su fallo y no el legislador. En ese fallo judicial el juez determina cuál de entre las normas deducibles del enunciado de la ley es la aplicable al caso concreto. y, lo que es decisivo para la diferencia, de no encontrar ninguna norma adecuada a la Constitución deducible de ese enunciado legal, podrá integrar por sí mismo la laguna. Su creación normativa, habida cuenta de la doctrina del precedente y el control difuso de constitucionalidad, le permite desplazar al legislador y a la ley, de forma que puede integrar un silencio del legislador o de una ley, y ser él quien establezca, la norma aplicable al caso si se topa con un silencio del legislador. Sobre estas cuestiones, aunque de forma somera, véase el artículo de Robert A. Schapiro. "The Legislative Injunction: A Remedy for Unconstitutional Legislative Inaction", The Yale Law Journal, Vol. 99, No. 1, 1989, Pág. 231 y ss. Debe advertirse que hasta donde sabemos, la doctrina de las *Political Questions* no ha sido utilizada para solventar supuestas omisiones inconstitucionales, sin perder de vista que la doctrina de la *State Action* se opone frontalmente a que el S.Ct.US admita que un derecho civil haya sido lesionado por una omisión de un Poder público.

puede ser contrario a la Constitución, elevará ante juez constitucional competente su duda para que éste adopte la decisión que estime oportuna⁴¹.

Si se admite que de un silencio legislativo pueden emanar normas implícitas que conservan o generan cierta situación jurídica, el juez ordinario deberá examinar la validez de esa norma implícita para poder darle aplicación, o, dicho de otro modo, comprobará la constitucionalidad de la situación jurídica creada por la norma implícita que establece su régimen jurídico. Surge de este argumento la duda sobre si la norma implícita derivada del silencio legislativo (sea del legislador mismo o de sus leyes) gozaría del mismo privilegio jurisdiccional del que goza la ley.

Como obra del legislador democrático, la norma implícita derivada de su silencio podría equipararse a la ley en su posición frente a los jueces ordinarios, sin necesidad de predicarle expresamente su rango, de forma que éstos no podrían pronunciarse sobre su validez y deberían elevar la cuestión al juez constitucional (obviamente, sólo si se trata de un silencio de la ley, pues si es del legislador, el juez estaría vinculado a esa laguna).

Sin embargo, es un argumento sólo irrefutable si se admite, o bien que el privilegio jurisdiccional de la ley puede extenderse a cualquier acto del legislador, o bien, y sobre todo, que la norma implícita derivada del silencio legislativo posee el rango o, en su caso, la fuerza de la ley. Respecto de lo primero, se tienen dudas razonables sobre la universalidad del indicado fuero especial de las normas con rango de ley y los actos con su fuerza, pues el fin de dicho fuero es el de garantizar la posición de las normas con rango de ley, dada su más intensa legitimidad democrática respecto de otras normas del ordenamiento, y no el de proteger al legislador frente a los jueces ordinarios sustrayendo al control de éstos cualquier acto de aquél. Más fondo tiene el segundo argumento.

La norma implícita emanada del silencio no es una norma con rango de ley, porque en los modernos ordenamientos el rango se atribuye a una forma jurídica, por tanto, a un enunciado normativo específico, y por extensión a las normas que de

⁴¹ Acerca de la interpretación conforme a la Constitución consúltese el libro de BETTERMANN, K.A. (1986). *Die verfassungskonforme Auslegung*. Heidelberg, Alemania: C. F. Müller.

él se derivan. Si no hay forma (enunciado), no puede hablarse de rango normativo⁴². Si esto es así, no puede extenderse el rango de ley a los silencios del legislador, ni siquiera cuando ese silencio recae sobre una materia reservada a la ley, manteniendo una pretendida identidad de formas.

La reserva de ley significa que el tratamiento jurídico de esa materia debe tener la forma de ley, y, además, esa ley debe regular de manera específica y sustantiva esa materia⁴³. Si del silencio legislativo al respecto deducimos una norma implícita, no cabe sostener que ésta tiene el rango de la ley. Primero, porque para afirmar el rango necesitamos una forma, que es precisamente lo exigido con la reserva para tratar jurídicamente cierta materia.

La reserva no establece que la norma que regule cierta materia emane de un acto parlamentario, sea cual sea éste, sino sólo de un procedimiento determinado que sigue el Parlamento con el fin de promulgar una norma contenida en un cierto enunciado normativo revestido de cierta forma jurídica, dotada, además, de un contenido regulador efectivo de la materia reservada. Por consiguiente, la norma implícita derivada del silencio, si es del legislador, puede ser inconstitucional por vulnerar la reserva de ley, pues ésta también vincula al legislador, el cual debió establecer el régimen jurídico de la situación jurídica afectada por la reserva utilizando un procedimiento distinto al de su inactividad⁴⁴. En segundo lugar, porque los límites competenciales para los restantes poderes del estado, y en particular para el juez, no resultan de la atribución al silencio de un rango

⁴² No se pretende hacer creer aquí que el rango de ley sea un “puro rasgo de procedimiento que nada dice sobre la naturaleza propia de las normas de las que se predica”, como sostiene RUBIO LLORENTE (*La forma del Poder*, ob. cit., pág. 323). Tal afirmación puede tener un sentido desde el prisma de una reconstrucción del concepto material de ley, cuestión sobre la que no es éste el lugar oportuno para terciar en la polémica que sobre el particular sostienen el mencionado autor con Ignacio de OTTO y PARDO. No obstante, y en esto este trabajo es tributario de las tesis de Ignacio de OTTO y PARDO, que sostiene un concepto formal de ley, el rango es una expresión que refiere la posición que una forma jurídica ocupa en el ordenamiento jurídico. En ordenamientos como el español esa posición está en función de una serie de consecuencias jurídicas atribuidas por el ordenamiento a una forma jurídica determinada, entre las que se puede contar el disfrute de un fuero jurisdiccional específico para su control jurídico. Al quién, cómo y sobre qué (es decir, a los elementos de la forma jurídica) se le aparejan ciertas consecuencias en el ordenamiento que determinan su posición, esto es, su rango.

⁴³ En efecto, la reserva no solo es formal, pues no es admisible una ley en blanco para entender cumplida la misma, sino que debe regular materialmente su objeto.

⁴⁴ No así, si el silencio lo es de la ley, pues la norma implícita mana de una forma jurídica, la norma con rango de ley que la soporta en su enunciado.

normativo, sino de la reserva de ley establecida por la Constitución para tratar la materia afectada por la inactividad del legislador.

Aún es más discutible sostener que el silencio legislativo tiene fuerza de ley, para, una vez dicho esto, equipararlo a los actos con fuerza de ley y sustraerlo al control de los jueces ordinarios. La fuerza de ley se debe aparejar a una forma jurídica dotada de cierto rango normativo, ya que según la forma, ocupará un lugar en el orden jerárquico, y su posición condicionará el ámbito material que puede ser objeto de su regulación y, por consiguiente, su aptitud para innovar el ordenamiento jurídico⁴⁵. La fuerza de ley es una consecuencia de la posición que ocupa la forma de una ley en el orden jerárquico⁴⁶. Es evidente que la norma implícita derivada del silencio legislativo ni es una ley formal ni posee su fuerza activa, ni la pasiva⁴⁷; no moderniza el ordenamiento jurídico. No obstante, si por fuerza de ley ha de entenderse la expansividad material ilimitada de la norma que la posea, esta cualidad sólo tiene sentido jurídico si con ella se quiere decir que la norma que tiene esa fuerza puede regular cualquier materia y desplazar en su regulación a cualquier otra norma que lo haga o pretenda hacerlo, y no simplemente que no tiene límites materiales. Como resulta evidente, el silencio del legislador por definición carece de límites materiales, pero también cualquier norma del ordenamiento jurídico estatal en principio podría regular cualquier materia (positividad del derecho). Precisamente el sentido jurídico de la fuerza de ley es que sólo conserve esa vocación expansiva, disminuida únicamente por su posición jerárquicamente inferior a la Constitución, una determinada forma jurídica, que es la ley, y no otras. Esto exige, precisamente, que la ley pueda derogar o anular otras formas jurídicas (fuerza activa), sin que esas otras formas jurídicas puedan hacer lo propio con ella (fuerza pasiva)⁴⁸; fuerza normativa que constituye una de las notas definitorias del rango de la ley.

⁴⁵ Véase el concepto de fuerza de ley de Francisco RUBIO LLORENTE, “*La Forma del Poder*”, pág. 323 y ss.

⁴⁶ No deroga normas, y en el caso del silencio de la ley es esta y no sus omisiones quien lo hace.

⁴⁷ Cualquier norma puede llenar el silencio del legislador, salvo que la materia sea objeto de una reserva de ley, y en ese caso es la reserva la que impide que otra norma modifique la implícita derivada del silencio y no una supuesta fuerza pasiva de esta; y si el silencio es de la ley, la mencionada fuerza deriva del enunciado legal cuya omisión cobija la norma implícita.

⁴⁸ Es cierto, que una norma de rango inferior a la ley puede limitar la expansividad material de esta última, pero también es cierto que esto solo es posible si la Constitución realiza una distribución de materias (o las normas del

Ahora bien, cuando el silencio lo es de la ley, la norma implícita va unida indisolublemente al enunciado dotado de una forma que tiene atribuido el rango de ley. En ese caso, la norma implícita se contagia del rango del enunciado del que emana, lo que impide que el juez ordinario pueda decidir sobre su validez, y deba plantear la oportuna cuestión de inconstitucionalidad si no acierta a encontrar una interpretación del enunciado legal conforme a la Constitución.

En el caso del silencio de la ley, se le exigiría al juez que tal interpretación eluda la norma implícita contraria a la Constitución como resultado de la omisión de la ley en cuestión. De no hacerlo, infringiría la Constitución, ya que con su comportamiento es él, y no la ley con su omisión, quien crea la situación jurídica contraria a la Constitución; y de no poder hacer la interpretación conforme, deberá elevar la cuestión al juez constitucional⁴⁹. En el caso de un silencio del legislador, también el juez ordinario debe interpretarlo de forma tal que eluda la norma implícita que crea una situación jurídica contraria a la Constitución, si existe otra posibilidad no contraria a la misma. Con ello, el juez ordinario no crea una nueva norma que invalida la norma implícita contraria a la Constitución, aunque emplee la interpretación extensiva, e incluso analógica, de normas ya existentes para integrar la laguna que genera su invalidación de esa norma implícita; sino que del silencio del legislador deduce otra norma implícita que crea, ésta sí, una situación jurídica no contraria a la Constitución.

Una importante consecuencia de este planteamiento es el descarte definitivo de la tesis según la cual no cabe realizar un control jurisdiccional de los silencios legislativos porque no hay un derecho individual tutelable por los jueces, a que el legislador legisle sobre cierta materia⁵⁰, tanto, para dotar de la fuerza de cosa

bloque constitucional). En este sentido, la Constitución es la que prohíbe al legislador regular esa materia, y con ello limita su ámbito material, no la norma inferior competente para ello.

⁴⁹ Desde la perspectiva del sistema alemán de justicia constitucional, SCHENKE parece sostener una tesis distinta a la aquí defendida al no considerar la vía incidental como vía judicial apropiada para la impugnación de una omisión inconstitucional (Rechtsschutz gegen das Unterlassen... Pág. 318 y ss.). Sin embargo, no hay tal desacuerdo, pues a lo que se refiere SCHENKE es a la vía judicial adecuada para pretender un derecho a la norma y, por tanto, para dotar de la fuerza de cosa juzgada al fallo judicial que declare la obligación de legislar como consecuencia de la apreciación de la existencia de una omisión legislativa.

⁵⁰ Para GOMES CANOTILHO el derecho a la norma es una consecuencia necesaria del control jurisdiccional de los silencios legislativos. Para este autor una protección eficaz frente a las omisiones inconstitucionales solo será posible si se reconoce “ese derecho a exigir una actuación positiva del legisladora, lo que funda además en el Estado de Derecho y el principio democrático (aunque ciertamente acaba por vincular ese derecho a la pretensión de que se

juzgada al fallo judicial que declare la obligación de legislar como consecuencia de la apreciación de la existencia de una omisión legislativa. A esta altura de la investigación es obvio que en ella no se admite que el objeto del control jurisdiccional de los silencios legislativos sea la pretensión individual de que se promulgue una ley. Para SCHENKE son omisiones sólo las absolutas, y para este autor, mientras no se promulgue la ley, la laguna vincula al juez y la falta de ley aplicable hace imposible recurrir a la vía incidental. SCHENKE, no obstante, reconoce su utilidad para los casos que aquí se denominan omisiones relativas (aquí está la coincidencia); aunque para este autor las relativas son sencillamente una inconstitucionalidad por comisión de la ley, cuestión en la que parece coincidir parcialmente con otras tesis sobre la intercambiabilidad entre impugnaciones por omisión o por comisión, como se abordará más adelante. Rudolf Schneider, por el contrario, intenta salvar el escollo de la falta de ley relevante para la resolución del asunto, haciendo una interpretación analógica del término ley, subsumiendo en él los silencios del legislador⁵¹. Por coherencia con lo dicho sobre los silencios de la ley, si el juez ordinario no realiza esa interpretación también sería posible una acción de tutela por infracción constitucional.

Desde luego, no hay un derecho subjetivo que se legisle que pueda hacerse valer jurisdiccionalmente ante los silencios legislativos, lo que no impide que tal control exista. Con el control jurídico de los silencios legislativos, y en particular con su control jurisdiccional, se trata de aclarar la validez de la norma implícita que regula una materia, cuya fuente es dicho silencio, y hacer valer su inconstitucionalidad para evitar el perjuicio que tal norma emanada del silencio legislativo pueda causar en los intereses legítimos o derechos de los individuos, que bien pudieron ser ellos los que han solicitado ese control. No hay riesgo, pues, de que el control jurídico de los silencios del legislador dé carta de naturaleza a un derecho individual a legislar, porque su fin no es satisfacer pretensiones

declare inconstitucional el silencio legislativo que vulnere un derecho fundamental y que con tal declaración se neutralicen los efectos perniciosos que acarrea el silencio)".

⁵¹ SCHNEIDER, R. (1964). *Rechtsschutz gegen verfassungswidriges Unterlassen des Gesetzgebers*. Berlin, Alemania: Archiv des öffentlichen Rechts, Bd. 89. (pp. 24 y ss. - pp. 51 a 52.)

individuales sino depurar el ordenamiento jurídico. El objeto del proceso judicial ordinario no es el amparo de un hipotético derecho a legislar, ni siquiera lo es el control de la validez de la norma implícita derivada del silencio legislativo, dado que este control debe hacerse en la determinación de la norma aplicable al caso del que conoce el juez. Precisamente, el hecho de que el objeto del control jurisdiccional sea depurar el ordenamiento de normas contrarias a la Constitución (sean expresas, de rango legal si son preconstitucionales, infralegales o implícitas) pone de manifiesto que no es esa depuración la meta del proceso judicial que tenga que vérselas con un silencio legislativo.

Este es un rasgo del control realizado por los jueces ordinarios que lo distingue del protagonizado por los jueces constitucionales.

1.2. Controles jurídicos posibles ante las omisiones legislativas.

Al no ser el objeto del proceso judicial ordinario el control de la validez de la norma implícita derivada del silencio legislativo, sino que este control forma parte de la determinación del derecho aplicable al caso del que conoce el juez, no basta para que éste resuelva la cuestión sometida a su conocimiento con que declare la validez o invalidez de la mencionada norma implícita en su *ratio decidendi*, sino que, además, debe establecer, si concluye su invalidez, qué norma es aplicable para poder dictar una resolución fundada, en derecho sobre el objeto del proceso. El fundamento de esa obligación del juez ordinario de precisar el derecho aplicable, no es otro que el deber de resolver conforme al sistema de fuentes vigente.

En fin, la dificultad mayor del control jurisdiccional de los silencios legislativos estriba en las consecuencias que ese control tiene para la determinación por el juez de las normas aplicables al caso. En particular, si el silencio lo es del legislador y no de la ley, toda vez que en este último caso, si el juez duda de la constitucionalidad de la ley aplicable por sus omisiones, deberá elevar la cuestión de inconstitucionalidad al juez constitucional competente, como ya se ha dicho. Si,

en cambio, el silencio lo es del legislador y el juez decide inaplicar la norma implícita derivada de ese silencio por considerarla inconstitucional, la laguna creada por su decisión en punto a la norma aplicable tendrá que ser integrada de algún modo para no infringir el principio "*non liquet*" o resolver conforme al sistema de fuentes vigentes (deber inexcusable de los jueces de resolver los asuntos de los que conozcan conforme al sistema de fuentes establecido).

Se mantiene que allá donde hay una laguna el juez ordinario puede integrarla haciendo uso de cualquiera de los mecanismos que tiene a su alcance, mientras que si se trata de una omisión legislativa, el juez nada puede hacer porque los límites de su función le impiden integrarla⁵².

No es éste el planteamiento de la cuestión que aquí es considerado correcto.

Un silencio legislativo puede tener como resultado una mera laguna legal (laguna normativa: no hay solución en el sistema para el caso a resolver). Ahora bien, ese silencio puede permitir que otras normas explícitas regulen la materia en cuestión (caso de la permanencia de normas preconstitucionales o de regulaciones reglamentarias a falta de ley o la aplicación de la costumbre o los principios generales del derecho), o ser fuente de normas implícitas porque el silencio mismo implica un determinado régimen jurídico de una materia (por ejemplo, si no hay ley que establezca una determinada prestación, no hay derecho subjetivo a la misma). Estas tres situaciones (laguna legal, aplicación de normas preexistentes o generación de normas implícitas) son útiles para acotar el concepto de omisión inconstitucional, pero no para establecer los límites a la función jurisdiccional diciendo que sólo puede integrar ese silencio si es fuente de una laguna legal cuando se tropieza con un silencio legislativo. Si se admite que el juez debe hacer un juicio de validez sobre las normas preexistentes o las implícitas deducibles del silencio para poder determinar su aplicabilidad, y resulta de ello un juicio negativo (que en algunos casos puede aparejar sin más la expulsión del ordenamiento de la norma enjuiciada⁵³), la decisión del juez creará una laguna jurídica (laguna

⁵² MORTATI, C. *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali...*, ob. cit., (pp. 948 y ss.)

⁵³ Así ocurrirá con las normas preconstitucionales sea cual sea su rango. También puede suceder si el silencio se llena con una norma reglamentaria o si la norma implícita deducida del silencio legislativo puede ser sustituida por una interpretación conforme a la Constitución de ese mismo silencio que evite crear una situación jurídica contraria a la Constitución.

axiológica: el sistema da solución al supuesto pero su aplicador la considera inadecuada) que debe integrar para poder dar respuesta a la cuestión que le es planteada⁵⁴. El límite a la función jurisdiccional en esa operación de integración de la laguna existente *ab initio* u originada por la decisión del juez sobre las normas explícitas o implícitas que llenaban el silencio legislativo es uno mismo y no deriva de ese silencio. Las reservas normativas que puedan existir sobre la materia objeto de la laguna constituyen ese límite, en especial, si la reserva lo es de ley.

La respuesta a esos límites y cuál deba ser el comportamiento del juez en estos supuestos también depende del tipo de silencio con el que debe vérselas su juicio de validez. Ya se ha mencionado que si el silencio lo es de la ley, la inconstitucionalidad de su omisión, condicionada por la inexistencia de una interpretación alternativa de la ley omisiva que permita salvar su constitucionalidad, obliga al juez ordinario, en el caso de que esa ley sea postconstitucional, a elevar la cuestión al juez constitucional, que es el único competente para decidir sobre la validez o no de esa ley, expulsarla del ordenamiento y colaborar en esa medida con el juez ordinario en la determinación del derecho aplicable al caso. Cosa distinta sucede con los silencios del legislador, cuestión que se analizará en el siguiente punto.

Antes de abordar los instrumentos de integración de la laguna generada por el juez en su juicio sobre la validez de la norma implícita emanada de un silencio legislativo (sea del legislador o de la ley), debe repararse en un presupuesto inexcusable de la labor judicial. Su vinculación a la Constitución se concreta, entre otras manifestaciones, en la obligada aplicación directa de la Constitución allá donde sea posible. Su normatividad y supremacía así lo imponen, aunque la identificación de lo directamente aplicable en la Constitución varía según la norma constitucional de que se trate.

Los preceptos constitucionales que establecen mandatos al legislador expresos, concluyentes y específicos (normas constitucionales imperativas), además de

⁵⁴ Sobre el concepto de laguna legal y laguna axiológica consúltese la obra de ALCHOURRON/BULYGIN, “Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales”. Ed. Astrea. Buenos Aires, 1974. Pág. 161 y ss., además de la ya citada de Hans KELSEN. “Reine Rechtslehre”. Pág. 251 y ss.

aquellos otros preceptos constitucionales que establecen permisos cuyo destinatario puede ser el legislador (permisos constitucionales), no quedan privados de toda eficacia normativa por el hecho de que el legislador no cumpla con el mandato o no haga uso del permiso. El precepto constitucional, por ser supremo jurídicamente, conserva aún un mínimo de eficacia mientras el legislador no obedezca su mandato, que se manifiesta imponiendo la expulsión del ordenamiento jurídico de la norma implícita que crea aquella situación jurídica que le es contraria y que ha sido propiciada por el silencio legislativo, bastando tal expulsión para entender restablecida la supremacía constitucional: Es decir, negando toda validez a la norma implícita en el silencio legislativo que afecta a esas normas constitucionales.

Cosa distinta ocurre, aunque el precepto constitucional también contenga un mandato o un permiso dirigidos al legislador, si la existencia de la situación jurídica querida por la Constitución está dotada de eficacia directa y no depende de la mediación legislativa, por mucho que ésta sea debida y necesaria (normas constitucionales autoaplicativas o normas constitucionales abiertas al desarrollo legislativo o de configuración legal).

La situación jurídica que debe existir sólo podrá ser la que resulte de la aplicación directa de la Constitución. Esa eficacia directa de la Constitución se impone como un deber al juez, derivado de su sometimiento a ella, de tal modo que si no actúa de esta manera, es el juez quien infringe la Constitución, y no el hipotético silencio legislativo relativo a la norma constitucional en cuestión. En estos casos el silencio legislativo es irrelevante.

Y ello es así porque la eficacia directa de la Constitución no se agota con la simple negación de efectos vinculantes a la norma implícita en el silencio, como tiene lugar con las normas constitucionales permisivas o las imperativas (negación de efectos en que consiste el mínimo constitucionalmente vinculante de dichas normas constitucionales y que es directamente aplicable, vinculando al juez). La eficacia directa de la norma constitucional impone al juez la existencia de la situación jurídica tal y como ella la define, sin importar la ausencia de una norma

legal que module esa eficacia directa concretando el modo de existencia de semejante situación jurídica en el ordenamiento jurídico.

Pues bien, a aquel residuo de eficacia del precepto constitucional también está vinculado el juez ordinario en el caso de silencios legislativos, en especial en los de silencios del legislador⁵⁵. El juez ordinario resolverá el control del silencio legislativo, advertida la inexistencia de norma constitucional alguna dotada de eficacia directa, realizando una doble y sucesiva aplicación de la Constitución, la primera para precisar si la norma implícita derivada del silencio es o no contraria a la Constitución, y la segunda, una vez constatada esa contrariedad, para llenar la laguna restableciendo una situación jurídica que, al menos, no sea contraria a ese mínimo de contenido constitucionalmente predeterminado. Un restablecimiento que en muchas oportunidades no podrá ir más allá de la invalidación de la norma implícita en el silencio legislativo⁵⁶.

Si hay una norma constitucional dotada de eficacia directa, no es posible jurídicamente la existencia de una norma implícita que le sea contraria, pues sólo puede existir una situación jurídica, que es la abstractamente definida en esa norma constitucional. En este caso, el silencio del legislador se llena con la aplicación directa de la Constitución y el juez debe excluir cualquier norma, sea explícita sea implícita, que contradiga lo que la Constitución impone de forma tajante. Esto, sin perjuicio de que la aplicación directa de la Constitución pueda complementarse con otras normas expresas infraconstitucionales mediante la interpretación extensiva o analógica.

Si, por el contrario, la norma constitucional no puede aplicarse directamente y remite a otras normas para concretar en el ordenamiento jurídico la materia que

⁵⁵ Sobre este residuo de eficacia de la Constitución en los casos de preceptos que requieran desarrollo legislativo, del que son buen ejemplo los derechos fundamentales de configuración legal o los derechos sociales, consúltese el artículo de Carl SCHMITT, «Rechtsstaatlicher Verfassungsvollzug», en *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954. Materialien zu einer Verfassungslehre*, pág. 452 y ss., Schmitt, Duncker & Humblot, Berlin, 1985 (3a. edic), pág. 462 y ss.; y el de Leo SEUFERT, «Die nicht erfüllte Gesetzgebote...», pág. 91 y ss., donde advierte que no hay deber de legislar, sino sólo una habilitación para hacerlo, allá donde la Constitución puede ser aplicada directamente.

⁵⁶ Resulta de suma utilidad la precisión que Wilhelm HENKE hace sobre el proceso de control de normas, sea abstracto o concreto. En ese proceso no se trata de aplicar la Constitución antes que la ley, y en este caso, la norma implícita derivada del silencio legislativo, sino que el juez ordinario deberá aplicar ambas normas, la constitucional y la implícita emanada del silencio, al caso del que conoce y comparar los resultados, rechazando aquellos que incurran en contradicción. Véase su «Verfassung, Gesetz und Richter. Das Normenkontrollverfahren», *Der Staat*, Hf., 1964, pág. 433 y ss., pág. 445 y ss.

es su objeto, incluso si son esas normas remitidas las que según la Constitución deben decidir sobre su existencia (la norma constitucional no goza de eficacia directa, precisamente porque precisa de una mediación normativa infraconstitucional necesaria), si hay un silencio legislativo sobre el particular y la materia no está reservada a la ley, el juez integrará la laguna, generada con su juicio negativo sobre la norma implícita derivada del silencio, acudiendo a otras normas contenidas en enunciados normativos que ya existen en el ordenamiento (Legislación en sentido amplio, costumbre y principios generales del derecho). Y si no es posible, intentará la interpretación extensiva o la analógica hasta donde el juego de otras reservas normativas adyacentes se lo permitan⁵⁷.

Un caso típico es el de la limitación que para la función integradora del juez supone la reserva presupuestaria. Puede que el juez integre la laguna sin invadir reserva de ley alguna, pero si el amparo de la situación jurídico-subjetiva, perjudicada por un silencio legislativo, implica una prestación económica, la efectividad de ésta dependerá de la previa consignación presupuestaria reservada a la ley de presupuestos generales del Estado, que no puede ser sustituida por la decisión judicial. Esto plantea la posibilidad de que una ley de presupuestos pueda tener silencios que constituyan omisiones inconstitucionales en casos en los que la consignación presupuestaria de ciertas prestaciones es instrumento necesario para el efectivo ejercicio de un derecho fundamental o social, sobre todo si con anterioridad ya se ha advertido judicialmente de esa necesidad y del riesgo que supondría no contemplar en la citada ley tales partidas. Esta cuestión cobra especial trascendencia si se plantea ante el juez constitucional. Aquí debemos traer a colación el caso que resolvió el Tribunal Constitucional Alemán, BVerfGE 1, 97, donde se pretende que cierto subsidio es insuficiente y el legislador debe modificarlo al alza. En esta sentencia, tanto el reconocimiento del derecho a que la cuantía del subsidio se revise, como la extensión de una prestación dineraria a otros sujetos requieren necesariamente de una revisión de la consignación presupuestaria para el siguiente ejercicio, lo que el fallo judicial no puede hacer.

⁵⁷ En definitiva, el juez cuando acude a esas técnicas de integración permanece sujeto a la existencia de normas jurídicas preexistentes a su decisión, pues semejantes técnicas no son sino formas de extender las normas explícitas o implícitas contenidas en esos otros enunciados normativos al caso controvertido.

Aunque la declaración de inconstitucionalidad por omisión recaería ciertamente sobre la ley que reconoce tales prestaciones, pues sería ésta el objeto de impugnación, y no sobre la ley presupuestaria simultánea suya, que no consigna las partidas necesarias para hacerlas efectivas, ya que la necesidad de su consignación derivará de la necesidad de que contemple la prestación la ley sustantiva impugnada por omisiva. Cosa distinta es que la ley presupuestaria posterior no atienda al fallo del juez constitucional y no contemple la partida debida, quizá es en este momento donde incurre en omisión inconstitucional y pueda ser impugnada por tal motivo. No obstante, la declaración de la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de la ley presupuestaria por su omisión produciría graves perjuicios prácticos, pues la prestación vencida de los ya beneficiados por la norma, que bien pueden serlo legítimamente y sin que tal prestación vulnere en modo alguno la Constitución, dejaría de tener amparo legal, y no podrían prestarse las futuras y las aún por liquidar. Es éste un caso (la norma explícita de la ley sustantiva y la consignación presupuestaria del gasto para hacer efectiva la prestación son perfectamente constitucionales; sin embargo, otros sujetos quedan indebidamente privados del beneficio por un silencio de la ley, sin razón que justifique el trato desigual) en el que una sentencia interpretativa desestimatoria o una que declarase la mera inconstitucionalidad de los preceptos omisivos podría ofrecer ciertas ventajas prácticas.

La objeción de conciencia ofrece un buen ejemplo de lo dicho. Si el legislador no ha regulado el régimen jurídico de la objeción de conciencia esto no quiere decir que los colombianos no puedan ejercer este derecho para no prestar su servicio militar. El silencio del legislador permite sostener, sin duda, que hasta que no se promulgue la ley, todos los colombianos sin excepción cumplirán su servicio militar en el momento oportuno. El derecho a la objeción de conciencia consiste en hacer valer la excepción de un deber y es el legislador quien debe establecer esas excepciones, toda vez que si no lo hace, el deber permanece, en este caso el de prestar el servicio militar.

En el caso de que existiere una Ley que desarrolle la objeción de conciencia, digamos que por motivos religiosos en Colombia (Iniciativa que se promovió por la H. Senadora Gloria Inés Ramírez, en agosto de 2008, sin mayor trascendencia),

no tendría por qué ser inconstitucional por omisión al sólo contemplar los motivos religiosos para objetar la prestación del servicio militar, siempre que no impidiese o prohibiese la posibilidad de que se regule el caso para la alegación de otros motivos y no haya razón alguna para que el tratamiento que el legislador deba dar a esa materia sea unitario y uniforme. La cuestión es de un silencio del legislador y no de la ley, que impide a la Administración Pública militar admitir como excepción al deber de prestación del servicio militar un motivo de conciencia distinto al religioso. La existencia misma de ese derecho goza de eficacia directa y debe ser la norma aplicable al caso, impidiendo la existencia de cualquier norma, explícita o implícita, que la contradiga. Por tanto, del silencio del legislador no puede deducirse una norma implícita que impida eximirse del servicio militar alegando otro motivo de conciencia que no sea el religioso, tan sólo puede decirse que, a diferencia de lo que ocurre con la objeción religiosa, la exención del servicio militar por ese motivo carece de un régimen jurídico propio.

El fallo del juez no impide al legislador crear la ley que regule la materia más adelante, e incluso establecer medidas diversas a las consignadas por el juez en su sentencia. El sometimiento a la ley que la Constitución impone a los jueces, lo es a la ley existente y válida.

Cuando ésta no existe, el silencio del legislador no impide que el juez resuelva. La omisión inconstitucional del legislador o de la ley, es decir, la inaplicación de la norma implícita derivada de un silencio legislativo por su inconstitucionalidad, permite al juez deducir la norma aplicable al caso concreto sin excederse por ello en sus funciones jurisdiccionales, restableciendo así en su constitucionalidad la situación jurídica de la que conoce.

1.3. Control de constitucionalidad del juez ordinario frente a los fenómenos de omisión absoluta y relativa

Arriba dijimos que el juez ordinario deberá comprobar la constitucionalidad de la norma implícita que deriva de un silencio legislativo para poder aplicarla. Ahora

bien, la posición de ese juez que se enfrenta a un silencio legislativo, no es la misma si se trata de un silencio del legislador o si lo es de la ley. Y tampoco puede ser la misma si la materia objeto de la situación jurídica afectada por el silencio legislativo está reservada a la ley.

En el caso de un silencio del legislador se plantea en primer término un serio problema de impugnabilidad, tanto en punto al objeto impugnable ante la jurisdicción ordinaria (tipo de control, abstracto o concreto), cuanto a la legitimación procesal para activar el control.

No parece que sea de recibo un control abstracto de los silencios del legislador donde este control sea el único objeto del proceso judicial ordinario, al menos si se conviene en que un silencio del legislador sólo se transforma en omisión inconstitucional si sus consecuencias son contrarias a la Constitución. Pero no sólo el concepto de omisión inconstitucional lo desaconseja, sino que, además, la naturaleza del control jurisdiccional lo impide.

Si se pretende realizar un control abstracto del silencio del legislador sólo caben dos opciones: o se controla su conducta inactiva o se controlan los resultados de esa conducta. Si el objeto del control jurisdiccional, y por ello, el objeto impugnable en ese control, es el silencio en sí mismo considerado sin recurrir a sus consecuencias, sólo es posible hacer un juicio de intenciones sobre la adecuación de la abstención legislativa a la Constitución. Un juicio en el que el juez ordinario atenderá irremediabilmente a la oportunidad del silencio. Ese juicio de oportunidad, como ha quedado dicho, le compete exclusivamente al propio legislador y excede los límites de la función jurisdiccional.

Si, por el contrario, se desea mantener el control jurisdiccional en los límites de su función, esto es, realizando un juicio de validez, es exigible un juicio de no contradicción con la Constitución que sólo puede darse a la vista de las consecuencias que el silencio ha generado en el ordenamiento (la norma implícita). El silencio del legislador por sí mismo nada dice sobre su validez. Si el control jurisdiccional sólo puede versar sobre la validez de un acto normativo, la validez del acto inactivo. Únicamente puede valorarse a la vista de sus efectos en el ordenamiento jurídico. Pues, además, sólo tales resultados nos pueden dar

certeza de una hipotética infracción de la Constitución. De tal manera que, aunque se pretenda sostener que es posible un control abstracto del silencio del legislador, sólo que dicho control se hace a través de sus consecuencias, en realidad, y desde el punto de vista del control jurisdiccional de las omisiones absolutas, lo que se enjuicia son esas consecuencias y no la oportunidad de la conducta del legislador. Lo que ocurre es que si se sostiene con todo la naturaleza abstracta del control, se hará probablemente o para hacer responsable de su silencio al legislador si el resultado de aquel juicio de validez es negativo, o bien para permitir al juez crear una norma sustitutiva. En otro caso, el control abstracto es, desde la perspectiva jurídica, inútil por importantes que puedan ser sus consecuencias políticas y sociales, pues difícilmente el juez ordinario podrá dotar de eficacia general a sus decisiones sin una profunda modificación de la estructura del sistema jurisdiccional actual, y, aún así, no dejaría de ser discutible tal posibilidad.

El control de los silencios del legislador sólo es posible al hilo de la resolución de un caso concreto y en el momento de la determinación del derecho aplicable. Se trata, pues, de un control jurisdiccional concreto, porque sólo a través de las consecuencias concretas de ese silencio el juez podrá establecer la existencia de una efectiva, y no sólo probable o presumible, infracción constitucional. Ocurre, entonces, que tanto la legitimación como el preciso objeto impugnado en un proceso judicial ordinario en el que se someta a control jurisdiccional un silencio del legislador vienen condicionados por esa concreción.

Así pues, estará legitimado para instar la iniciación de un proceso judicial en el que se controla un silencio del legislador, todo aquel sujeto que sufra la desprotección o la lesión de su posición jurídica garantizada por la Constitución (de un particular o de un ente o una institución pública o privada según el caso) o quien tenga atribuida la protección de dichas posiciones jurídicas a causa de un silencio del legislador. De ahí la vinculación entre el control de las omisiones absolutas con la vulneración de situaciones jurídico-subjetivas garantizadas por la Constitución, sean éstas fundamentales o no.

Resulta evidente que es prácticamente imposible que, en la pretensión de salvaguardar la posición jurídica de un sujeto, pueda impugnarse en abstracto las probables consecuencias del silencio del legislador, pues, al menos, faltaría la prueba de la lesión efectiva de la Constitución. El control de los silencios del legislador resultará, por tanto, de la impugnación en el orden e instancia jurisdiccionales que procedan de aquellos actos u omisiones de los particulares o de los poderes públicos cuya cobertura esté en la inactividad legislativa y sólo en el caso de que, en efecto, el acto u omisión de los particulares y los poderes públicos traigan causa directa del silencio del legislador, sin que a esos particulares o poderes públicos les cupiera una conducta alternativa y conforme con la Constitución.

En el caso mencionado de la inexistencia de la ley, el acto de la Administración militar rechazando como causa de exención del servicio militar la objeción de conciencia, ese acto administrativo denegatorio, y no el silencio del legislador, es el que vulnera el derecho a la objeción de conciencia, pues la Administración hubiera debido aplicar directamente la Constitución y reconocer aquel derecho suspendiendo la incorporación a filas hasta que el legislador establezca las consecuencias de su ejercicio.

Sin embargo, no todo acto u omisión de cualquier poder público puede impugnarse con motivo de un silencio del legislador. Como se ha dicho es necesario probar que el acto u omisión del poder público son aplicaciones de la norma implícita derivada del silencio. Si esa norma implícita es contraria a la Constitución, esos actos dejarán de tener cobertura en el ordenamiento jurídico, con independencia de que su adopción hubiera sido jurídicamente inexcusable precisamente como consecuencia del silencio.

Así pues, sólo podrán impugnarse actos de aplicación de la mencionada norma implícita, pero no actos normativos, porque la norma implícita derivada del silencio no puede atribuir, naturalmente, potestad normativa alguna. Por consiguiente, y sin albergar dudas sobre la impugnabilidad de las disposiciones administrativas, debe advertirse que el silencio del legislador no puede ser motivo de su impugnación, porque no pueden existir normas reglamentarias ejecutivas

de ese silencio ni de la norma implícita que de él emane. El Gobierno y la Administración Pública gozarán de potestad reglamentaria si así lo establece la Constitución (potestad reglamentaria independiente) o la ley (potestad reglamentaria ejecutiva⁵⁸). El principio de legalidad, o para ser más precisos, el principio de juridicidad impone que toda potestad normativa de rango infralegal tenga su título habilitante en una norma expresa, de forma que el Gobierno podrá dictar reglamentos independientes allá donde la ley no haya regulado nada porque hay una norma constitucional que le habilita para ello, y no porque el legislador no ha regulado aún esa materia. De la misma manera que las autoridades administrativas podrán dictar normas si y sólo si una norma expresa de rango legal o reglamentario les autoriza para ello.

En suma, un acto normativo en ningún caso encontrará refugio en un silencio del legislador, ni siquiera cuando ese silencio genera una norma implícita que no es contraria a la Constitución. Tampoco el silencio se transforma en omisión inconstitucional por el hecho de que a su amparo se dicten normas administrativas, porque la ilicitud del acto normativo en cuestión deriva de la ilicitud de la potestad normativa de la que trae causa, y esa ilicitud no contagia al silencio legislativo en el que supuestamente pretende sustentarse la citada potestad normativa. Así, ese acto normativo no será conforme a derecho, o en su caso será nulo, por adolecer de un vicio de incompetencia, o, siendo competente, por infringir las condiciones formales o materiales de su ejercicio (en el caso de la potestad reglamentaria independiente, si contraviene la Constitución, una ley o invade un ámbito de reserva; y en el de la potestad reglamentaria ejecutiva si, además, infringe la norma reglamentaria superior jerárquicamente), siendo irrelevante a estos efectos la presencia de un silencio legislativo.

No sucede así con los actos de aplicación del ordenamiento jurídico, que sí pueden traer su causa de un silencio legislativo. Estos actos pueden impugnarse por no ser conformes a Derecho, si incurren en cualquier forma de infracción del ordenamiento jurídico. Una de esas infracciones puede consistir en aplicar una norma implícita, derivada de un silencio del legislador, que es contraria a la

⁵⁸ Aquí el término "ejecutiva" debe entenderse en sentido amplio, como toda cobertura legal expresa o tacita de una norma administrativa para desarrollar el contenido de la norma legislativa remitente.

Constitución. La autoridad o agente de la Administración pública, como consecuencia de su posición jurídica, se verá obligado a ejecutar ese acto aún a sabiendas de crear con ello una situación jurídica contraria a la Constitución. Imagínese el caso, por ejemplo, de una Administración que mediante resolución del órgano competente deniega a un ciudadano el ejercicio del derecho de petición en tanto el legislador no regule la forma y efectos del ejercicio de ese derecho. Probablemente a la Administración no le quepa actuar de otro modo al faltar la ley que le indique las condiciones de su actuación, sin perjuicio de que es la norma implícita derivada del silencio del legislador la que contraría la Constitución al impedir que la Administración admita a trámite la petición por falta de norma habilitante.

Habitualmente serán actos administrativos denegatorios de pretensiones individuales por falta de habilitación normativa para reconocer la posición jurídica del individuo y actuar en consecuencia. Serán más extraños los casos de actos positivos de aplicación del ordenamiento, aunque siempre posibles si el silencio del legislador implica una prohibición. Si es así, ese acto positivo, además, podrá ser sancionador. Estos actos positivos, en particular los sancionadores, fruto del principio de legalidad de la actuación administrativa, exigen habilitación normativa expresa, bien de rango legal o, en su caso, reglamentario. Puede, no obstante, que la habilitación normativa sea genérica y que el acto de aplicación encuentre cobertura en la generalidad del título habilitante, pero su contenido traiga causa de un silencio del legislador. En este caso, el acto no será anulado por infringir el ordenamiento la norma que le da cobertura, pues ésta puede ser perfectamente legal o constitucional, sino por ser su contenido aplicación de la norma implícita derivada de ese silencio. Es decir, se debe invalidar la hipotética norma implícita, derivable del silencio legislativo sobre cierta materia, que provoca la aplicación (por extensión o por analogía) de una norma explícita, a la oportunidad sancionadora.

No sólo no es impugnabile cualquier acto en presencia de un silencio legislativo, sino que, además, tampoco lo es el de cualquier poder público que ejerza la función

de aplicación del ordenamiento jurídico⁵⁹. Sólo en el caso de aquellos que en virtud del principio de legalidad están vinculados positivamente al ordenamiento jurídico, de forma que no pueden inaplicar una norma, en este supuesto una norma implícita provocada por un silencio legislativo, por considerar que infringe el ordenamiento jurídico. Por tanto, no serían impugnables los actos de los jueces o tribunales en el ejercicio de su función jurisdiccional, pues no están vinculados al silencio del legislador, dado que pueden controlar jurídicamente la norma implícita que de él emane. Así pues, si el juez no realiza ese control y da aplicación a esa norma implícita contraria a la Constitución sin apreciar la omisión inconstitucional, su acto será impugnable no por ser aplicación de esa omisión inconstitucional, sino por infringir él mismo la Constitución al vulnerar con su decisión las posiciones jurídicas del recurrente. En efecto, si no hay tal vinculación, la situación jurídica contraria a la Constitución en realidad la crea el juez con su decisión y no el silencio del legislador (se trataría de una omisión judicial).

1.4. Reserva de Ley: Límite de la integración judicial en las omisiones inconstitucionales (Aplicación de la analogía)

El juez ordinario, así pues, ante un silencio del legislador, o bien aplica directamente la Constitución en los casos en que esto sea posible, no habiendo, entonces, norma implícita alguna sobre la que practicar control alguno, pues el silencio queda integrado por la propia Constitución⁶⁰; o, a falta de norma constitucional directamente aplicable, el juez deberá comprobar si el silencio del legislador genera únicamente una laguna *ab initio* (laguna legal), o es fuente de una norma implícita. En este último caso, deberá comprobar que esa norma implícita no es contraria a la Constitución.

⁵⁹ Aquí “poderes públicos” son todo órgano, autoridad, agente o sujeto con capacidad para ejercer poder público. Por tanto, no solo es la Administración Pública en su sentido más amplio, sino también los órganos de otros poderes del Estado como el legislativo, dotados de esa potestad y llamados a aplicar normas.

⁶⁰ El papel del legislador en los casos en los que la norma constitucional tiene eficacia directa, aunque no excluye la intervención legislativa, es la de modular en el ordenamiento jurídico esa eficacia, o dicho en otros términos, concretar en cada sector del ordenamiento jurídico la eficacia de la norma constitucional en cuestión.

A diferencia de lo que sucede con el control realizado por el juez constitucional, el objeto de la resolución que debe dictar el juez ordinario no versará sobre los mencionados extremos, esto es, sobre la validez de la norma expresa o implícita aplicable, toda vez que precisamente la determinación del derecho aplicable al caso, para lo que él es competente, es una operación previa a la resolución del caso sometido a su conocimiento, que es lo que expresará en su fallo. De ahí la relevancia de la presencia de una reserva de ley sobre la materia objeto del conocimiento judicial, porque tal reserva limita el ámbito de acción judicial en la determinación del derecho aplicable, pues la reserva impone que el derecho aplicable a esa materia sólo pueda ser aquel que tenga rango de ley. Como veremos, la presencia de la reserva no significa la imposibilidad de resolver por el juez, sino únicamente un límite a lo que pueda establecer en su fallo.

Tanto la aplicación directa de la norma constitucional como la resolución del supuesto a la luz de la norma implícita derivada del silencio y no contraria a la Constitución no plantean mayores problemas. Cosa distinta ocurre si el juez llega a la conclusión de que esa norma implícita sí es contraria a la Constitución, y esto deja sin cobertura los actos de los poderes públicos que han sido impugnados ante él. Su juicio sobre la norma aplicable crea una laguna (laguna axiológica), colocándole en la misma situación que si hubiera advertido esa laguna desde el inicio (laguna legal). Dicha laguna puede ser integrada de la forma que cada ordenamiento en concreto le permita. Así, por ejemplo, el ordenamiento español establece en el artículo 1 de su Código Civil que a falta de ley (que aquí se entiende como enunciado normativo sea cual sea su rango), será aplicable la costumbre, y, si no hubiere tampoco, los principios generales del derecho⁶¹. Esta búsqueda es posible siempre que no haya reserva de ley, pues su existencia impide acudir a normas cuya fuente no tenga el rango de tal⁶².

No obstante, el juez puede acudir a la interpretación analógica y extensiva para permanecer en el primer escalón de las normas aplicables, el de la legislación

⁶¹ Que no es si no otra forma de acudir a la Constitución para extraer de sus principios y valores la norma aplicable. Sobre el alcance de estos principios generales son ilustrativas y sugerentes las ideas expuestas por Ignacio de OTTO y PARDO en su *Derecho Constitucional. Sistema...*, Pág. 72, y en el prologo que Francisco RUBIO LLORENTE hace al libro, elaborado en unión de otros, *Derechos fundamentales...*, ob. cit., Pág. XV y ss.

⁶² Sin entrar aquí en la discusión sobre si la ley de la reserva es solo y exclusivamente la ley parlamentaria o cabe admitir otras normas con rango de ley, como los tratados internacionales o los decretos legislativos.

positiva en sentido amplio; e incluso, pretender salvar el impedimento de la reserva de ley aplicando esas técnicas a normas con rango de ley, entendiendo que su forma se extiende también a la norma deducida por extensión o analogía aplicable al caso que debe resolver. La cuestión es determinar hasta dónde puede llegar el juez sin desplazar al legislador. ¿Puede aceptarse que la interpretación extensiva o analógica de una norma con rango de ley satisface ya la reserva existente sobre la materia objeto del conocimiento judicial?

La identificación entre la decisión judicial acerca del derecho aplicable y el contenido de la norma implícita deducible del silencio del legislador hace que sea de enorme importancia determinar si sobre la materia hay una reserva de ley, pues, si así es, el juez en la determinación del derecho aplicable, esto es, en la concreción de la específica norma implícita aplicable al caso, no podrá establecer un contenido normativo distinto al que previamente le haya impuesto una norma con rango de ley. La falta de reserva permite al juez convertirse en creador de la norma aplicable al caso, pero la existencia de la reserva se lo impide, pues esa norma sólo puede ser la que posea el rango de ley. El juez ordinario, en este supuesto, sólo podría acudir a normas preconstitucionales, si éstas existen, independientemente de su rango. A falta de normas preconstitucionales aplicables únicamente podrá evitar los perjuicios que a la posición constitucionalmente protegida le puede ocasionar el silencio no aplicando la norma implícita derivada del mismo. Pero no serían de recibo remedios como las “Legislative Injunctions” ordenadas por los jueces norteamericanos o el mandato de “injuncao” brasileño. La Constitución establece que el régimen positivo de una situación jurídica debe ser establecido por cualquier sujeto del ordenamiento con competencias normativas o sólo por normas con rango de ley si hay reservas. El juez no puede suplantar esa función legislativa en sentido amplio, pero siempre puede actuar como garante negativo de la constitucionalidad del sistema eliminando del mismo las consecuencias negativas que convierten a una situación en contraria a la Constitución. Por ejemplo, anulando las sanciones administrativas que sufra un sujeto porque el legislador aún no ha establecido la exención de las mismas cuando la Constitución así lo dispone, aunque para ello se sirva de la mediación legislativa.

El juez, en esa operación interpretativa, previa al control y similar a la que practica si se trata de una ley, deduce del silencio del legislador la o las consecuencias jurídicas posibles. Podrá acudir, si existen, a normas preconstitucionales, que, de no entenderlas derogadas por contradecir la Constitución, integrarán el silencio legislativo (aquí, desde luego, el juez podrá acudir a la interpretación extensiva) sin que la presencia de la reserva de ley modifique su ámbito de decisión. Si, por el contrario, estima que esa normativa preconstitucional está derogada, tendrá que interpretar el sentido jurídico del silencio legislativo concretar si sencillamente hay una laguna legal o si del silencio cabe deducir una norma implícita que rige la materia objeto del silencio. Al juez se le presentarán diversas opciones interpretativas, como en el caso de la ley, y, al igual que con la ley, tiene el deber constitucional de realizar la interpretación constitucionalmente conforme de ese silencio, que para el caso se concretará en la exigencia de que excluya aquellas opciones cuyas consecuencias son contrarias a la Constitución. Si en efecto hay diversas posibilidades y el juez opta por deducir del silencio la norma implícita que genera una situación contraria a la Constitución, no es que el silencio del legislador sea una omisión inconstitucional, pues la existencia de ésta no está en función de la opción judicial. Quien infringe la Constitución en ese caso es el juez al no optar por alguna de las soluciones que, al menos, no son contrarias a la Constitución.

El silencio del legislador se transforma en omisión inconstitucional porque la única norma implícita deducible del mismo es la que regula de forma contraria a la Constitución una determinada situación jurídica, y es ésta la única opción que el juez tiene para determinar el derecho aplicable.

Si es así, el juez puede controlar la validez de esa norma implícita y decidir inaplicarla por inconstitucional. Rechaza, pues, la opción que le deja el silencio del legislador, y con su decisión genera un vacío legal, una laguna (axiológica) que debe integrar habida cuenta del mandato de "*non liquet*". Esto es precisamente lo que le distingue de la Administración Pública cuando ambos se enfrentan a un silencio del legislador. La Administración Pública está inexcusablemente vinculada a ese silencio y sus consecuencias. Tal es la vinculación, que la

Administración puede verse abocada sin remedio a aplicar la norma implícita resultante de ese silencio; aun con la certeza de estar vulnerando la Constitución.

Por el contrario, el juez ordinario puede, y debe, evitar esa circunstancia, porque tiene competencia para decidir sobre la validez de esa norma implícita y para interpretar el silencio de forma más favorable a la Constitución.

De no actuar así, es el juez el que vulnera la Constitución, no el legislador inactivo. Su decisión de aplicar la norma implícita mencionada, soslayando la inconstitucionalidad del silencio del legislador, en el caso de lesionar un derecho fundamental amparable, dará motivo para impugnar la resolución judicial ante el juez constitucional competente⁶³.

Ahora bien, cómo deba proceder el juez ordinario desde el instante en que advierte la posible omisión inconstitucional y decide invalidar y no aplicar la norma implícita, depende de la existencia o no de una reserva de ley sobre la materia objeto de su decisión. Si hay una reserva de ley, su función se limitará a restablecer la constitucionalidad de la situación invalidando todos los actos que perjudiquen o ataquen la situación jurídica individual. Es decir, extrayendo las consecuencias jurídicas ineluctables de la invalidación de la norma implícita. Si no hay reserva de ley, el juez no sólo podrá evitar los perjuicios ocasionados, sino que, además, podrá integrar la laguna generada por su decisión de considerar inconstitucional la norma implícita deducible del silencio del legislador⁶⁴.

Podría discutirse si, aun habiendo reserva de ley, el juez puede integrar la laguna sustituyendo la norma implícita derivable del silencio legislativo con la aplicación analógica de otras normas del ordenamiento, siempre que éstas tuviesen también el rango de ley. El problema no se plantea con la interpretación extensiva, pues tal

⁶³ Esto es lo que en la doctrina alemana se ha denominado *Urteilverfassungsbeschwerde*, cuando tales impugnaciones tienen lugar ante el BVerfG, que se han propuesto como una de las vías idóneas para controlar los silencios legislativos. Son ataques indirectos a las omisiones inconstitucionales tanto absolutas como relativas en las que lo impugnado es la sentencia judicial que agota la vía ordinaria en la que se desestima la pretensión individual dirigida contra un acto administrativo o judicial lesivo de un derecho fundamental, que pretende cobijarse en un silencio legislativo. Consúltense las BVerfGE 15, 46; 16, 94; 25, 101; 29, 57 y 277, entre otras. Sobre esta cuestión véase el trabajo de Friedrich JULICHER, «Die Verfassungsbeschwerde gegen Urteile bei gesetzgeberischem Unterlassen», en particular pág. 104 y ss.

⁶⁴ María Ángeles AHUMADA así parece entenderlo al calificar a la reserva de ley de "obstáculo procedimental" al uso de la analogía, bien es cierto que lo hace desde la perspectiva del juez constitucional. Consúltense su citado artículo "El Control de Constitucionalidad...", pág. 179.

técnica presupone una norma, en este caso con rango de ley, que puede aplicarse al supuesto realizando una interpretación generosa de sus expresiones. Si es así, no habría en realidad silencio del legislador alguno, pues la materia estaría regulada, incluso con rango de ley, solo que no de forma expresa y literal, siendo aconsejable esta técnica en los supuestos de silencio de la ley. No sucede así con la analogía, que, como tal, y sin perjuicio de que también sea útil para integrar las lagunas derivables de un silencio de la ley, permitiría al juez sustituir la norma implícita inconstitucional emanada del silencio del legislador, extrayendo la norma aplicable de un enunciado normativo cuyas normas regulan una situación jurídica similar a la afectada por el silencio y entre las que media una identidad de razón, que pueden habilitar al juez para realizar tal operación⁶⁵.

Sin embargo, la aplicación analógica de otras normas, incluso si tienen el rango de ley, es muy discutible. La Constitución, al menos la democrática, cuando establece reservas de ley, está imponiendo al legislador que la normativa sobre determinada materia sea objeto de un específico tratamiento, esto es, que la regulación efectiva de la materia sea el fruto de una discusión pública y plural entre los representantes de la colectividad, elegidos por voto popular. La reserva impone al legislador y, de forma más precisa, al Parlamento, su intervención mediante un procedimiento que asegure esa discusión pública y plural, y del que debe resultar una regulación efectiva de la materia. Esto significa que una reserva no se cumple con una remisión normativa, y la aplicación analógica de una norma no es sino un remedo de remisión. El silencio del legislador en una materia reservada no puede entenderse como una remisión a la aplicación, practicada por el juez, de otra norma con igual rango, siempre que regule situaciones similares a las que son objeto de la reserva. Y no puede ser, porque la reserva particulariza esas situaciones cuyo régimen jurídico debe resultar de esa discusión pública y plural en el seno del órgano de representación de la colectividad.

Un proceso que debe versar sobre esa situación, no pudiendo suplirse con una discusión habida sobre otras situaciones, por muy análogas que éstas puedan ser.

⁶⁵ Sobre la integración de las lagunas del ordenamiento jurídico recurriendo al método analógico véase entre otros el libro de Karl LARENZ. (1960). *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. Berlín, Göttingen, Heidelberg: Springer (pp. 217 y ss).

Tal exigencia de regulación específica no se suple con esa remisión mediante la aplicación analógica de otras normas si poseen rango de ley, lo que impide, por tanto, y de forma radical, el empleo de semejante técnica por el juez⁶⁶.

La utilización de la analogía, obviamente, supone la existencia de una similitud y una «identidad de razón» entre dos supuestos que permite universalizar la solución jurídica dada a uno de ellos. Sin embargo, pocas veces se repara en el hecho de que el recurso a la analogía implica que entre los dos supuestos también hay diferencias, y que en ocasiones esas diferencias impiden recurrir a semejante técnica. En el caso de materias reservadas a la ley el elemento diferencial está precisamente en el tratamiento, que en modo alguno se funda en un hecho sólo formal (la forma jurídica del tratamiento), sino en uno material de enorme trascendencia desde la perspectiva de la función de la reserva en el Estado democrático: la discusión plural y pública en el seno del legislativo sobre cuál deba ser el régimen de ese supuesto.

Algún autor ha subrayado cómo la analogía se funda en un caso especial del principio de igualdad: a supuestos similares, un trato jurídico similar. Tal planteamiento se manifiesta sobre todo en los supuestos de omisiones inconstitucionales relativas que lesionan el principio de igualdad.

En ellas, parece que el recurso a la analogía resulta inexcusable para salvar la constitucionalidad de la ley omisiva o, en su caso, reparar el perjuicio ocasionado precisamente por no tratar del mismo modo casos aparentemente similares. La interpretación analógica permite profundizar la igualdad en la ley eludiendo el enunciado de la ley para extenderlo a todos los supuestos análogos al regulado en la norma explícita emanada de ese enunciado. De esta manera se crea, tras la

⁶⁶ En definitiva, con esa analogía entre normas de igual rango, se tronca la identidad entre los supuestos de hecho (identidad de materia) en identidad con la forma jurídica de la norma que regula expresamente uno de ellos (identidad de formas). Sin embargo, aquí la interpretación no debe ser *a pari*, sino a sensu contrario, en el sentido de que, si de reservas de ley hablamos, no cabe realizar una interpretación analógica de las formas si no hay identidad expresa de materias. Si no hay norma con rango de ley específica (sea cual sea su forma), no cabe utilizar la analogía entre supuestos de hecho para extender la regulación de uno al otro que carece de ella, por haber identidad de formas entre la exigida para tratar jurídicamente esa materia (reserva de ley) y la de la norma que regula un supuesto idéntico. Si se reserva a la ley la regulación del funcionamiento y estructura democráticos de un partido político no cabe extender por analogía la regulación que sobre semejante materia haya hecho la ley para las organizaciones sindicales, por mucha analogía de materias e identidad de formas haya entre la ley sindical y la ley requerida por la reserva para la ordenación de la democracia interna en los partidos. La ley sindical responde a su propio proceso de discusión plural y pública, que no puede sustituir el que debe haber para los partidos políticos, y menos aún debe el juez ordinario realizar tal suplantación decidiendo la aplicación analógica de una en el campo de la otra.

valoración de las similitudes, una norma implícita que compensaría semejante fin igualador. Sin embargo, este planteamiento soslaya el hecho del elemento diferencial del supuesto que, justamente, pueda ser la circunstancia que constitucionalmente justifique un tratamiento jurídico diverso⁶⁷. La reserva de ley congela el elemento diferencial. El mandato de igualdad puede justificar la analogía para asegurar la no discriminación en supuestos similares. Pero el elemento diferencial de esos supuestos puede justificar un régimen jurídico también diferenciado. La Constitución permite modular el efecto del mandato de igualdad exigiendo únicamente que la diversidad sea razonable.

Ahora bien, cuando hay una reserva de ley, el único competente para decidir en principio sobre la razonabilidad de la diferencia es el legislador, no el juez. Mientras el legislador no se pronuncie al respecto y la Constitución no ordene el tratamiento unitario de la materia, el juez ordinario no puede sustituir esa decisión legislativa mediante la analogía, aunque la posibilidad de un régimen jurídico diferenciado pudiera ser lesiva del principio de igualdad.

Debe señalarse también que si el juez recurre a la analogía, y con independencia de que medie o no una reserva de ley, será porque valora que la similitud de los supuestos, el regulado y el no regulado, es tal que puede extenderse la regulación del primero al segundo. Lo que en ciertos casos puede suscitar la duda sobre si en realidad no se está ante un silencio de la ley, esa que regula el primer supuesto, y no del legislador, que afecta al segundo. Aún más, es posible que el supuesto no contemplado debiera estarlo, con lo que se podría estar ante una omisión inconstitucional relativa y no absoluta, siendo quizá más propio hablar de interpretación extensiva. De ahí también que sea utilizada la analogía como técnica adecuada para suplir las omisiones de la ley, salvando la constitucionalidad de esta última, en especial si está en juego el principio de igualdad.

⁶⁷ Juan Luis REQUEJO PAGES ha puesto de manifiesto precisamente que son los elementos diferenciales de las distintas realidades, es decir, la desigualdad de situaciones y el trato desigual de las mismas, uno de los elementos capitales de un ordenamiento jurídico. El principio de igualdad operaría como factor que introduce la racionalidad y desactiva la arbitrariedad en la constatación del elemento diferencial aludido. Véase suopusculo «Igualdad en la ley y ante la ley: el criterio de la diferencia». Revista Jurídica de Asturias, II, 17, 1993, Pág. 39 y ss.

El rigor del planteamiento aquí defendido sobre la relación entre el juez y un silencio legislativo cuando media una reserva de ley se alivia haciendo una interpretación estricta del objeto de la reserva. El juez puede extender analógicamente la regulación del supuesto similar al del silencio del legislador contenido en una norma con rango de ley, siempre que, parafraseando a OTTO y PARDO, esto no altere la reserva misma. Habrá de determinarse de modo preciso la materia afectada por la reserva y qué ámbito, pues, de su tratamiento jurídico debe serlo por ley⁶⁸.

1.5. Sentencia del juez ordinario: Condiciones en las que debe pronunciarse frente al control de silencios legislativos

El fallo que dicta el juez ordinario no tiene por objeto establecer el derecho aplicable enjuiciando su validez (lo que a lo sumo constará en los fundamentos de la resolución judicial), sino resolver todos los puntos litigiosos que hayan sido alegados y debatidos por las partes en el proceso⁶⁹. Así pues, su fallo no consistirá en la declaración de una inconstitucionalidad por omisión, sino en la estimación o desestimación de las pretensiones de las partes, esto es, en el restablecimiento de una situación jurídica no contraria a la Constitución. Para poder hacer tal cosa debe decidir el derecho aplicable y, ahora sí, tendrá que controlar los silencios del legislador y decidir si de ellos deriva o no una norma implícita que regula la

⁶⁸ Podría decirse que allí donde a un mandato constitucional le acompaña una reserva de ley, el mandato constitucional es irremplazable, haciendo uso de la terminología empleada por Christian PESTALOZZA. Véase su artículo «Noch verfassungsmässige" und "bloss verfassungswidrige" Rechtslagen...», ob. cit., pág. 526 y ss. Consúltense también las obras de Friedrich JÜCHER, Die Verfassungsbeschwerde gegen Urteile..., ob. cit., pág. 40 y ss.; y de Leo SEUFERT, Die nicht erfüllten Gesetzgebungsgebote..., ob. cit., pág. 103 y ss. Nótese que el argumento expuesto en el texto, que erige a la reserva de ley en límite a la labor integradora del juez, nada tiene que ver con una supuesta falta de legitimidad democrática de las decisiones judiciales. La reserva de ley es un límite, no porque la decisión judicial no goce de legitimidad democrática y a resultas de esta deslegitimación la materia objeto de la decisión normativa sólo pueda regularse por la ley; sino porque la Constitución quiere que esa materia sea regulada como resultado del proceso de toma de decisiones del legislador, por ser el más democrático, y no como consecuencias de otros procesos de naturaleza diversa, como el judicial, que también gozan de legitimidad democrática, aunque de distinta calidad.

⁶⁹ Las partes alegan qué derecho estiman aplicable y qué inaplicable y por qué, en los fundamentos jurídicos de su pretensión, pero sin que vincule al juez, pues es él el único competente para establecer el derecho aplicable.

situación jurídica litigiosa, y de existir, si es o no contraria a la Constitución, de lo que dependerá su aplicabilidad.

Los actos de gobierno o de relevancia para la resolución de conflictos entre los particulares y el Estado son de particular interés, pues lo habitual será que los impugnados con motivo de un silencio legislativo sean actos administrativos. Si el juez considera inconstitucional el silencio del legislador de cuya norma implícita es ejecución el acto administrativo impugnado, podrá resolver el reconocimiento de la situación jurídica individual y adoptar las medidas adecuadas que vendrán limitadas por la presencia de la reserva de ley en la materia sobre la que recae el silencio.

El juez colombiano carece de competencias para adoptar medidas como las *Legislative Injunctions* norteamericanas o los Mandatos de *Injuncao* brasileños con el fin de solventar dichos silencios (ni siquiera posee instrumentos similares a las *Einstweilige Anordnungen* de los tribunales alemanes).

Las primeras son medidas de intervención que pueden ordenar los jueces norteamericanos para obligar a un poder público a dictar las normas requeridas para restablecer una situación conforme a un mandato constitucional, si el órgano judicial entiende que ésta es la única forma de lograr el fin perseguido por la Constitución, so pena incluso de sanciones a la autoridad rebelde (sanciones que pueden llegar a la privación de libertad por desacato). Ante la resistencia del poder público a ejecutar la orden judicial, el juez puede hacer efectivas las sanciones que acompañan a la desobediencia, e incluso adoptar las medidas oportunas para suplir la pasividad de ese poder público⁷⁰.

Las segundas, que resultan de los artículos 5, LXXI, 102,I,q) y II,a) y el 105,I,h) de la Constitución brasileña, consisten en las órdenes judiciales dirigidas a garantizar el ejercicio de un derecho fundamental cuando éste depende de una actividad normadora del poder público.

⁷⁰ Una vez más se remite a la obra de SCHAPIRO, *The Legislative Injunction...* Estas *Legislative Injunctions* encajan dentro de los poderes tradicionales de los jueces norteamericanos con el objeto de coaccionar a las autoridades para que procedan a la ejecución de ciertos actos. Puede parecer, además, una expresión del derecho a la norma, mencionado más arriba, pues la intervención judicial puede estar provocada por una reclamación individual para que las autoridades legislen cierta materia.

La generalización, e incluso corrección, del resultado de ese control concreto de las omisiones absolutas, para evitar que sea un control casuístico, se logrará mediante la doctrina jurisprudencial que al respecto sienten los tribunales superiores, trátese del tribunal supremo en el orden jurisdiccional competente, unificando doctrina sobre el sentido que debe dársele al silencio del legislador en ciertas materias; o bien de la doctrina que el juez constitucional competente establezca sobre el particular cuando conozca de las impugnaciones contra la resolución judicial que se haya topado con un silencio del legislador, por vulnerar un derecho fundamental, o directamente contra los actos u omisiones de los particulares o poderes públicos que los vulneren como consecuencia de una omisión absoluta.

Dado que el control jurisdiccional de los silencios del legislador únicamente puede solventarse en la fase de determinación del derecho aplicable en el proceso judicial ordinario que verse sobre la impugnación de un acto lesivo de una situación jurídica protegida por la Constitución, ni la posible casación del fallo de ese proceso ni su impugnación en sede constitucional podrán tener como su objeto exclusivo semejante control; además, esas sentencias no poseerán efectos *erga omnes*. Por este motivo, la generalización del resultado del control sobre el silencio se obtendrá mediante la vinculación general a la doctrina jurisprudencial que sienten unos y otros tribunales, en especial, la vinculación de los jueces y tribunales ordinarios a la doctrina emanada de las sentencias del juez constitucional, manifestada en los fundamentos jurídicos de su sentencia. El juez constitucional, por tanto, sólo controla indirectamente la omisión absoluta, o bien señalando su existencia en los fundamentos de su sentencia, si lo impugnado es la decisión judicial que no advirtió la omisión inconstitucional, o si lo impugnado son los actos mismos ya atacados ante el juez a quo, si éste los ampara no advirtiendo la omisión inconstitucional; o bien el control indirecto tiene lugar confirmando la existencia de una omisión absoluta, si las partes en el proceso han impugnado el fallo del juez ordinario, precisamente, porque éste apreció la presencia de esa omisión. Pero en ninguno de los dos el juez constitucional hará una declaración de inconstitucionalidad por omisión.

Respecto del control jurisdiccional del silencio de la ley y las omisiones relativas inconstitucionales, ya se ha hablado del deber del juez ordinario de elevar al juez constitucional la cuestión de inconstitucionalidad.

El fundamento de este planteamiento radica en la convicción de que la norma implícita derivada de la omisión de la ley no puede desligarse del enunciado de la ley del que trae causa. Como también se ha dicho, y no se va a insistir en ello, la inconstitucionalidad por omisión es un motivo de impugnación de la ley omisiva, cuya expulsión del ordenamiento, por este u otro motivo, sólo puede decidir el juez constitucional.

Cosa distinta es que, y a ello también se ha hecho mención, el juez ordinario esté obligado a hacer una interpretación conforme a la Constitución de esa ley con el fin de neutralizar su posible inconstitucionalidad, que en este caso consistiría en el rechazo de toda interpretación del silencio de la ley que genere situaciones jurídicas contrarias a la Constitución, intentando integrar la laguna creada optando por otras interpretaciones que, cuando menos, no le sean contrarias. Es aquí donde, desde luego, la interpretación extensiva de la ley es de suma utilidad.

Más discutible es el caso de la analógica, pues, como se ha dicho, es razonable que el elemento diferencial de los supuestos, el regulado expresamente por la ley y el supuestamente omitido por ella, justifique un régimen jurídico diverso. Si es así, sólo podrá constatarse una omisión inconstitucional relativa, si los actos de ejecución de esa ley, que han sido impugnados ante el juez ordinario por crear una situación jurídica contraria a la Constitución, son una ejecución necesaria de la misma, originada en su omisión. Si no es así, son estos actos, y no la ley, los únicos infractores de la Constitución. En cualquier caso, el juez ordinario debe apreciar ese elemento diferencial y ponderar si justifica un trato jurídico diverso de las situaciones supuestamente omitidas, de forma que lo planteado sea en realidad un silencio del legislador y no de la ley. Si ese elemento diferencial carece de significación jurídica para justificar un régimen jurídico propio (sin perjuicio de que el legislador posteriormente se lo imponga), e incluso si la norma

constitucional impone expresa o tácitamente un trato unitario de las situaciones, sería admisible la interpretación analógica con las cautelas ya advertidas⁷¹.

⁷¹ De nuevo se pone de manifiesto cómo la diferencia entre interpretación extensiva y analógica es una cuestión de grado. Debe repararse en el hecho de que si el juez razona en estos términos y no considera oportuno plantear la cuestión de inconstitucionalidad porque considera que cabe una interpretación conforme a la constitución de esa ley que salve su constitucionalidad, que bien puede ser la indicación de que al legislador es posible dar un trato diverso para el caso supuestamente silenciado por la ley, no hay lesión alguna de la tutela judicial efectiva. La tesis aquí planteada, que estima el uso de la cuestión de inconstitucionalidad en casos de silencio de la ley como la última de las opciones a las que debe acudir el juez ordinario, coincide con la expuesta por JIMÉNEZ CAMPO, en su ya citado *Analogía...*, Pág. 27 y ss.

2. COMPETENCIA CONSTITUCIONAL Y DECLARACIÓN JURISDICCIONAL DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

En todos los gobiernos tiránicos la suprema magistratura, o el derecho tanto de elaborar como de hacer cumplir las Leyes, descansa en un solo hombre, que es el mismo en ambos casos o en uno o igual organismo compuesto de hombres; y donde quiera aparecen unidos dichos dos poderes, no cabe la existencia de las libertades públicas.

Blackstone, Commentaries on the Laws of England (1.765)

Tal y como se ha insinuado páginas atrás, la principal nota distintiva, y de la que resultan las demás, entre la función jurisdiccional ejercida por el juez ordinario y el juez constitucional radica en el objeto de los procedimientos seguidos ante uno y otro, y, en consecuencia, el contenido que deben poseer los fallos resolutorios de dichos procedimientos. No obstante, dada aquella coincidencia en la función, ambos, juez ordinario y juez constitucional, comparten los mismos fundamentos y los mismos límites a su función jurisdiccional, por lo que mucho de lo dicho acerca del juez ordinario puede reiterarse ahora, cuando hablamos del juez constitucional.

No es, pues, la función, sino su objeto y modo de ejercicio lo que les distingue. Esta peculiaridad que singulariza el modo de ejercicio y el objeto de la función jurisdiccional de uno y otro, cobra vital importancia cuando se trata de realizar en sede del juez constitucional el control de los silencios legislativos. No debe perderse de vista que el juez ordinario no puede declarar en sus resoluciones la inconstitucionalidad por omisión de un silencio legislativo; entre otras razones, porque el objeto de los procedimientos en los que ejerce su función jurisdiccional no es el control de la constitucionalidad de la norma implícita en el silencio legislativo (aunque dicho control lo practique, en efecto, en el momento de selección del derecho aplicable). Salvo aquellos procedimientos como el de la tutela cuyo fin es la garantía de una posición jurídico-subjetiva

constitucionalmente reconocida, donde pueden coincidir una y otra jurisdicción, los restantes procedimientos seguidos ante el juez constitucional tienen por objeto el control de la validez constitucional de las normas jurídicas, habitualmente con rango de ley, de un ordenamiento dado, o la resolución de distintos conflictos competenciales entre poderes públicos. Es en estos procedimientos en los que podría darse una declaración de inconstitucionalidad por omisión, toda vez que sólo en ellos el fallo debe precisar si una norma, expresa o implícita, es inconstitucional por sus omisiones, bien con motivo del control abstracto o concreto de su constitucionalidad, bien con motivo de su alegación como norma atributiva de la competencia controvertida.

El hecho de que la justicia constitucional pueda resolver un caso de omisión inconstitucional no quiebra la naturaleza de este tipo de control jurídico, como tampoco lo hizo con el practicado por el juez ordinario. Sigue siendo un control de normas sobre normas. Y es justicia sobre normas porque en la inconstitucionalidad por omisión el controlador se pronuncia sobre una norma implícita, que regula una determinada materia, cuya existencia ha sido provocada por un silencio legislativo. No quiere decir esto, y de ello se hablará más adelante, que no sea posible una extralimitación en el ejercicio de sus funciones cuando un órgano de la justicia constitucional se las entienda con un silencio legislativo y pretenda desempeñar con tal motivo un papel que no le corresponde. Es en ese instante en el que debe operar el *self-restraint* o auto moderación del mencionado órgano. De no ser así, no es que el control jurídico-jurisdiccional se haya viciado y mutado en control político como consecuencia del control de un silencio legislativo, sino que el órgano de la justicia constitucional ha ejercido defectuosamente su función controladora.

Lo que sí sufre un cambio es el objeto del control y la sanción. El objeto habitual del control cambia porque, cuando menos, el motivo de impugnación de una ley, y, por tanto, de su posible inconstitucionalidad, puede estar en lo que calla (omisión), y no en lo que dice; aunque el objeto impugnado siga siendo un enunciado legal y no propiamente el silencio de una ley. Así pues, también debe controlarse la constitucionalidad de la norma implícita en ese silencio, sea de la ley (omisión relativa) o del legislador (omisión absoluta), y no sólo la de las

normas explícitas contenidas en la literalidad de un enunciado legal. Este cambio en el objeto de control, también provoca un cambio en la sanción resultante de su ejercicio, pues la declaración de inconstitucionalidad puede recaer sobre aquella norma implícita, y, no obstante, permanecer sin tacha de inconstitucionalidad el enunciado legal cuya omisión provocó la existencia de esa norma implícita.

Sin embargo, estas mutaciones no fundamentan una transformación cualitativa en el criterio que debe seguirse para ejecutar el control de constitucionalidad.

El control por el juez constitucional debe seguir siendo un control de no contradicción con la Constitución de la norma controlada, aunque ésta sea implícita, y no un control de conformidad o de adecuación constitucional del silencio legislativo. En un juicio sobre la contradicción con la Constitución, sin duda, el criterio más riguroso es el literal, pero eso impediría controlar la validez de la norma implícita. La literalidad es el límite último de la interpretación constitucional, pero no el único objeto posible del control, pues la contradicción sigue existiendo si es posible deducir una norma contraria a la Constitución de un enunciado no contrario a la Constitución en su literalidad.

Esta es la razón que fundamenta la oportunidad de las sentencias interpretativas, siempre que, en efecto, el enunciado no sea contrario a la Constitución, pese a provocar la existencia de una norma implícita, que sí lo es.

La sola indiferencia constitucional se mueve dentro del margen abierto por la Constitución al creador de normas. Si el control se realiza en esos términos, el sujeto controlador, en ese control de adecuación, necesariamente actuará decidiendo sobre la extensión de esa apertura, y, en igual medida, cerrando él mismo esa apertura. Esta quizá pueda ser una competencia asumida por el juez constitucional, soportable en la medida en que el sujeto controlador se limite a declarar la diferencia, pero intolerable si, además, establece qué es lo conforme.

Un juicio de conformidad introduce la voluntad del sujeto controlador en el juicio sobre la norma, pues debe decidir el grado de diferencia y si ésta hace merecedora a la norma disconforme de una declaración de inconstitucionalidad. El juicio de contradicción, por el contrario, reduce al mínimo la inevitable intervención de esa voluntad, pues advertida la contradicción hace necesaria la expulsión por

invalidez. De la misma manera que si hay una duda razonable sobre la existencia de tal contradicción, es conveniente la desestimación de la impugnación. Los límites a la ponderación judicial en la que se moverá el juicio son mucho más estrictos y rigurosos en un juicio de *no contradicción* que en uno de conformidad (por ello, también, es mayor el grado de su razonabilidad jurídica), porque no se trata de un juicio de óptimos, sino de mínimos. Un juicio de conformidad es un juicio sobre ejecución constitucional, su eficacia y oportunidad, mientras que el de *no contradicción* es un juicio sobre la validez de las normas, respetuoso con la apertura constitucional y la distribución de las competencias para su cierre hecha por la Constitución.

A partir de estas premisas debe construirse el control de las omisiones inconstitucionales por el juez constitucional.

2.1. CONTROLES Y SANCIONES DEL JUEZ CONSTITUCIONAL EN LAS OMISIONES INCONSTITUCIONALES ABSOLUTAS

A esta altura de la investigación resulta evidente que en el control concreto y difuso de la constitucionalidad de la norma implícita derivada de un silencio del legislador, el juez ordinario sólo puede indicar que hay una omisión absoluta inconstitucional para fundar la inaplicación al caso concreto de la norma implícita en dicho silencio. Pero no le compete realizar una declaración de inconstitucionalidad por omisión. El resultado de este control concreto y difuso del silencio del legislador, control que realiza en la selección del derecho aplicable, el juez podrá concluir la invalidez de los actos lesivos de posiciones jurídicas constitucionalmente garantizadas que pretendan cobijarse en él, lo que declarará en su fallo. Será el juez constitucional el que podrá unificar la interpretación dada por los jueces ordinarios a la interpretación del silencio del legislador con la doctrina que vaya sentando en sus pronunciamientos sobre las impugnaciones habidas o bien contra la resolución judicial del proceso en el que el juez *a quo* hizo tal interpretación, o bien directamente contra los actos lesivos de la posición jurídica.

Sin embargo, a este diseño del control de los silencios del legislador podría objetársele, de un lado, la impunidad que en último término rodea al silencio del legislador, pues, pese a ser él quien infringe la Constitución al generar la norma implícita, son otros, aquellos que la aplican y, además, lo hacen por necesidad, los que sufren la sanción derivada de esa infracción.

Por otro lado, no es un problema menor la dispersión y variedad posible de pronunciamientos judiciales ordinarios sobre semejante control, con grave menoscabo para la seguridad jurídica. Si la unificación de criterios se atribuye al juez constitucional, puede convertir a este último en un juez de casación o revisión, lo que parece de todo punto no aconsejable en los sistemas en los que se separan orgánicamente las jurisdicciones revisoras de la constitucional.

Sin olvidar los riesgos de una abusiva, y en ocasiones forzada, aplicación directa de la Constitución por los jueces ordinarios y la Administración Pública con el fin meritorio de debilitar las hipotéticas consecuencias contrarias a la Constitución del silencio del legislador, incluso llegando a suplantar a este último.

Con el fin de solventar semejantes objeciones cabría proponer un control abstracto y concentrado de los silencios del legislador, cuya finalidad sea la de atribuir en exclusiva al juez constitucional la competencia de declarar la inconstitucionalidad por omisión del silencio del legislador. Con tal procedimiento aparentemente se sanciona directamente al legislador por sus inactividades, y se podría unificar la doctrina sobre el particular, dotando al sistema de una buena dosis de seguridad jurídica. No parece existir a primera vista razón alguna que niegue tajantemente toda posibilidad de articular un sistema semejante de control de los silencios del legislador; aunque si hay buenas razones, unas de naturaleza teórica y otras de naturaleza práctica, que, sobre todo, impiden alguna de las formulaciones concretas de ese sistema de control abstracto y concentrado, desaconsejando su adopción, máxime en un momento en el que incluso se duda de la utilidad y fundamento del control abstracto, concentrado y represivo de las normas con rango de ley.

2.1.1. Réplicas a los controles de los silencios del legislador cuando son omisiones absolutas (control directo, abstracto y concentrado)

Semejante procedimiento de control directo, abstracto y concentrado de los silencios del legislador suele articularse de forma similar al de una oposición directa contra leyes, en punto a la legitimación, procedimiento y efectos de sus pronunciamientos⁷². Pero esta posibilidad misma no hace sino sumar a las que generan de suyo el control abstracto de los silencios del legislador las dudas que ya pesan sobre el fundamento mismo del recurso directo contra leyes.

Si el control se realiza sobre el silencio del legislador sin considerar sus consecuencias concretas y reales, es difícil imaginar un modelo que no acabe por desvirtuar el control jurisdiccional del juez constitucional, convirtiéndolo en un juicio de oportunidad sobre la inactividad legislativa; en fin, convirtiéndolo en un control político sobre el legislador. Sin pasar por alto las dificultades prácticas que entraña en sí misma la impugnación del simple silencio del legislador, al menos en

⁷² Este es el caso portugués y el brasileño. El artículo 283 de la Constitución portuguesa establece que a requerimiento del Presidente de la República, del Proveedor de Justicia y de los presidentes de las asambleas legislativas, el Tribunal Constitucional apreciará y verificará el incumplimiento de la Constitución por la omisión de las medidas legislativas necesarias para ejecutar sus normas. Si así es, el Tribunal pondrá en conocimiento del órgano legislativo competente la existencia de la inconstitucionalidad por omisión. La Ley 28/82, de 15 de noviembre, de Organización Funcionamiento y Procedimientos del Tribunal Constitucional portugués desarrolla el precepto constitucional en su sección IV, artículos 67 y ss. Remiten estos preceptos al procedimiento de «fiscalización sucesiva» (recurso directo contra normas), salvo en lo relativo a los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, pues posee los suyos propios (que más adelante se reseñan). Para los detalles de este procedimiento consúltese la obra colectiva BON/CASALTA/LOBO y otros. *La Justice Constitutionnelle au Portugal, Économica*, París. 1989, en particular las págs. 148 y ss. El caso brasileño prevé un control concreto y difuso, los ya mencionados *mandados de injuncao* (el art. 5, LXXI, establece su existencia para el caso de que las lagunas normativas impidan el ejercicio de un derecho fundamental; el art. 102.1,q). atribuye la competencia para dictarlos al Tribunal Supremo Federal en el caso de lagunas legislativas, o en caso de su denegación por los Tribunales Superiores. 2. a: y a estos Tribunales Superiores de Justicia en los casos de lagunas reglamentarias o legislativas de los Estados federados, art. 105. I H); y otro abstracto y concentrado (art. 103. § 2). por un procedimiento similar al de control de constitucionalidad de la ley. incluidos los sujetos legitimados: el Presidente de la República, las Mesas del Senado federal y de la Cámara de Diputados, la Mesa de una asamblea legislativa de un Estado federado o su Gobernador, el procurador General de la República, el Consejo federal de la Orden de los Abogados del Brasil, un partido político con representación en el Congreso nacional, una confederación sindical o entidad de clase de ámbito nacional (art. 103 del I al IX). Este último es propiamente el supuesto de inconstitucionalidad por omisión, distinguiéndose del *mandato de injuncao*, a juicio de FERREIRA. en que aquél es un recurso abstracto contra la inactividad de ciertos órganos del Estado para tomar medidas que den efectividad a una norma constitucional; mientras que los segundos son pretensiones ejercidas ante el juez competente con el objeto de lograr la ejecución directa de ciertas normas constitucionales ante la inactividad de los poderes públicos cuando su mediación legislativa es imprescindible para el ejercicio de derechos recogidos en la norma constitucional, o cuando son destinatarios de mandatos expresos y concluyentes de regulación de ciertas materias.

lo tocante a la determinación de la lesión de la Constitución que ocasiona su inconstitucionalidad.

El juez constitucional se vería obligado la mayoría de las veces a hacer un juicio de intenciones sobre la conformidad constitucional del silencio, a falta de referencia al caso concreto, pues dicho control sólo podrá realizarse a la vista de las posibles consecuencias contrarias a la Constitución de la quiescencia legislativa.

En absoluto son superficiales las incógnitas que se cuelan sobre la especificación de quiénes estarían legitimados para interponer un recurso de semejantes características. Si en efecto están legitimados los mismos que pueden interponerlo en el recurso directo contra leyes, no se habrá hecho sino crear una nueva forma de continuar la controversia política trasladándola al juez constitucional⁷³. Una controversia de mayor complejidad, si cabe, que la generada al hilo de una ley de cuya constitucionalidad se duda, pues falta un referente objetivo sobre el que discutir: el enunciado legal.

Otro tanto de lo mismo puede decirse si se pretende legitimar al individuo para recurrir contra un silencio del legislador en dicha vía. Este sería el último jadeo del tantas veces criticado en este trabajo derecho a la norma. Su fundamento en este caso, que no puede ser la pretensión de que el juez constitucional imponga al legislador un texto normativo determinado⁷⁴, sólo podría consistir en el reconocimiento de un silencio que vulnera una posición jurídico-subjetiva o el reconocimiento de una especie de acción popular contra los silencios del legislador. En ninguno de los dos casos se acierta a entender qué ventajas obtiene el individuo con una declaración de inconstitucionalidad por omisión desconectada del caso concreto, o qué virtudes democráticas avalan semejante

⁷³ Este aspecto político, que en definitiva es el único que fundamenta la existencia de los recursos directos contra la ley, y que constituye también su principal objeción, lo han puesto de manifiesto Javier JIMÉNEZ CAMPO, en el citado artículo «Consideraciones sobre el control de constitucionalidad...», pág. 84 y ss. («tengo pocas dudas de que su razón de ser o su función propia y específica está, más allá de en la obvia garantía de la Constitución y sin paradoja alguna, en la *preservación de la legitimidad (política) de la ley*» —la cursiva es de JIMÉNEZ CAMPO—). Así también es RUBIO LLÓRENTE en las págs. 585 y 586 del ya citado libro *La forma del Poder*. Ya de las palabras de JIMÉNEZ CAMPO puede colegirse lo discutible incluso del carácter concentrado del control abstracto de los silencios del legislador. La concentración del control de constitucionalidad se funda en la meta de reforzar la posición de la ley y su creador en el ordenamiento jurídico, y el silencio del legislador carece del rango y fuerza de esa forma jurídica que justifique tal fuero especial.

⁷⁴ Sin perjuicio de que se le reconozca al juez constitucional la potestad de dictar medidas provisionales, como se tendrá ocasión de mencionar más adelante.

acción popular, si a esa declaración no se prevén otras consecuencias. No sólo no se satisfacen las incógnitas ya planteadas, sino que se suman otras tantas⁷⁵.

En el hipotético caso de que fuera deducible del silencio de manera evidente la norma implícita contraria a la Constitución, o se intentara su control induciéndola de un caso concreto (una especie de cuestión de inconstitucionalidad sobre los silencios del legislador), cierto es que el control recaería sobre esa norma implícita, que puede declararse inconstitucional.

Pero, en realidad, el juez constitucional se estaría pronunciando sobre una de entre las muy diversas y posibles interpretaciones del silencio, expulsando aquella que cree contraria a la Constitución. Su fallo consistiría en una declaración de inconstitucionalidad por omisión de la norma derivable del silencio del legislador, cuyo efecto inmediato, además de una sutil y velada orientación al legislador sobre el contenido de su futura ley, sería la vinculación de los jueces ordinarios y la Administración Pública a la doctrina y fallo del pronunciamiento del juez constitucional en ese proceso.

La responsabilidad de un efectivo control del silencio del legislador recae una vez más sobre los jueces ordinarios, pues serán éstos quienes deberán proyectar sobre el caso concreto el efecto invalidante de aquella declaración de inconstitucionalidad y corregir las posibles desviaciones en su observancia por la Administración. El juez ordinario es quien da plena eficacia a la declaración de inconstitucionalidad por omisión que sobre dicho silencio haya pronunciado el juez constitucional, y éste, a su vez, podría corregir la opinión de los jueces ordinarios sobre el particular mediante su doctrina jurisprudencial sentada en la resolución de las impugnaciones habidas contra las decisiones de estos últimos o en los supuestos en los que el litigio gire en torno a la interpretación que deba darse a un silencio legislativo dado.

Al final, se acaba por reconducir el control efectivo del silencio legislativo a su sede adecuada, la del juez ordinario, con lo que no se solventan las dudas que este

⁷⁵ Véase una defensa de esas virtudes democráticas en GOMES CANOTILHO, *Costitucao dirigente...*, ob. cit., pág. 347 y ss., donde parece defender este modelo como instrumento de democracia directa. Pero en *Direito Constitucional...*, ob. cit., se resigna a la falta de resultados efectivos de semejante instrumento, págs. 1092 y 1093

sistema difuso y concreto hipotéticamente planteaba, y que este sistema concentrado y abstracto pretendía disipar; sólo se soslayan para abordarlos en el momento de precisar la eficacia de los pronunciamientos del juez constitucional sobre el particular⁷⁶.

2.1.2. Responsabilidad del órgano legislador ante la inconstitucionalidad de su inactividad (silencio legislativo)

Así pues, la razón que puede aconsejar la instauración de un control directo, abstracto y concentrado de la constitucionalidad del silencio del legislador quizá deba buscarse en la eficacia de las declaraciones de inconstitucionalidad por omisión. Obviamente, no se trata sólo de que se declare en el fallo del juez constitucional tal especie de inconstitucionalidad, pues se estaría en el caso descrito hasta el momento. Si una de las objeciones al control indirecto, concreto y difuso de los silencios del legislador (el practicado por los jueces ordinarios) era que, en realidad, no se sancionaba al responsable del silencio, al legislador, sino a quien, precisamente, el silencio del legislador no dejaba otra alternativa que aplicar la norma implícita en él, parece razonable pensar que el remedio a

⁷⁶ Además, dado el trasfondo interpretativo que se solventa en ese modelo concentrado y abstracto, parece casi inevitable que se encadene al mismo un efecto de *doble pronunciamiento*, que trae a la mente la polémica suscitada en Italia entre la Corte Constitucional y los jueces *a quo*, conocida como el conflicto de las *doppie promince*. El juez constitucional pronunciaría una sentencia que resuelve la impugnación del silencio legislativo, que tanto puede ser desestimatoria como estimatoria. Podrá ser desestimatoria indicando que del silencio no cabe deducir norma implícita lesiva de la Constitución o, pese a ser posible esa deducción, señalando que tal consecuencia puede evitarse dándole al silencio una interpretación distinta (deduciendo otra norma implícita) o interpretándolo de la manera que señala el propio juez constitucional. Pero también puede ser estimatoria sin más. El juez emitirá un segundo pronunciamiento una vez lleguen a él las impugnaciones de las resoluciones de los jueces ordinarios que apliquen la doctrina sentada por el juez constitucional sobre el silencio del legislador al caso concreto del que conocen, sobre todo si su fallo inicial fue desestimatorio, dejando al albur de los jueces ordinarios determinar la norma implícita deducible, o, si indica la interpretación correcta a su juicio, y difiere de ella la hecha por los jueces ordinarios, sin ser la que deducía la norma implícita que generó la primera impugnación en abstracto del silencio. En cualquier caso, como en el supuesto italiano mencionado, aflorarán, y probablemente de forma harto polémica, las distintas y posibles interpretaciones del silencio legislativo y de la doctrina sentada por el juez constitucional sobre el mismo, dando lugar a más de un conflicto con la jurisdicción ordinaria. Sobre la mencionada polémica italiana véase el trabajo de Alessandro PIZZORUSSO, «Dalle "doppie pronunce" alle decisioni "overruling" », *Giurisprudenza Costituzionale*, 1.1, 1971, pág. 527 y ss., y el de MONTELLA, pág. 62 y ss. de su libro *Tipología delle sentenze della Corte costituzionale*, Maggiolo Editore, Rimini, 1992.

semejante despropósito no podría ser otro que aparejar a la sanción de la omisión inconstitucional la responsabilidad del legislador que la ha provocado.

Un planteamiento del que cabría deducir la idoneidad del control directo, abstracto y concentrado de los silencios legislativos para exigir responsabilidades al legislador en caso de la declaración de inconstitucionalidad de sus omisiones absolutas; responsabilidad que puede ser jurídica o política.

La responsabilidad jurídica del legislador por sus silencios puede consistir en la conversión de la declaración de inconstitucionalidad por omisión en una ilegítima iniciativa legislativa que impondría al legislador el inicio de un procedimiento legislativo destinado a subsanar el silencio. Esta es, probablemente, la única especie posible de responsabilidad jurídica del legislador, junto con la patrimonial, pues la usual inviolabilidad que acompaña al órgano, para asegurar su posición jurídica y la eficiencia de su funcionamiento, difícilmente le puede hacer acreedor de otra responsabilidad sin distorsionar de manera intolerable el principio democrático⁷⁷.

Si se desea que el juez constitucional siga siendo, no obstante, un órgano jurisdiccional y no político, y el control y la sanción derivada del mismo, en este caso la responsabilidad del legislador, sigan siendo jurídica, debe rechazarse de plano la posibilidad de que el juez constitucional pudiera acompañar a su iniciativa un texto legislativo; aunque, desde una perspectiva real y práctica, seguramente sería inevitable la incorporación de recomendaciones al texto de la sentencia, e incluso en el fallo. En cierto modo la declaración de inconstitucionalidad de la omisión ya lo es.

Sin embargo, esta posibilidad no deja de ser artificial, y teñida de un fin más bien político o social, deslegitimadora del legislador inactivo, pero inútil jurídicamente.

⁷⁷ Ya se mencionó en otro lugar que el incumplimiento de las *Legislative Injunctions* por las autoridades municipales, e incluso federales, podían ser sancionadas con multas o privaciones de libertad (habitualmente por desacato al tribunal). Esto es comprensible si se tiene en cuenta que se trata de sancionar la rebeldía de un funcionario sometido a un deber inexcusable de obediencia a las sentencias judiciales, pero no de un político, representante de la colectividad e investido del estatuto derivado de su elección democrática. El miembro del legislativo lo es de un órgano del Estado. El único responsable jurídicamente sólo puede ser el órgano, a quien se le imputa el silencio, pero no los miembros del cuerpo legislativo considerados individualmente. Es cierto, no obstante, que tal como se articula la jurisdicción de la S.Ct.US. sustentada en especial sobre el *Writ of Certiorari*, es extremadamente difícil un control sobre el silencio del legislador o de la ley federal y el empleo de las *Injunctions* con tal motivo. La práctica ha puesto de manifiesto que la ubicación idónea de tales medidas es la jurisdicción estatal, y no la federal.

Sin una efectiva compulsión sobre el legislativo, que desde luego resultaría una grave quiebra del principio democrático, no hay forma de asegurar que la mencionada iniciativa llegue a buen término, aun cuando pudiera ejecutarse y el juez constitucional adoptara, haciendo uso de sus competencias para asegurar la ejecución de sus fallos, las medidas necesarias para que se materializase en el impulso de un procedimiento legislativo. Lo mismo debe decirse de la imposición de cualquier sanción a la frustración del procedimiento legislativo iniciado de esta forma. No se olvide tampoco que el legislador no está sometido a plazo, y la decisión sobre cuándo legislar es suya, salvo disposición en contrario de la Constitución (Según los legisladores colombianos “Principio de creación legal programática”).

No debe pasarse por alto que la función del juez constitucional, si se desea que este órgano siga respondiendo a las cualidades propias de su condición, no es la de suplantar la voluntad del legislador cuando desobedece a la Constitución (como tampoco sustituye la ley declarada inconstitucional por otra ley u ordena que así sea) en aquello donde el legislador es el único competente en virtud de lo que la propia Constitución dispone. Su función es la de preservar la voluntad del Constituyente expresada normativamente en la Constitución y expulsar del ordenamiento aquella norma que no puede valer por contradecirla, pero no la de compeler de forma alguna la voluntad de los ciudadanos disponiendo de la libre formación de la voluntad de sus representantes⁷⁸. Es el voto, y no la sentencia, la única sanción efectiva sobre el legislador⁷⁹.

⁷⁸ Sobre la función del juez constitucional, la forma de gobierno y la división de poderes, la literatura y las opiniones son ya incommensurables. No obstante, sigue siendo de cita obligada el libro que reúne numerosas aportaciones de distintos autores editado por Peter HABERLE. *Verfassungsgerichtsbarkeit*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1976. Entre las aportaciones españolas o referidas al caso español deben citarse las de Javier PÉREZ ROYO, *Tribunal Constitucional y División de Poderes*, ob. cit. y a Giancarlo ROLLA, *Indirizzo político e Tribunale Costituzionale in Spagna*, Jovene, Napoli, 1986.

⁷⁹ No se comparte la tesis de SCHAPIRO según la cual las *Legislative Injunctions* pueden justificarse también desde el principio democrático. Tanto el legislador como el juez constitucional u ordinario representan la voluntad del Soberano, sostiene SCHAPIRO (idea que no se comparte como ya se ha dicho en el Capítulo II). El primero de forma ordinaria, y el segundo de manera extraordinaria, protegiendo a las minorías o corrigiendo la acción de la representación mayoritaria, que en ocasiones puede no coincidir con la voluntad mayoritaria de los ciudadanos; e incluso corregir una y otra voluntad si son contrarias a la del Constituyente. En otras palabras, el juez, sobre manera el constitucional, es un superárbitro del debate político. Sin discutir aquí, pues no es el lugar, lo dudoso de dichas afirmaciones (esa idea de la mayoría como una realidad previa y persistente al debate político en el seno del legislativo), es de todo punto evidente que ninguna de esas razones permiten al juez, constitucional u ordinario, en tanto poderes públicos, actuar más allá de las competencias que el propio Constituyente les ha conferido. La legitimidad democrática del juez constitucional u ordinario radica precisamente en el escrupuloso ejercicio de sus

Desde otro punto de vista, la prematura frustración del fin perseguido con un fallo que, resolviendo un control de constitucionalidad del silencio del legislador, pretende ser la causa de la apertura de un procedimiento legislativo (que se cumpla la Constitución promulgando una ley), puede que ponga de manifiesto ese déficit democrático que denuncia el autor GOMES CANOTILHO.

Pero quizá ese déficit es el precio justo a pagar por la única forma efectiva de democracia, hasta el momento conocida, la democracia representativa. Sin duda es meritorio el intento de acercar esta forma de democracia a la de identidad a través de instrumentos que ponen en manos del individuo un cierto poder de *dirección política*. Sin embargo, no parece que la sentencia declarativa de la inconstitucionalidad de una omisión absoluta sea la forma adecuada para activar la función legislativa, sin pasar por alto que la posición democrática del legislador no proviene sólo de su elección, sino también de las reglas de su funcionamiento, del método seguido en su seno para adoptar sus decisiones normativas con rango de ley. Cualquiera de los instrumentos aquí insinuados se compadece poco o nada con la libertad que debe regir el debate político, la necesaria discusión pública y plural, con el equilibrio entre las diversas opciones políticas en el seno del cuerpo legislativo, que dan credibilidad democrática al proceso legislativo. En último término, tampoco nada asegura que la norma con rango de ley promulgada como consecuencia de una declaración de inconstitucionalidad por omisión absoluta sea la solución adecuada, y no constituya fuente de mayores y más complejos problemas (por ejemplo, ella misma sufre de omisiones).

Cabría la posibilidad de que el juez constitucional dictase medidas provisionales que integren la omisión inconstitucional en tanto el legislador no promulgue la oportuna ley. Hay, en efecto, sistemas de jurisdicción constitucional que confieren a sus jueces esta facultad. Sin duda, el juez constitucional se excede en sus funciones jurisdiccionales, y suplanta al legislador, siquiera temporalmente. Ahora bien, justamente la provisionalidad de estas medidas, que no dejan de ser normas de urgencia, hace tolerable su adopción, que puede ser un eficaz estímulo para la actividad del legislador. Únicamente en las materias reservadas a la ley,

funciones dentro de los límites trazados por la Constitución y la ley. Véase su trabajo ya citado «The Legislative Injunction...», pág. 245, nota 84 en particular.

semejante solución plantea serias dudas desde la perspectiva del principio democrático que, fundamenta la existencia de dichas reservas.

Esa técnica es seguida frecuentemente de aquellas otras derivadas de un hipotético principio de subsidiariedad, que consiste en la indicación del juez constitucional a los jueces ordinarios de que den aplicación directa al precepto constitucional violado por el silencio del legislador o integren la laguna con los instrumentos jurídicos a su alcance, si aquél no subsana la omisión inconstitucional en un tiempo razonable. Técnica que también puede darse en el caso del control de omisiones inconstitucionales relativas. No obstante, esa indicación del juez constitucional carece de otro valor que el de mero recordatorio, pues la eficacia directa de la Constitución se le impone al juez ordinario, dada la supremacía de la norma constitucional, y la extensión de su aplicabilidad depende de la específica norma constitucional infringida por el silencio del legislador.

Además, la eficacia directa de la norma constitucional, allá donde es posible, no puede someterse a un plazo o término temporal alguno, y menos aún si quien lo impone es el juez constitucional. Tampoco el juez constitucional puede dotar de eficacia directa a una norma constitucional si ésta no la posee, y, por consiguiente, de ninguna manera puede sugerir al juez ordinario que lo haga. Si se trata de que el juez constitucional o el ordinario integren por sí mismos la laguna.

Por último, pero no menos importante, cabría arbitrar una responsabilidad patrimonial del legislador por los daños que su silencio ocasionó a un tercero. Esta responsabilidad indemnizatoria sólo puede resultar a la vista de los casos concretos en los que el daño pueda probarse, cuya indemnización en realidad correspondería fijar a los jueces ordinarios, pues son ellos los que deben resolver el caso. No se trata de una solución disparatada, pues sin duda es posible que una omisión absoluta pueda generar daños cuantificables al individuo que ha visto menoscabada su posición jurídica constitucionalmente garantizada⁸⁰. No

⁸⁰ En efecto, el juez ordinario puede declarar la responsabilidad patrimonial del legislador si su silencio ha causado algún daño o perjuicio en el individuo recurrente, y fijará la cuantía de la indemnización (también, si a results de un control directo, abstracto y concentrado de los silencios del legislador se declara la inconstitucionalidad de la omisión absoluta y la responsabilidad patrimonial del legislador por ello).

obstante, para llegar hasta aquí no es necesario construir un proceso de control abstracto y concentrado de los silencios del legislador, pues basta con el control del juez ordinario.

Si discutible es la imposición de responsabilidades jurídicas al legislador por sus silencios desde el punto de vista del principio democrático, no lo es en menor medida la instauración de responsabilidades políticas. Ahora, no es competencia de un órgano jurisdiccional realizar controles políticos, si como tal órgano jurisdiccional pretende ser reconocido.

Su existencia se funda en el ejercicio de un control jurídico, en este caso de la actividad del legislador, por tanto, de las consecuencias normativas de su conducta. En el caso de que el juez constitucional pudiera ejercer un control político y exigir responsabilidades políticas al legislador por sus silencios, se habría transformado el juez constitucional en un órgano y con un procedimiento de naturaleza y funciones diversas a las jurisdiccionales. De ser así, es posible que se resuelvan las incógnitas suscitadas al hilo de la atribución de semejante función de control de los silencios legislativos al juez constitucional, transformándolo en un órgano distinto, o al menos con funciones distintas cuando ejerce tal control, aunque conserve la misma denominación de juez constitucional. Su composición, funcionamiento, competencias y estatuto deberían adecuarse a esta nueva tarea para que, en efecto, desaparezcan aquellas incógnitas; y no parecen excesivas las dificultades que el principio democrático y la división de poderes introducen en semejante trabajo.

Por todas estas razones, es lógico que aquellos sistemas constitucionales que han ideado un procedimiento de control abstracto de los silencios del legislador y prevén una declaración de inconstitucionalidad por omisión de los mismos, no acompañen a esa declaración nada más que el preceptivo traslado al legislador de semejante declaración con el objeto de que adopte las medidas oportunas para subsanar la omisión inconstitucional. Desde luego, estas sentencias del juez constitucional alcanzarán una indudable resonancia política y social, situando al juez constitucional en un terreno aledaño al de los controles políticos sobre el

legislativo (unos controles políticos, por cierto, de peculiar factura). Más dudosas son sus consecuencias jurídicas.

La sede que se presenta como la más adecuada y práctica para realizar el control de una omisión inconstitucional absoluta es la del juez ordinario, y con motivo de los actos de ejecución de la norma implícita derivada del silencio del legislador que lesionan una posición jurídica constitucionalmente garantizada. En el caso colombiano es, además, la única forma posible al no existir un recurso directo contra silencios del legislador, ni posibilitar tal impugnación el recurso de inconstitucionalidad establecido en la Constitución Colombiana. El juez ordinario invalidará por inconstitucional esa norma implícita emanada del silencio y con ella caerá el acto ejecutivo que lesiona de forma inmediata y efectiva la posición subjetiva constitucionalmente amparada (incluso podrá resolver el pago de una indemnización en favor del individuo perjudicado por el silencio).

Así pues, de una omisión absoluta sólo cabe hacer cabalmente un control concreto y difuso de su constitucionalidad, a través de los procedimientos de la jurisdicción ordinaria, que no permiten una declaración de inconstitucionalidad por omisión.

La existencia de procedimientos ante el juez constitucional destinados a la protección de derechos individuales constitucionalmente garantizados, como la acción de tutela del sistema colombiano o la queja constitucional (Verfassungsbeschwerde) alemana, permiten que aquél conozca de misiones inconstitucionales absolutas, directa o indirectamente, según el caso⁸¹. La tutela es, además, un procedimiento adecuado para restablecer la constitucionalidad de situaciones que el silencio del legislador ha permitido alterar en contra de la Constitución como consecuencia de la acción de la Administración o de los jueces ordinarios, corrigiendo con los fallos sobre tales tutelas la posición adoptada por éstos. No obstante, al menos en el caso colombiano, el objeto de la impugnación en la tutela, y el contenido del fallo, son los actos administrativos ejecutivos de la

⁸¹ El modelo español lo permite indirectamente al hilo de la impugnación de los actos recurribles en amparo (arts. 42, 43 y 44 LOTC). Por el contrario, el alemán sí admite la queja constitucional directa contra omisiones del legislador. Sobre esto véase recientemente Wolf-Rüdiger SCHENKE, *Rechtsschutz gegen das Unterlassen*, ob. cit.; Steffen DETTERBECK, «Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG auch bei normative Unterlassen?», *Die Öffentliche Verwaltung*, Hf. 20, 1990, pág. 858 y ss.; Markus van den HOVEL, *Zulässigkeits- und Zulassungsprobleme der Verfassungsbeschwerde...*, ob. cit.

norma implícita emanada del silencio del legislador o la sentencia del juez ordinario, siempre que con ello se lesione un derecho fundamental.

3. LA MANIFESTACIÓN JURISDICCIONAL DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN EN EL CONTROL DE OMISIONES INCONSTITUCIONALES RELATIVAS

Poder y Derecho en sus formas puras son polos opuestos. El primero representa la idea de una potencia arbitraria, no restringida por ninguna regla de conducta. El segundo representa la idea de un sistema social en el que el poder está limitado por un máximo de frenos y contrapesos eficaces. Entre esos dos polos hay muchas formas intermedias. Representan transiciones del poder al derecho.

Edgar Bodenheimer, Teoría del Derecho.

El único procedimiento ante el juez constitucional apto cabalmente para concluir con una declaración de inconstitucionalidad por omisión es el destinado a depurar el ordenamiento jurídico de normas con rango de ley que son contrarias a la Constitución como consecuencia de sus silencios.

El silencio de la ley puede ser motivo suficiente para impugnar su validez ante el juez constitucional, bien mediante un recurso directo o bien a través de procedimientos incidentales.

La ley puede contrariar la Constitución no por lo que su enunciado establece expresamente (norma explícita), sino por lo que no dice y debiera decir, por la norma implícita que deriva de la omisión del enunciado legal y que crea una situación contraria a la Constitución.

No comparto la tesis que habla según la cual optar por una inconstitucionalidad por comisión o una por omisión es cuestión de perspectiva, pues la impugnación es sólo una, siendo lo grave, según esta tesis, que a una cuestión de perspectiva como ésta se dispongan consecuencias distintas (inconstitucionalidad por comisión[nulidad], inconstitucionalidad por omisión [mera inconstitucionalidad]), lo que da un enorme poder a quien puede elegir la perspectiva desde la que enfocar y resolver el juicio de constitucionalidad (si es

por comisión a la inconstitucionalidad le acompañará siempre la nulidad del enunciado legal impugnado, mientras que si es por omisión, la inconstitucionalidad puede declararse sin necesidad de anular el precepto omisivo). El juez constitucional, en esto coincidimos, asumiría, desde luego, enormes poderes de disposición sobre la ley si, en efecto, pudiera realizar esa elección de perspectiva. Sin embargo, no es del todo exacto ver la inconstitucionalidad por comisión o por omisión como una cuestión de perspectiva, pues, evidentemente, en ambos casos se trata de la inobservancia (omisiva o no) de las prescripciones contenidas en la Constitución. Pero esto en sí mismo no es un motivo impugnatorio, es el presupuesto del control del juez constitucional: que lo vulnerado sea la Constitución; y también el presupuesto de la estimación de la impugnación: que en realidad se haya vulnerado la Constitución. Si se trata de identificar precisamente el motivo impugnatorio, no es lo mismo afirmar que se infringe la Constitución por comisión o por omisión, cuando menos y precisamente porque, según el caso, así serán las consecuencias de la declaración de inconstitucionalidad.

Precisar que la contradicción con la Constitución es por lo que dice o por lo que justamente omite, no es una simple cuestión de perspectiva.

Cuando sentencias de la Corte Constitucional como las sentencias C- 543 de 1996, la sentencia C - 073 de 1996 y C-540 de 1997 entre otras afirman la no existencia en el ordenamiento colombiano de preexistencias de pronunciamientos de inconstitucionalidad por omisión, se plantea la cuestión en sus justos términos, pues no es que el ordenamiento jurídico colombiano, como tantos otros, desconozca o imposibilite la impugnación de una ley por sus silencios, esto es, la declaración de inconstitucionalidad por una omisión relativa, al carecer de una fórmula de resolución específica para este supuesto; ni tampoco que la falta de la mencionada previsión pruebe que se trata de una simple cuestión de perspectiva que la inconstitucionalidad y la posible nulidad de una ley se deduzca de lo que dice o de lo que no dice, poniéndose de manifiesto con ello la gravedad de la competencia asumida por la Corte Constitucional si puede elegir entre una u otra perspectiva. Se trata más bien de que esa declaración sólo pueda revestirse con la fórmula prevista para las inconstitucionalidades por comisión. Sin embargo, las

cualidades de la omisión relativa inconstitucional aconsejan un tratamiento diferenciado, dado que lo impugnado es el enunciado legal, y el motivo de impugnación es esa omisión de la que cabe deducir una norma implícita contraria a la Constitución.

La declaración de inconstitucionalidad por omisión debe prever la nulidad del enunciado legal que la soporta siempre que a la permanencia de éste en el ordenamiento se le encadene necesariamente la aplicación de la norma implícita inconstitucional; Sin perjuicio de la utilidad práctica que en ocasiones surta una declaración de mera inconstitucionalidad sin aparejar la nulidad del precepto (sobre todo en aquellos casos en los que la labor integradora de la omisión de la ley, a la que se ven abocados los jueces ordinarios con una sentencia semejante del juez constitucional, es especialmente penosa y delicada). Si no es así, tal vez la solución más apropiada sea la de salvar la constitucionalidad del enunciado, pero advirtiendo que del mismo no puede derivarse dicha norma implícita, que sí es contraria a la Constitución. En todo caso, resulta claro que toda sentencia declarativa de una inconstitucionalidad por omisión será, de un modo u otro, una sentencia interpretativa.

Antes de responder la pregunta de cómo controla este fenómeno (la técnica adecuada para declarar la inconstitucionalidad por omisión de una ley), debemos detenernos un instante en los procedimientos aptos para alcanzar tal resultado. Estos procedimientos de control de los silencios de la ley, como se ha dicho, pueden ser tanto los directos como incidentales. No hay dudas para el caso del recurso directo (demanda de inconstitucionalidad, art. 241,1 de la Constitución Colombiana).

Por otro lado, sí se ha formulado objeción al empleo de las vías incidentales de impugnación de la ley, cuando tiene por objeto sus silencios. Se ha dicho que en el caso de que la duda de constitucionalidad del juez recaiga sobre lo que no dice el enunciado de la ley, el juez ordinario no podría plantear la cuestión ante el juez constitucional, porque su juicio de relevancia recae sobre lo que no existe jurídicamente, sobre su silencio, cuando tal juicio sólo puede tener por objeto la norma explícita enunciada en la ley. Podría darse el caso en que el juez

constitucional inadmitiera trámite a la cuestión planteada por el juez ordinario sobre la constitucionalidad de una ley con motivo de sus omisiones, declarando que la cuestión es “manifiestamente infundada”, o que el enunciado legal carece de relevancia para resolver la cuestión. El juez constitucional estaría afirmando que la demanda del individuo, basada en el silencio de la ley (por ejemplo, la reclamación de una pensión), está privada de fundamento legal (su demanda se basa en el silencio de la ley que lo excluye de esa pensión, a su juicio, vulnerando la Constitución), pese a ser constitucionalmente legítima (a la luz del principio de igualdad, el individuo tendría derecho a tal pensión). Sin embargo, no hay ley aplicable al caso, sino una laguna legal que vincula al juez. El juez ordinario debió rechazar la demanda individual, y no plantear una duda de constitucionalidad sobre la ley omisiva, porque no hay ninguna ley aplicable.

Este enfoque del tema se sustenta en tres ideas discutibles. Por un lado, le resulta imprescindible separar categóricamente el enunciado legal y norma implícita emanada de lo que el enunciado no dice, dándoles vida propia y autónoma. Por otra parte, reconocería en el juez ordinario una vinculación positiva a las lagunas legales. Y, por último, niega la existencia de omisiones relativas inconstitucionales y, por consiguiente, rehúsa admitir una impugnación de la constitucionalidad de una ley por aquello que silencia. Pero, si bien es cierto que un enunciado legal puede ser perfectamente constitucional, con independencia de las normas implícitas de él deducibles (otorgar la pensión al grupo de sujetos previstos en la ley puede ser hasta constitucionalmente debido), éstas no pueden existir sin un enunciado legal que las sustente (el silencio sobre la pensión de otro grupo de sujetos similar al beneficiado en la ley, existe, precisamente, porque el enunciado legal menciona a estos últimos únicamente). Debe recordarse aquí lo ya dicho sobre la supuesta vinculación del juez ordinario a las lagunas legales y hacer notar que en el caso de omisiones inconstitucionales no hay tal laguna, sino una norma implícita derivada del enunciado legal contraria a la Constitución, que en modo alguno vincula al juez, pese a ser la norma aplicable al caso. La norma implícita va unida a la omisión de un enunciado legal, de tal manera que la aplicabilidad al caso de esa norma (denegación de la pensión por no estar relacionados entre los beneficiarios indicados por la ley) hace que la ley de cuyo silencio nace sea la

norma válida aplicable de cuya constitucionalidad se duda, porque de lo que no dice se deduce una norma contraria a la Constitución. El juez ordinario no está vinculado a esa norma implícita, pero su invalidación por inconstitucional implica un juicio sobre el enunciado legal del que trae causa, de forma que si no le cabe hacer una interpretación conforme a la Constitución de ese enunciado que salve su constitucionalidad, no tienen otra alternativa que acudir al juez constitucional para que se pronuncie⁸².

En esta investigación se ha puesto de manifiesto que el objeto del pronunciamiento del juez constitucional en los controles del silencio legislativo siempre es la norma implícita que de él emana. En el caso de la omisión absoluta, a falta de *enunciado legal*, el objeto de control es la norma implícita misma, pero en las omisiones relativas el objeto impugnado es *el enunciado del que cabe deducir tal norma implícita*, y la omisión actúa aquí como motivo impugnatorio. La impugnación ante el juez constitucional de un silencio de la ley debe dirigirse contra ésta, precisamente por lo que no dice, que es lo que supuestamente la convierte en inconstitucional. La constitucionalidad de esa ley sólo puede salvarse si se expulsa del ordenamiento esa norma implícita que hace de su silencio una omisión inconstitucional, y siempre que, en efecto, lo que la ley dice pueda permanecer en el ordenamiento jurídico enlazada a un simple e inocuo silencio, del que ya no puede derivarse una norma implícita contraria a la Constitución. Si esto último no es posible, la expulsión de la norma implícita debe ir acompañada de la del enunciado legal que la sustenta. Esta sentencia, es un fallo estimatorio de la inconstitucionalidad por omisión de la ley seguido de su nulidad, será la conclusión inevitable.

⁸² La negativa a admitir procedimientos incidentales basados en omisiones de la ley ha sido criticada también porque semejante medida obligaría al juez ordinario a rechazar la demanda, lo que podría ocasionar serios perjuicios a las partes en el proceso. Puede suceder que posteriormente el legislador regule con efectos retroactivos la situación del demandante (en el ejemplo expuesto, reconociéndole la pensión desde la fecha de promulgación de la primera ley que motivó su demanda), y ese demandante no pueda reclamar el pago de la pensión desde el instante que se la reconoce el legislador porque operaría el efecto de cosa juzgada del primer juicio frustrado. La BVerfGE 15, 46, por ejemplo, arbitró como solución la posible impugnación por el procedimiento de la *Verfassungsbeschwerde* la sentencia de rechazo del juez ordinario, para obtener su nulidad y evitar así el efecto pernicioso de la cosa juzgada (véase el comentario de Nicolo TROCKER en su *Le omissioni del legislatore*, pág. 119, y también el de SCHENKE, *Rechtsschutz bei normativem Unrecht*, ob. cit., pág. 340 y ss.; consúltase del mismo autor su *Rechtsschutz gegen das Unterlassen...*, ob. cit., pág. 318 y ss.).

3.1. Sentencias Interpretativas: Correcto dictamen analítico al control del silencio de la ley.

Parece obvio que el control del silencio legislativo plantea, ante todo, un problema interpretativo, pues se excede el seguro marco de la confrontación literal entre el enunciado legal con el enunciado constitucional, para contrastar una norma deducible interpretativamente del enunciado legal con la norma constitucional que supuestamente contraría. La resolución de la impugnación de la ley por su omisión sólo es posible si previamente se enjuicia la interpretación del enunciado legal para comprobar si en efecto es deducible la norma implícita que ocasionaría su inconstitucionalidad. Y si es así, habrá que aclarar si basta con expulsar del ordenamiento dicha norma implícita o debe expulsarse también el enunciado legal que la soporta. El juez constitucional, inevitablemente, estará pronunciándose sobre la interpretación correcta del enunciado legal. Tan inevitable es este pronunciamiento, como su reflejo en el fallo de la sentencia que deba emitir.

La declaración de inconstitucionalidad por omisión, como tal declaración de una inconstitucionalidad que existe, no desde el momento que es percibida por el juez constitucional, sino desde el instante mismo de la promulgación de la ley omisiva debe disponer, por principio, el efecto de la nulidad *ex tunc* del enunciado legal cuya omisión sustenta la norma implícita contraria a la Constitución. Si la ley no vale por inconstitucional, su falta de validez lo es desde su promulgación, porque en ningún momento la voluntad del legislador es imputable a la del Soberano por su incompatibilidad con la Constitución. Y esa incompatibilidad no está sujeta al paso del tiempo, si lo es por contradicción, como aquí se sostiene (otra cosa sería si el juicio lo es de adecuación).

Así pues, si se declara inconstitucional la ley por omisión, debe declararse también su nulidad con efectos *ex tunc*. Con la declaración y la nulidad se expulsan del ordenamiento tanto el enunciado legal y la norma explícita que contiene cuanto la norma implícita deducible de su silencio.

Una sentencia estimatoria plena sería, pues, la solución más radical para las omisiones inconstitucionales relativas, justificable en el caso de que enunciado legal y norma implícita constituyan partes inescindibles de la ley.

Sin embargo, tal fallo constituiría una solución que, por muy debida que sea, suscita problemas teóricos y prácticos nada superficiales. Si el sistema encadena a la declaración de inconstitucionalidad, sea ésta por comisión o por omisión, la nulidad del enunciado legal, la utilización de sentencias interpretativas sólo es admisible si éstas son desestimatorias, y, además, con ellas no se indica qué interpretación del enunciado legal es correcta, sino que, precisamente, se invalida la que desemboca en la norma implícita contraria a la Constitución.

Tal pronunciamiento produciría el mismo efecto que una sentencia parcialmente estimatoria de la inconstitucionalidad del enunciado legal omisivo, con la ventaja de no ser necesaria la declaración de la nulidad del precepto; lo que también se lograría con una declaración de mera inconstitucionalidad.

Son muchas las razones que sustentan esta idea. Como primera medida, con una sentencia parcialmente desestimatoria, el juez constitucional cumple con una de sus funciones primordiales, y que fundamenta en último término su jurisdicción concentrada: proteger la posición de la ley en el ordenamiento.

Una sentencia de estas características, a diferencia de la parcialmente estimatoria en los sistemas en que la declaración lleva aparejada la nulidad del precepto, salvará la vigencia de la ley impugnada, teniendo en cuenta la posibilidad de que puede interpretarse de conformidad con la Constitución.

Por otra parte, con la declaración de inconstitucionalidad por omisión se pretende restablecer la constitucionalidad de una situación jurídica que el silencio de la ley ha convertido en contraria a la Constitución, lo que no siempre exigirá la nulidad formal, y, por tanto, la retroacción de los efectos de la declaración a la promulgación de la ley. En primer lugar, esto es así porque el enunciado y la norma explícita en él contenida pueden ser perfectamente constitucionales, y lo son desde su promulgación; y en segundo lugar, porque si se invalida la norma implícita por inconstitucional, se privará de toda cobertura constitucional, y ahora legal, a los actos de la administración o a los judiciales practicados en aplicación

del mismo, lo que bastará para la invalidación de dichos actos. Si de lo que se trata es de impedir que se deduzca esa norma implícita y que se aplique, pero conservando la vigencia de la parte de la ley no contraria a la Constitución, tal efecto puede lograrse con una sentencia parcialmente estimatoria, que invalide tan sólo la norma implícita inconstitucional, esto es, una sentencia de mera inconstitucionalidad. Así pues, sólo cabe acudir a la sentencia parcialmente desestimatoria como solución apta para el fallo en esta materia.

En la línea de lo dicho por algunos autores, el fundamento último de estas sentencias interpretativas debe buscarse en la fuerza vinculante de la jurisprudencia que sienta el juez constitucional en sus sentencias. Según estos catedráticos, juicio que comparto, la jurisprudencia que siente el juez constitucional sobre la interpretación de la ley no invade la competencia del juez ordinario al respecto, sino que le indica a éste cuál es la norma con rango de ley no contraria a la Constitución que debe interpretar y aplicar. Ahora bien, que esto sea así, no habilita al juez constitucional para indicarle al ordinario cuál sea la única norma con rango de ley no contraria a la Constitución, o dicho en otros términos, no le capacita para establecer la única interpretación correcta que pueda hacerse del enunciado legal. Vicio en el que incurren las sentencias parcialmente desestimatorias en sentido estricto, es decir, aquellas que no se limitan a declarar la inconstitucionalidad de la norma implícita inconstitucional derivada de la omisión legal, y con esa declaración rechazar la interpretación que deduce semejante norma del enunciado legal, sino que establecen qué interpretación del enunciado es correcta y salva su constitucionalidad.

Por tanto, parece que la fórmula más adecuada para declarar la inconstitucionalidad por omisión de la ley es la técnica de las sentencias parcialmente desestimatorias genéricas, que únicamente señalen en sus fundamentos que el enunciado legal es constitucional siempre que no se deduzca de su silencio la norma implícita contraria a la Constitución.

3.2. Efectos y consecuencias del reconocimiento de la inconstitucionalidad por omisión

El fallo de las sentencias parcialmente desestimatorias, que, como acabamos de ver, se muestra como el más adecuado para formalizar el de una sentencia que declare una inconstitucionalidad por omisión de la ley en el ordenamiento jurídico colombiano, despliega sus efectos *erga omnes* y produce el efecto de cosa juzgada. Semejantes efectos no impiden el replanteamiento de la inconstitucionalidad de la omisión relativa, si surgen nuevas interpretaciones del silencio de la ley de dudosa constitucionalidad, que darán lugar a una nueva sentencia desestimatoria. Salvo que la nueva norma implícita impugnada esté necesariamente encadenada a la vigencia del enunciado de la ley, lo que requeriría una sentencia estimatoria plena. De esta forma se va depurando la interpretación del enunciado legal de aquellas posibilidades interpretativas no queridas por ser contrarias a la Constitución, sin necesidad de expulsarlo del ordenamiento jurídico.

No deja de ser raro que la formalización de una declaración de inconstitucionalidad por omisión de una ley consista en una sentencia desestimatoria, esto es, una resolución que desestima el vicio de inconstitucionalidad de la ley impugnada. Sin embargo, lo decisivo, como apunta el profesor *Rubio Llorente*, es el efecto estimatorio, poseedor, también, de efectos *erga omnes*, que en definitiva desemboca en un fallo parcialmente desestimatorio, pues si bien no se declara formalmente la inconstitucionalidad por omisión de la ley (lo que sólo tiene lugar en el caso de sentencia estimatoria, plena o parcial), en los fundamentos jurídicos de la sentencia se invalida materialmente la norma implícita deducible de la omisión por contraria a la Constitución, y la interpretación que conduce a ese resultado.

Es la vinculación de los poderes públicos a la doctrina sentada por el juez constitucional en los fundamentos jurídicos de su sentencia, en la que estima la inconstitucionalidad de la norma implícita derivada del silencio de la ley y que permite, paradójicamente, preservar la constitucionalidad de su enunciado legal, en lo que radica la eficacia real de este tipo de pronunciamientos, especialmente respecto de los jueces ordinarios.

Del hecho de que no se formule en el fallo de la sentencia, claro está, declaración alguna sobre la nulidad formal del enunciado legal omisivo, ni esa nulidad formal pueda recaer naturalmente sobre la norma implícita inconstitucional, en modo alguno puede inducirse que la invalidación de esta norma implícita como posible, aunque inconstitucional, interpretación del enunciado legal surta efectos únicamente *ex nunc* y, además, interpartes.

Por una parte, como se ha visto, el fallo desestimatorio produce efectos *erga omnes*, lo que no obsta para que puedan revisarse otras interpretaciones que sí podían anudar, incluso, la inconstitucionalidad a ese enunciado legal que las soporta y que en otra ocasión se estimó constitucional⁸³. La doctrina sentada sobre el asunto, que en su fondo es estimatoria, pero de la inconstitucionalidad de la norma implícita derivada de la omisión, goza también de efectos *erga omnes*. Por otra parte, si bien es cierto que no cabe declarar la nulidad formal de la norma implícita, aunque sólo sea porque lo impugnado es el enunciado legal que la contiene en su silencio, y la nulidad formal afectaría necesariamente a éste, lo que no siempre es de recibo, esto no quiere decir que las situaciones jurídicas creadas o conservadas a la sombra de aquella norma implícita, ahora declarada inconstitucional, sean irrevisables. El efecto de la desestimación, desde el punto de vista temporal, salva las aplicaciones hechas de la ley en lo que le quede de constitucional. Pero la invalidación de la norma implícita, desde un punto de vista lógico, surte el mismo efecto que la nulidad formal. Su inconstitucionalidad afecta a su validez como norma, no a un simple cambio de circunstancias que la convierten a partir de ese momento en inválida. Su falta de validez se produce desde el mismo instante de su existencia, porque desde ese momento la situación jurídica que crea o conserva es incompatible con la Constitución. No hay derogación, sino nulidad. Así pues, los efectos de la estimación de la inconstitucionalidad de la norma implícita, contenida en los fundamentos

⁸³ Ciertamente se logra el mismo fin que con las sentencias que aún declaran la constitucionalidad de la ley omisiva. La primera sentencia, y las que la sigan, de carácter desestimatorio, en definitiva siguen diciendo que es *aún constitucional*. La diferencia estriba en que en esta ocasión, como en cualquier otra sentencia desestimatoria de la inconstitucionalidad de una norma, el que pueda declararse posteriormente inconstitucional depende de la prueba de que en efecto había un motivo que así lo demuestra y que no fue esgrimido en las anteriores, y no de la voluntad del juez constitucional, que habrá preestablecido ese motivo ya en la sentencia desestimatoria que declara que aún es constitucional la ley, pero hasta que él considere que deja de serlo. En este último caso el juez constitucional es consciente de que ya se ha manifestado el motivo de la inconstitucionalidad, pero suspende su efecto invalidante; mientras que en el otro ese motivo puede estar latente o aparecer en el transcurso del tiempo, pero una vez manifestado, el efecto invalidante es insoslayable.

jurídicos de la sentencia, se retrotraen hasta la promulgación del enunciado legal que la cobijaba en su silencio, sin perjuicio de la conveniencia de limitar esos efectos con normas similares.

Sin embargo, la aparente corrección de este planteamiento precisa de nuevos puntos de vista. La utilización de sentencias parcialmente desestimatorias genéricas implica un reenvío a los jueces ordinarios de la decisión sobre la interpretación que debe darse a la ley omisiva en los supuestos concretos que requieren su aplicación. Contra tal efecto puede objetarse la desventaja que supone desde la perspectiva de la seguridad jurídica del ciudadano la cuestionable dispersión de criterios e interpretaciones sobre la ley omisiva. Pero, si no se desea desvirtuar la función del juez constitucional y dislocar su posición en el ordenamiento, la función unificadora de la interpretación y aplicación por los jueces ordinarios de la ley no le corresponde a él, sin perjuicio de que pueda o deba influirla con su doctrina, sino a los órganos superiores del orden jurisdiccional ordinario.

Es posible, no obstante, que, una vez invalidada la norma implícita contraria a la Constitución, le quepa al juez constitucional pronunciar una sentencia parcialmente desestimatoria indicando cuál deba ser la interpretación correcta de la ley, y que incluso pueda proceder a la interpretación extensiva o analógica para llenar la laguna creada con la declaración de inconstitucionalidad de la norma implícita emanada del silencio de la ley, sin que tal hacer comporte una extralimitación en sus funciones. Se produce, claro está, un efecto sustitutivo, pues la norma implícita se sustituye por otra conforme a la Constitución, creada por el juez constitucional⁸⁴.

Pues bien, esto sólo es posible si, una vez declarada inconstitucional la norma implícita, sólo cabe un único resultado jurídico deducible del enunciado legal, que

⁸⁴ Ahora bien, ese efecto no debe confundirse con las sentencias *maní putativas* en sentido estricto. No se trata de anular ciertas palabras o frases del enunciado legal, permaneciendo incólume el resto del enunciado, lo que resulta aparentemente inocuo, para modificar de forma radical la norma expresa contenida en aquel enunciado legal; ni siquiera se trata de sustituir la norma deducible del enunciado por una nueva creada por el juez constitucional mediante la integración de la omisión, habitualmente haciendo uso de la analogía. El efecto sustitutivo del que se habla no es sino aquel que se produce como consecuencia de la eliminación de la norma implícita contraria a la Constitución, y con ella de los actos que pretenden ampararse en la misma, lo que obviamente supone una nueva norma implícita que crea una situación jurídica, cuando menos, no contraria a la Constitución.

permanece ileso⁸⁵. Si el juez constitucional hace valer ese único resultado jurídico, no está creando norma alguna, sino deduciendo las consecuencias necesarias de la interpretación conforme a la Constitución de la ley impugnada, de forma tal que al legislador sólo le cabría recoger esas consecuencias en una futura reforma del enunciado legal.

Cosa tal sucede si la Constitución ordena el tratamiento unitario de una materia o no hay razón objetiva posible que permita al legislador un trato diferenciado de la misma. Siempre, claro está, respetando el límite infranqueable de la reserva de ley. Si no es así, si la expulsión de la norma implícita del ordenamiento jurídico abre distintas posibilidades de configuración normativa de la situación jurídica al legislador, y todas ellas conformes con la Constitución, el juez constitucional debe limitar su pronunciamiento a la declaración de inconstitucionalidad de la norma implícita deducible del silencio de la ley, para evitar con ello su aplicación al caso concreto.

⁸⁵ En efecto, es la misma condición que se impone al juez constitucional para decidir sobre si el silencio de la ley impugnada es en verdad una omisión inconstitucional relativa.

4. LA APRECIACIÓN POR EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEL TRANSCURSO DE UN PLAZO RAZONABLE PARA LEGISLAR Y SU REPERCUSIÓN EN LAS DECLARACIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

La garantía fundamental del Estado de Derecho, es decir, del Estado sometido a Derecho, es la posibilidad que deben tener, en todo caso, los órganos judiciales (o en genérico, jurisdiccionales) de controlar la legalidad y constitucionalidad de los actos de todos los órganos estatales. De allí que el esquema más acabado del Estado de Derecho es aquel en el cual, además de la revisión judicial de las sentencias o actos judiciales, exista un control de la constitucionalidad de las leyes, un control contencioso-administrativo, y mecanismos judiciales de amparo o habeas corpus para proteger los derechos fundamentales.

Allan R. Brewer-Carías

La propuesta hecha páginas atrás de las sentencias parcialmente desestimatorias genéricas como la fórmula más adecuada para la declaración de una inconstitucionalidad por omisión es posible porque se niega relevancia al factor tiempo para la identificación de una omisión inconstitucional. La omisión inconstitucional tiene lugar una vez se produzca la situación jurídica inconstitucional, y no en función del transcurso del tiempo. Si se acude a ese criterio, y no son pocos quienes lo hacen, se le está atribuyendo al juez constitucional una disposición sobre la vigencia de la ley de la que carece si su control es jurídico, y lo que es aún peor, dispone de la vigencia de la norma constitucional supuestamente infringida por la omisión.

Algunos autores, que han reparado en aquellos casos en los que el fallo establece que en un plazo determinado el legislador debe completar o mejorar la ley para adaptarla a las nuevas circunstancias que la han dejado obsoleta, sostienen que, si transcurre el plazo y el legislador no ha procedido a tal adaptación, no hay en rigor

una omisión inconstitucional, sino un control ordinario de constitucionalidad de la ley mejorable. Argumentan estos autores que antes de que llegue a su fin el plazo, la ley en cuestión es aún constitucional, y así lo declara la sentencia que señala ese término, tratándose, entonces, de una sentencia parcialmente desestimatoria genérica similar a la propuesta en esta investigación para formalizar una declaración de inconstitucionalidad por omisión. Una vez transcurrido el plazo sin la adaptación de la ley, será declarada inconstitucional, no por la omisión de una ley de mejoramiento, sino porque la ley ha dejado de ser constitucional⁸⁶. Sin embargo, la coincidencia en la forma del fallo, no quiere decir que la ley aún mejorable no pueda ser inconstitucional como consecuencia de sus omisiones. En efecto, no se trata de que la omisión absoluta de una ley de mejoramiento sea sancionada con la declaración de inconstitucionalidad de la ley mejorable e impugnada inicialmente, sea cual sea el motivo de impugnación. Es posible que haya una omisión absoluta inconstitucional, si el silencio del legislador sobre la mejora de la ley impugnada provoca la aplicación de una norma implícita inconstitucional. Pero si esta norma implícita deriva de una interpretación del silencio de la ley impugnada, o esta ley fue impugnada precisamente por sus omisiones, su inconstitucionalidad no resulta de la omisión absoluta de una ley de mejoramiento, sino de sus propios vicios. Desde luego que es un control de constitucionalidad ordinario de una ley lo que provoca la coincidencia en la forma del fallo, pero su inconstitucionalidad deriva de sus omisiones, aunque el juez constitucional permita al legislador salvar su constitucionalidad, dándole un plazo para subsanar la omisión relativa inconstitucional.

Si, por el contrario, se da relevancia al factor tiempo para constatar la existencia de una omisión inconstitucional, el fallo del juez constitucional podría indicar que pese al silencio de la ley, ésta aún es constitucional. El juez constitucional desestimaría la inconstitucionalidad de la ley impugnada, expresando en el fallo

⁸⁶ Véase de SCHENKE, por todos, su *Rechtsschutz gegen das Unlerlassen, ob. al.*, pág. 311.

La BVerfGE I. 97 resuelve un supuesto parecido a éste, pues la pretensión del recurrente era que el BVerfG impulsara la presentación de un proyecto de ley por el Gobierno federal destinado a complementar una ley anterior sobre subsidios familiares. En este caso, el BVerfG se limitó a rechazar la posibilidad de controlar las omisiones del legislador, salvo cuando en materia propia del Estado social incurriera en arbitrariedad. Sobre estas cuestiones y la posterior jurisprudencia del BVerfG en lo tocante, a plazos y mejoramientos de leyes, consúltese el trabajo de Peter BADURA, al que también remite SCHENKE. «Die verfassungsrechtliche Pflicht...», *oh. cil.*: y el posterior de STI.INBERU. «Verfassungsgerichtliche Kontrolle der Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers». *Der Staat*. Bd. 26. 1987. pág. 161 y ss.

que dicha ley aún es constitucional, o sin hacerlo expresamente, hará notar en sus fundamentos jurídicos tal circunstancia (lo que incita con frecuencia a los jueces constitucionales a hacer a renglón seguido recomendaciones al legislador sobre la necesaria mejora de la ley o, incluso, sobre lo que haría de esa ley mejor norma jurídica).

Lo importante aquí no es tanto la forma del fallo, que de hecho puede ser una sentencia parcialmente desestimatoria genérica, sino la mutación efectuada en el control de constitucionalidad del silencio de la ley impugnada. Con este control de constitucionalidad no se persigue depurar las interpretaciones de la ley impugnada que, con ocasión de sus omisiones, deducen una norma implícita contraria a la Constitución, lo que plantea en rigor es cuál sea el alcance de la jurisprudencia del juez constitucional sobre la ley, cuya constitucionalidad pretende salvar, y su fuerza vinculante para los restantes intérpretes y aplicadores del ordenamiento jurídico. Ahora la cuestión se traslada a la relación entre el juez constitucional y el legislador democrático, ya que aquél no se limita a señalar cómo no debe interpretarse la ley impugnada por sus omisiones, sino que, no indicando nada sobre su interpretación, le advierte al legislador sobre lo que debe hacer para subsanar el vicio de inconstitucionalidad que amenaza la vigencia de su ley, y le otorga un cierto plazo para proceder en ese sentido. Transcurrido ese plazo sin haber subsanado esos vicios de inconstitucionalidad causados por las omisiones de la ley, ésta será declarada inconstitucional⁸⁷. El juez constitucional ha dejado de ser el garante de la ley frente a sus intérpretes y aplicadores y, además, ni siquiera asegura la supremacía de la Constitución, pues suspende la vigencia de la norma constitucional supuestamente lesionada por la ley omisiva durante el tiempo en que, a pesar del vicio de inconstitucionalidad, la considera aún constitucional. El juez constitucional se convierte en un órgano de control del propio legislador.

⁸⁷ El fundamento teórico de estas técnicas de control de constitucionalidad. Íntimamente ligadas a los *plazos razonables*, puede encontrarse en la concepción, por cierto netamente kelseniana, según la cual los fallos del juez constitucional son constitutivos, y no declarativos, de la inconstitucionalidad de la ley. Para una ajustada exposición del planteamiento kelseniano, además, naturalmente de las obras clásicas de KELSEN, bien conocidas por todos, consúltese el artículo de GASCÓN ABELLÁN. «La Justicia constitucional...», *ob. cit.* en especial su primera mitad.

Cuando el juez constitucional puede indicar que el enunciado legal es *aún constitucional*⁸⁸, pero el legislador debe proceder a su mejora subsanando sus omisiones, so pena de ser anulado una vez haya transcurrido un determinado tiempo y vuelva a ser impugnado; o si suspende la eficacia de su fallo hasta que el legislador proceda a esa mejora, bajo la amenaza de que, pasado cierto tiempo sin haberlo hecho, una nueva impugnación de la ley supondría su nulidad⁸⁹; o, en fin, si el juez constitucional instruye a los jueces sobre la conveniencia de suspender los juicios en curso en los que sea de aplicación dicha ley hasta que el legislador proceda a la mejora del enunciado legal⁹⁰, el juez constitucional está privando de eficacia normativa a la norma constitucional infringida por la ley defectuosa hasta el momento que él estime razonable. Resulta evidente que la utilización de una técnica semejante transforma en control político del legislador lo que inicialmente debe ser un control jurídico de la ley. Obsérvese, además, que el probable segundo pronunciamiento del juez constitucional, transcurrido el plazo razonable para subsanar las omisiones invalidantes de la ley, consistirá en una sentencia estimatoria plena, lo que no siempre es la solución plausible, tal y como se ha indicado.

⁸⁸ Esta técnica de las declaraciones *noch verfassungsmässige* de la ley, que ha estudiado PESTALOZZA en su ya citado artículo "Noch verfassungsmässige" und "bloss verfassungswidrige"..., es utilizada con cierta frecuencia por el BVerfG. Esta técnica exige, una vez más, un *doble pronunciamiento* para concluir en una declaración de inconstitucionalidad por omisión: una primera sentencia desestimatoria, aunque haga notar la posible omisión inconstitucional de la ley impugnada y declarada *aún constitucional*; y una segunda estimatoria plena, provocada por la nueva impugnación de la ley omisiva, una vez transcurrido el *plazo razonable* para subsanar sus omisiones. Véase a título general el libro de Roberto Pi- NARDI. *La Corte. Giudice ed il legislatore. Il problema degli effetti temporali delle sentenze dinconstituzionalità*. Giuffré, Milano, 1993, en especial su I parte.

⁸⁹ Habría que preguntarse cuál debe ser el alcance de esa declaración de nulidad, pues si hasta el momento de la declaración de inconstitucionalidad las situaciones jurídicas amparadas en la vigencia de la ley sospechosa de inconstitucionalidad son también *aún constitucionales*, una vez declarada la inconstitucionalidad, ¿deben invalidarse y revisarse esas situaciones acaecidas a la luz de la ley y no consolidadas? O, por el contrario, ¿hay que entender que los efectos de la declaración lo son *ex nunc* únicamente? Parece razonable inclinarse por la segunda solución, aunque sólo sea para evitar la tremenda incertidumbre que semejante pronunciamiento del juez constitucional introduce en el sistema. Si es así, también parece aconsejable utilizar formulaciones de *mera inconstitucionalidad* en aquellos sistemas en los que éstas sean posibles.

⁹⁰ Por de pronto, esta posibilidad es de suyo discutible, pues resulta evidente el grave riesgo que corre la independencia judicial con semejante medida y lo mal parada que dejaría a la tutela judicial efectiva de las partes en el proceso. Una recomendación a los jueces ordinarios en el sentido indicado en el texto no puede imponerles o sugerirles el empleo de la facultad de suspensión de sus sentencias en casos no previstos por las normas procesales, ya que se estaría suspendiendo la vigencia de estas normas; ni puede atribuirles una facultad de disposición sobre el proceso o sus sentencias, de la que están privados, si las normas procesales no contemplan la mencionada facultad para la suspensión de la prosecución del proceso o de la ejecución de las sentencias, o, aun previendo dicha facultad, no lo hace para ese supuesto. Ni siquiera resulta razonable esta suspensión como medida para restablecer en sus derechos al recurrente, si se trata de un procedimiento de garantía de derechos constitucionales, reenviando al juez ordinario el asunto, pero recomendándole que espere a que el legislador mejore la ley.

5. CONCLUSIONES

En buena medida, esta investigación es una reflexión sobre el valor y alcance de la interpretación de la Constitución y de la ley, de su práctica por el juez ordinario y la supremacía interpretativa del juez constitucional, sobre todo si este es un único órgano (jurisdicción concentrada). Hay que recordar que el control de los silencios legislativos realizados por el 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 presentada 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 decisiones en particular.

Pero esta forma de abordar el control de constitucionalidad de los silencios legislativos sólo es posible si antes se conviene en que ese control es jurídicamente posible. A estas alturas de la investigación, creo que este control es posible, 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 (planteamiento de las tesis obligacionales sea dicho). El control de los silencios legislativos es 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 de los silencios legislativos, que acompaña a la faz política del mismo, consistente esta última en la decisión de legislar. El control de constitucionalidad de los silencios legislativos recae únicamente sobre la primera, valga decir sobre la normativa, y no sobre la segunda o política, 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 de los silencios legislativos, 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.

Ahora bien, no siempre un silencio legislativo tiene relevancia jurídica. Allá donde la norma constitucional esté dotada de eficacia directa no hay omisiones inconstitucionales. Estas solo tienen lugar cuando un silencio legislativo afecta a permisos constitucionales o a normas constitucionales imperativas, generando una norma implícita contraria a la Constitución. Este fenómeno sucede porque la ausencia de eficacia directa de la norma constitucional afectada por el silencio o inactividad permite que el silencio legislativo genere esa norma implícita, cuya aplicación puede resultar ilógica, especialmente 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 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 coacción a legislar, ni siquiera en hacer responsable al legislador por sus silencios o quiescencia (a menos que se trate de responsabilidad patrimonial por los daños que pudiera ocasionar dicho fenómeno) 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 estos 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 solo 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. Solo una sentencia de mera inconstitucionalidad, o, en su defecto, 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.

Recapitulando, éste es el contenido de esta investigación. Resulta claro que la meta no ha sido la de articular un sistema original de control de los silencios legislativos. Semejante pretensión queda para quienes se atrevan con la “ingeniería constitucional”. Tan sólo se trató de defender que el control de constitucionalidad de los silencios legislativos no solo es posible, sino además necesario; y, a partir de este punto, poner de manifiesto cómo ordenamientos jurídicos del tipo del español, alemán y portugués, entre otros, permiten realizar ese control con los instrumentos que ponen en manos de sus órganos jurisdiccionales. No obstante,

vale la pena preguntarnos sobre las ventajas de articular un procedimiento de control directo de silencios del legislador ante el juez constitucional; o si sería conveniente instaurar una acción popular o tutela contra los silencios legislativos o incorporar medidas de intervención del juez constitucional, incluso del ordinario, para, cuando menos, paliar las consecuencias negativas del silencio legislativo mientras el legislador no legisle (*Legislative Injunctions, einstweilige Anordnungen, art. 39, 1 LOTC, etc...*).

A muchas de estas preguntas se les ha dado respuesta en esta investigación (y hay que decirlo, negativa). La posibilidad de articular un control directo, abstracto y concentrado de las omisiones absolutas, al menos si pretende ser un recurso directo similar al previsto para la ley, plantea inconvenientes ya desarrollados en páginas anteriores, y es allí donde tenemos que remitirnos. Sin duda las resoluciones recaídas en un procedimiento semejante tendrán gran repercusión política y social, pero no parece conveniente que el juez constitucional desempeñe un papel que probablemente minaría aún más su credibilidad jurídica, ya de por sí incierta. Como tampoco una acción popular contra los silencios legislativos es una solución cabal, ni desde una perspectiva teórica (el control de los silencios legislativos es un mecanismo de garantía de la supremacía constitucional, no instrumento de democracia directa ni un cauce para salvaguardar un hipotético “derecho individual o colectivo a la norma”), ni desde una perspectiva práctica.

Es posible que baste con hacer uso de los instrumentos que ya ofrece el ordenamiento jurídico para realizar el control de constitucionalidad de los silencios legislativos, sin necesidad de descubrir nuevos y turbulentos escenarios ya conocidos. Una vez más, se trata de aplicar la Constitución, no de reinventarla.

REFERENCIAS

AGUIAR DE LUQUE, L., (1987). *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, pág. 9 y ss.

ALCHOURRON/BULYGIN, (1971) *Normative Systems*, Springer, Wien/New York.

— *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. (1974) Astrea, Buenos Aires, pág. 161 y ss.

— *The Expressive Conception of Norms*. (1981) en *New Studies in Deontic Logic. Norms, Actions, and The Foundations of Ethics*, Hilpinen (edit.), Reidel, Dordrecht/Boston, London. pág. 95 y ss.

AHUMADA RUIZ, M. A., (1991) *El Control de Constitucionalidad de las Omisiones Legislativas*, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, N.º 8, pág. 169 y ss.

ALEXY, R., (1983). *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*. Ed. Suhrkamp. Frankfurt.

— *Theorie der Grundrechte*, (1986). Ed. Suhrkamp. Frankfurt.

— *Rechtssystem und praktische Vernunft*, (1947). *Rechtstheorie*, Bd. 18, Hf.4. pág. 405 y ss.

ARAGÓN REYES, M. (1978). *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. pág. 297 y ss.

— *Sobre las nociones de supremacía y supralegalidad constitucional*, (1986) *Revista de Estudios Políticos*, N.º 50, pág. 9 y ss.

— *El control como elemento inseparable del concepto de constitución*, (1987) *Revista Española de Derecho Constitucional*, N.º 19, pág. 15 y ss.

— *Comentarios a las Leyes políticas*, (1988) t. XII, Edersa, Madrid.

— *Constitución y control del poder. Introducción a una teoría constitucional del control*, (1995) Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires.

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

ACKERMAN/ROSENKRANTZ/BALBIN y otros. (1991) *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*. Centro de Estudios Constitucionales (Cuadernos y Debates No. 29), Madrid, España.

AGUIAR DE LUQUE, L. (1987) *El Tribunal Constitucional y la función legislativa: El control del procedimiento legislativo y de la inconstitucionalidad por omisión*, Revista de Derecho Público, No. 24, pag. 9 y ss. Madrid, España.

ALONSO GARCIA, E. (1988) *El control por el Tribunal Constitucional del sistema español de fuentes del derecho a través del artículo 24 de la Constitución (Comentario sobre diversas líneas jurisprudenciales del Tribunal Constitucional sugerido por la lectura de la sentencia 23/1988, de 22 de Febrero 1987)*, Revista Española de Derecho Constitucional, No. 24, pag. 191 y ss. Madrid, España.

ANSCHÜTZ, G. (1969) *Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919*, Wissenschaftliche Gesellschaft (reimp. de la 14a. edic. de 1933), Darmstadt, Alemania.

ANZOA, A. (1992) *Nuove tecniche decisorie della Corte Costituzionale*, Giurisprudenza Costituzionale, fasc. 4, pag. 3199 y ss. Turin, Italia.

BACHOF, O., (1979) *Grundgesetz und Richtermacht*, publicado en *Wege zum Rechtsstaat. Ausgewählte Studien zum öffentlichen Recht*, Athenaum, Königstein/Ts. Pág. 172 y ss.

BACIGALUPO, E., (1983). *La garantía del principio de legalidad y la prohibición de la analogía en el derecho penal*. Anuario de Derechos Humanos, N° 2. pág. 11 y ss.

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

— *La interpretación del derecho autonómico y la aplicación supletoria del derecho estatal*, (1991) Revista de Administración Pública, N° 124. pág. 95 y ss.

BAÑO LEÓN, J.M., (1988) *La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española*. Revista Española de Derecho Constitucional, N° 24. pág. 155 y ss.

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

BARBEY, G. (1986) *Bundesverfassungsgericht und einfaches Gesetz*. De Gruyter, Berlin/New York.

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

— *Constitución, soberanía y democracia*, (1991). Revista del centro de Estudios Constitucionales, N° 8. pág. 9 y ss.

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

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

— «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. 77 y ss.

BADURA, P. (1982) *Die verfassungsrechtliche Pflicht des gesetzgebenden Parlaments zur "Nachbesserung" von Gesetzen*, en Staatsorganisation und Staatfunktionen im Wandel. Muller/Rhinow/Schmid/Wildhaher (Hrsg.) pag. 481 y ss. Helmholtz und Lichtenhahn. Basel/Frankfurt.

BETTERMANN, K. A. (1982) *Richterliche Normenkontrolle als negative Gesetzgebung?*. Deutsche Verwaltungsblatt. Hf. I. pag. 91 y ss.

- (1986) *Die Verfassungskonforme Auslegung*, C. F. Muller. Heidelberg.

BLASCO SOTO, M. del C. (1995) *La sentencia en la Cuestión de inconstitucionalidad*. Bosch, Barcelona.

BOCANEGRA SIERRA, R. (1982) *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid.

- *Sobre el alcance objetivo de las sentencias del Tribunal Constitucional*, en Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje a García de Enterría. Vol. I, Civitas. Madrid, 1991. pag. 508 y ss.

BOCKENFÖRDE, C. (1966) *Die sogenannte Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze*, en Eine Untersuchung über Inhalt und Folgen der Rechtsstaatskontrollentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Duncker & Humblot, Berlin.

BON/CASALTA/LOBO y otros. (1989) *La justice constitutionnelle au Portugal*, Economica, Paris.

BORRAJO INIESTA/DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ/FERNÁNDEZ FARRERES. (1995) *El derecho a la tutela judicial y el recurso del amparo. Una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*. Civitas, Madrid.

BUCHHOLZ, D. H. (1995) *Der Richter als Ersatzgesetzgeber*, Zeitschrift für Rechtspolitik, Hf. 4, pag. 149 y ss., Berlin.

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, R., (1962). *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. (reimp. edic. 1922).

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

CASCAJO CASTRO, J.L., (1981) *Aproximación al tema de las funciones del Tribunal Constitucional*, en *El Tribunal Constitucional*, Vol. 1, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid. pág. 631 y ss.

COBREROS MENDOZA, E., (1988) *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. pág. 27 y ss.

CAPPELLETTI, M. (1970) *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto Comparato*, Giuffrè, Milano.
- *Giudici Legislatori?* (1984), Giuffrè, Milano.

CARDOSO DA COSTA, J. M. (1992) *A jurisdicao constitucional em Portugal*, Almedina, Coimbra, (2ª edic. rev. y actual), Portugal.

CELOTTO, A. (1995) *Corte costituzionale ed eccesso di potere legislativo*, *Giurisprudenza Coostituzionale*, fasc. 5, pag. 3724 y ss.

CRISAFULLI, V. (1978) *La Corte costituzionale ha ventanni*, en *La Corte Costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Occhiocupo (a cura), il Mulino, pag. 69 y ss.
- *Disposizione (e norma)*, *Enciclopedia del Diritto*, vol. XIII (1964), pag. 196 y ss.

CRUZ VILLALON, P. (1987) *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- (1994) *Sobre el amparo*, *Revista Española de Derecho Constitucional*. No. 41, pag. 9 y ss.

CRUZ VILLALON/LOPEZ GUERRA/JIMENEZ CAMPO/PEREZ TREMPES. (1992) *Los procesos Constitucionales. Segundo simposio de Derecho Constitucional* (Sevilla. 27 y 28 de septiembre de 1991), Centro de Estudios Constitucionales (Cuadernos y Debates No. 41), Madrid.

CHRYSSOGONO, K. (1987) *Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung. Zur Methode der Verfassungsinterpretation bei der Normenkontrolle*, Duncker & Humblot, Berlin.

DIEZ-PICAZO, L.M., (1985). *Constitución, Ley, Juez*. *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 15. pág. 9 y ss.

DENNINGER, E. (1966) *Verfassungsauftrag und gesetzgebende Gewalt*. Juristen Zeitung, Hf. 23/24, pag. 767 y ss. Duncker & Humblot, Berlin.

DETERBECK, S. (1990) *Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG auch bei normativem Unterlassen?*, Die öffentliche Verwaltung, Hf. 20, pag. 858 y ss. Berlin.

DIETLEIN, J. (1992) *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*, Duncker & Humblot, Berlin.

D'ORAZIO, G. (1992) *Le sentenze costituzionale additive, la esaltazione e contestazione*, Revista Trimestrale di Diritto Pubblico, No. I, pag. 61 y ss.

EBERLE, C.E. (1984) *Gesetzvorbehalt und Parlamentsvorbehalt – Erkenntnisse und Folgerung aus der jüngeren Verfassungsrechtsprechung*. Die Öffentliche Verwaltung. Hf. 12. Pag. 485 y ss. Heidelberg.

ERICHSEN, H.U. (1976) *Die Einstweilige Anordnung*, en Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Festgabe aus Anlass des 25 jährigen Bestehen des Bundesverfassungsgericht, Starck (Hrsg.), J. C. B. Mohr, Tübingen.

EZQUIAGA GANUZAS, F.J. (1987) *La argumentacion en la justicia constitucional española*, Instituto Vasco de Administracion Publica, Oñate.
- *Diez años de fallos constitucionales (Sentencias interpretativas y poder normativo del Tribunal Constitucional)*. Revista Vasca de Administracion Publica, No. 31, 1991, pag. 117 y ss.

FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, J. J., (1995). *La inconstitucionalidad por omisión en Brasil*. Revista Vasca de Administración Pública, N° 42. pág. 207 y Ss.

FERNANDEZ SEGADO, F. (1994) *Los nuevos desafios de nuestro tiempo para la proteccion jurisdiccional de los derechos*, Revista Vasca de Administracion Publica, No. 39, pag. 25 y ss.

FIGUERUELO BURRIEZA, A. (1993) *La incidencia positiva del Tribunal Constitucional en el Poder Legislativo*. Revista de Estudios Politicos, No. 81, Pag. 47 y ss, Madrid.

FORSTHOFF, E. (1975) *El Estado de la sociedad industrial*, (trad. Lopez Guerra/Nicolas Muñiz). Instituto de Estudios Politicos, Madrid.

FRIESENHAHN, E. (1963) *Die Verfassungsgerichtbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland*, Heymanns, Köln/Berlin/Bonn/München.

GALEOTTI, S., (1950). *La garanzia costituzionale (presupposti e concetto)*. Giuffré, Milano.

—*Introduzione alla teoría dei controlli costituzionali*. (1963). Giuffré, Milano.

GARCIA DE ENTERRIA, E., (1981) *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*. Tecnos, Madrid.

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

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

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

GOMES CANOTILHO, J. J., (1982) *Constitucao dirigente e vinculacao do legislador. Contributo para a compreensao das normas constitucionais programáticas*. Coimbra Editora.

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

— *Direito Constitucional*, (1995) Almeduna, Coimbra. (6.ª edic.).

— *Revisar la/o romper con la Constitución dirigente? Defensa de un constitucionalismo moralmente reflexivo*. (1995) Revista Española de Derecho Constitucional, N° 43. pág. 9 y ss.

GARCIA MORLLO, J., (1985). *El control parlamentario del gobierno en el ordenamiento español*. Publicaciones del Congreso de los Diputados. Madrid.

GARCIA LLOVET, E. (1992) *Control del acto político y garantía de los derechos fundamentales. El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*. A propósito de la STC 45/1990 de 15 de marzo. Revista Española de Derecho Constitucional, No. 36, 1992, pag. 277 y ss.

GARRIDO FALLA, F. (1994) *A vueltas con la responsabilidad del Estado Legislador*. Revista Española de Derecho Administrativo, No. 81, pag. 111 y ss. Madrid.

GASCON ABELLAN, M. (1994) *La Justicia Constitucional: entre legislación y jurisdicción*. Revista Española de Derecho Constitucional, No. 41, pag. 63 y ss. . Madrid.

GERBER, C. F. V., (1971) *Diritto Pubblico*. Giuffrè, Milan.

GOMEZ PUENTE, M. (1994) *Derechos fundamentales y omisión legislativa: de nuevo sobre la televisión*. (Lectura de la STC 11/1994, de 31 de enero de 1994), Revista Española de Derecho Administrativo. No. 84. Pag. 629 y ss.

GOTZ/STARCK. (1985) *Die öffentliche Verwaltung zwischen Gesetzgebung und richterliche Kontrolle*, C. H. Beck, München.

GRIMM, D. (1983) *La Constitucion como fuente del Derecho, en Las Fuentes del Derecho. Primeras jornadas juridiques de Lleida (13-14 de mayo de 1983). Anuario de la Facultad de Derecho.* Baratta/Grimm/Rubio y otros. Estudio General de Lleida. Lleida. Barcelona.

- (1991) *Die Zukwnft der Verfassung.* Suhrkamp, Frankfurt

HAURIOU, M., Précis de Droit constitutionnel, Sirey, Paris, 1923.

HESSE, K., (1983) *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. pág. 3 y ss.

— *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, (1993) C. F. Mü-ller, Heidelberg, (19 ed.)

HÖVEL, M. van den., (1990). *Zulässigkeits-und Zulassungsprobleme der Verfassungsbeschwerde gegen Gesetze.* Duncker & Humblot, Berlin.

HABERLE, P. (1976) *Verfassungsgerichtsbarkeit, Wissenschaftliche Buchgesellschaft*, Darmstadt.

HAENEL, A. (1968) *Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne.* Wissenschaftliche Buchgesellschaft. Darmstadt.

HEIN, P. E. (1988) *Die Unvereinbarerklärung verfassungswidriger Gesetze durch das Bundesverfassungsgericht, Grundlagen, Anwendungsbereich, Rechtsfolgen.* Nomos, Baden-Baden.

HENKE, W. (1964) *Verfassung, Gesetz und Richter. Das Normenkontrollverfahren,* Der Staat, Hf. 4, pag. 433 y ss, Heidelberg.

HENKIN, L. (1976) *Is There a "Political Questions" Doctrine?*, Yale Law Journal, Vol. 85, pag. 597 y ss., New Heaven, CT.

HERNANDEZ VALLE, R. (1994) *La tipologia de las sentencias constitucionales con efectos fiscales.* Revista Española de Derecho Constitucional, No. 41, pag. 225 y ss. Madrid.

HERZOG, R. (1965) *Die Vollstreckung von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts,* der Staat. C.H. Beck, München.

- *Das Bundesverfassungsgericht und die Anwendung einfachen Gesetzrechts,* C.H. Beck, München.

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

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

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

JIMÉNEZ CAMPO, J., (1987). *La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones*, Revista Española de Derecho Constitucional, Nº 20. pág. 35 y ss.

— *Qué es lo básico? Legislación compartida en el Estado autonómico.*, (1989) Revista Española de Derecho Constitucional, a.0 27. pág. 39 y ss.

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

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

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

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

KUHN, H. (1979). *El Estado*. Editorial Rialp, Madrid

KAGI, W. (1946) *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates. Untersuchungen über die Entwicklungstendenzen im modernen Verfassungsrecht*. Polygraphischer V., Zürich.

- *Rechtsstaat und Demokratie, Antinomie und Synthese*, en *Der bürgerliche Rechtsstaat*, Tohidipur (Hrsg.). Suhrkamp, Frankfurt.

KALKBRENNER, H. (1963) *Verfassungsauftrag und Verpflichtung des Gesetzgebers*, *Die öffentliche Verwaltung*. Hf. 2, pag. 41 y ss., C.H. Beck, München.

KLOEPFER, M. (1984) *Der Vorbehalt des Gesetzes im Wandel*, *Juristen Zeitung*, Hf. 15/16, Frankfurt.

KNITIEL, W. (1967) *Die verfassungsgerichtliche Normenkontrolle als Ursache von Gesetzlücken. Zu den Auswirkungen der Verfassungswidrigkeit-dcr 1628, 1629, IBGB*, *Juristenzeitung*, Hfr. 3, Berlin.

KOHLER, H.V. (1955) *Kann der Gesetzgeber durch Schweigen die Verfassungswirklichkeit ändern?*, *Neue Juristische Wochenschrift*, Hf. 30, Frankfurt.

KORINEK, K. (1986) *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich*, en *Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa*, Bd. I, Starck/Weber (Hrsg.), Nomos. Baden-Baden.

LARENZ, K. (1960) *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Springer, Berlin, Göttingen, Heidelberg.

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

LECHNER, (1955). *Zur Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde gegen Unterlassungen des Gesetzgebers*. *Neue Juristische Wochenschrift*, Hf. 49. pág. 1817 y ss.

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

LEIBHOLZ, G. (1973) *Verfassungsstaat – Verfassungsrecht*. Kohlhammer, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz.

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

LERCHE, P. (1965). *Das Bundesverfassungsgericht und die Verfassungsdirektiven Zu den nicht erfüllten Gesetzgebungsaufträgen*. Berlín, Alemania: *Archiv für öffentliches Recht*, Hf. 3. (pp. 341 y ss. – pp. 371 y 372).

LÓPEZ GUERRA, L. (1981) *El tribunal Constitucional y el principio "stare decisis"*, en *El Tribunal Constitucional*, Vol. II, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid. pág. 1433 y si.

LABAND, P. (1911) *Das Staatsrechts des Deutschen Reiches*. Tübingen.

LANGER, S. (1987) *Staatshaftung für Waldschäden wegen Verletzung grundrechtlicher Schutzpflichten?*, *Neue Verwaltung Zeitschrift*, Hf. 3, Frankfurt.

LASAGABASTER, I. (1991) *El principio de supletoriedad. Comentario a la STC 147/91, de 4 de julio*, *Revista Vasca de Administracion Publica*. No. 31, pag. 261 y ss.

- *El ordenamiento juridico comunitario y el principio de supletoriedad*, *Revista Vasca de Administracion Publica*, No. 36, 1993, pag. 175 y ss.

LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P. (1979) *El examen de la constitucionalidad de las leyes y la soberanía parlamentaria*. *Revista de Estudios Politicos*, No. 7, Madrid.

LUCAS VERDU, P. (1981) *Politica y justicia constitucionales. Consideraciones sobre la naturaleza y funciones del Tribunal Constitucional*, en *El Tribunal Constitucional*, Vol. 11. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid.

MEDER, G., (1971) *Verfassungsbeschwerde gegen gesetzgeberisches Unterlassen*. Deutsches Verwaltungsblatt. Pág. 848 y ss.

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

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

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

MANZELLA, A. (1991) *Il parlamento*. Il Mulino, Bologna.

MAUNZ/SCHMIDT-BLEIBTREU/KLEIN/ULSAMER. (1964-1994.) *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, C. H. Beck, München.

McILWAIN, Charles H. *Constitucionalismo antiguo y moderno*. Centro de Estudios Constitucionales (trad. Solozabal). Madrid. 1991.

MIRANDA, J. (1991) *Manual de Direito Constitucional*, Coimbra Editora, Coimbra.

MOENCH, C. (1977) *Verfassungswidriges Gesetz und Normkontrolle. Die Problematik der verfassungsrechtlichen Sanktion, dargestellt anhand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes*, Nomos, Baden-Baden.

MONTERO GIBERT/GARCIA MORILLO. (1984) *El control parlamentario*, Tecnos, Madrid.

MONTORO CHINER, M. J. (1986) La inactividad administrativa en el proceso de ejecución de las leyes. Control jurisdiccional versus fracaso legislativo, *Revista de Administración Pública*, No. 110, Barcelona.

MURPHY/FLEMING/HAUIS. (1986) *American Constitutional Interpretation*, Foundation Press, Mineola, New York.

NIETO, A. (1983) *Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional*. *Revista de Administración Pública*, No. 100/102, Pág. 371 y ss.

- *La inactividad material de la Administración: veinticinco años después*. Documentación Administrativa No. 208, 1986, pag. 11 y ss.

NOVAK/ROTUNDA/YOUNG. (1986) *Constitutional Law*, West Publishing Co., St. Paul.

OTTO y PARDO, I., (1977) *Nación, Enciclopedia Jurídica Seix*. Seix, Barcelona.

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

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

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

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

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

OBERMAYER, K. (1965) *Verfassungsrechtliche Aspekte der verwaltungsrechtlichen Normenkontrolle*. *Deutsches Verwaltungsblatt*. Hf. 16. Berlin.

PEREZ ROYO, J. (1987) *La reforma de la constitución*. Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid.

— *Tribunal Constitucional y División de Poderes*. (1988) Tecnos, Madrid.

PAPIER, H.J. (1985) *Der Vorbehalt des Gesetzes und seine Grenzen*, en *Die öffentliche Verwaltung zwischen Gesetzgebung und richterliche Kontrolle*, Götz/Starck (Hrsg.), C.H. Beck, München.

PERELMAN, Ch. (1979) *La logica juridica y la nueva retorica*, Civitas, Madrid, (trad. Díez-Picazo).

PEREZ TREMPES, P. (1985) *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985.

- *La naturaleza del recurso de amparo y su configuración procesal*, *Revista Vasca de Administración Pública*, No. 39, 1994, pag. 89 y ss.

PREUP, U. K. (1994) *Revolution, Fortschritt und Verfassung*. Fischer, Berlin.

PUNSET BLANCO, R. (1993) *Rehabilitación de la cláusula de supletoriedad del derecho estatal (STC 79/1992)*. *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, No. 5, Barcelona.

- *Normas impugnables y motivos impugnatorios en los procesos de control de constitucionalidad de las leyes*, *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 43, 1995, pag. 209 y ss.

- *Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de las leyes: consideraciones sobre la posible reforma de los artículos 39,1 y 40.1 de la LOTC*. *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, No 7, 1995, pag. 33 y ss.

- *Tribunal Constitucional y Organos judiciales en la tutela de la supremacía de la Constitución. Una perspectiva general*, *Revista Jurídica de Asturias*, No. 19, 1995, pag. 21 y ss.

- *Doctrina constitucional y organos judiciales*, *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 46, 1996, pag. 285 y ss.

REQUEJO PAGES, J. L., (1989). *Jurisdicción e independencia judicial*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

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

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

RODRÍGUEZ PIÑERO, Arozamena Sierra,... & Jimenez Campo. (1995). *Consideraciones sobre el control de constitucionalidad de la ley en el derecho español. En La Jurisdicción Constitucional de España. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: 1974-1994.* Madrid, España. Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Constitucionales.

ROUSSEAU, J.J. (1983). *El Contrato Social.* Ed. Sarpe, Madrid.

RUBIO LLORENTE, F., (1995) *Derechos fundamentales y principios constitucionales (Doctrina jurisprudencial).* Ariel, Barcelona.

RAMSAUER, U. (1986) *Die Rolle der Grundrechte im System der subjektiven öffentlichen Rechte.* Archiv des öffentlichen Rechts, Bd. 111, Hf 4, Frankfurt.

RODRIGUEZ-PIÑERO/ARZAMENA SIERRA/JIMENEZ CAMPO y otros. (1995) *La Jurisdicción constitucional en España. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 1979-1994,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

RUPP-V, BRUNNECK, W. (1970) *Darf das Bundesverfassungsgericht an den Gesetzgeber Appellieren?*, en Festschrift für Gerbhard Müller, J. C. B. Mohr, Tübingen.

SCHAPIRO, R.A., (1989) *The Legislative Injunction: A Remedy for Unconstitutional Legislative Inaction*, The Yale Law Journal, Vol. 99, No. 1. Pág. 231 y ss

SCHENKE, W.R., (1991) *Rechtsschutz gegen das Unterlassen von Rechtsnormen.* Verwaltungs Archiv, Hf. 3. Pag. 308 y ss.

SCHNEIDER, H.P., (1991) *Democracia y Constitución.* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

SCHNEIDER, R., (1964) *Rechtsschutz gegen verfassungswidriges Unterlassen des Gesetzgebers.* Archiv de öffentlichesn Recht, Bd. 89. Pag. 24 yss.

SEUFERT, L., (1969) *Die nicht erfüllten Gesetzgebungsgebote des Grundgesetzes und ihre verfassungsgerichtliche Durchsetzung,* en Beitrag zum Problem gesetzgeberischen Unterlassens, Würzburg.

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

STAHLER, K., (1966) *Verfassungsrechtliche Nachprüfung gesetzgeberischen Unterlassens.* München.

SUSTEIN, C., (1993) *The Partial Constitution*. Harvard Uni. Press, Cambridge/Massachusett.

SANTAMARIA PASTOR, J. A. (1972) *La teoria de la responsabilidad del Estado legislador*, Revista de Administracion Publica, No. 68, 1972, Barcelona.

SANTAOLALLA, F. (1994) *Television por cable y control de omisiones del legislador (STC 31/1994, de 31 de enero)*, Revista Española de Derecho Constitucional, No. 41, Madrid.

SANTOS VIJANDE, J. M. (1995) *Doctrina y jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Su eficacia respecto de los tribunales ordinarios*, Comares, Granada.

SARTORI, G. (1962) *Constitutionalism: a Preliminary Discussion*, The American Political Science Review.

SCHEUNER, U. (1974) *Staatszielbestimmungen*, en Festschrift für Forsthoff zum 70, Geburtstag, Schnur (Hrsg.), C. H. Beck, München.

SCHILLING, T. (1994) *Rang und Geltung von Normen in gestuften Reclusordnungen*, Berlin Verlag/Nomos, Berlin/Baden-Baden.

SCHLAICH, K. (1991) *Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, C. H. Beck, München.

SCHNEIDER, H. P. (1991) *Democracia y Constitucion*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

SNOWISS, S. (1990) *Judicial Review and the Law of the Constitution*, Yale University Press, New Haven, CT.

SOARES MANSO, J. A. (1981) *La fiscalización de la constitucionalidad de las leyes*, en El Tribunal Constitutional, Vol. III, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid.

STEIN, E. (1964) *Die verfassungsrechtlichen Grenzen der Rechtsfortbildung durch Rechtsprechung*, Neue Juristische Wochenschrift, Hf. 38/39, Berlin.

STONE/SEIDMAN/SUNSTEIN/TUSHNET. (1991) *Constitutional Law*, Little Brown and Company, Boston, Toronto, London, (2a. edic.).

SUNSTEIN, C. (1993) *The Partial Constitution*, Harvard University Press, Cambridge/Massachusett.

TOMAS Y VALIENTE, F. (1993) *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

TORNOS, J. (1993) *Legislacion basica y doctrina del Tribunal Constitucional*, Revista Vasca de Administracion Publica, No. 36, Barcelona.

TRIBE, L. H. (1988) *American Constitutional Law*, Foundation Press, Mineola, New York. (2a. edic.).

UMBACK, D. C. (1984) *Das Wesentliche an der Wesentlichkeitstheorie*, en Festschrift für Hans Joachim Faller, Zeidler/Maunz/Roellecke, C. H. Beck. München.

WAHL, R., (1981) *Der Vorrang der Verfassung*. Der Staat, Bd. 20, Hf. 4. pág. 485 y ss.

WESSEL, (1952). *Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsbeschwerde*. Deutsches Verwaltungsblatt, Hf. 6. pág. 161 y ss.

VARELA SUANZES, J. (1983) *La Teoría del Estado en los orígenes del Constitucionalismo Hispanico (Las Cortes de Cadiz)*, Centro de Estudios Constitucional, Madrid.

VEGA GARCIA, P. de. (1979) *Jurisdicción Constitucional y Crisis de la Constitución*, Revista de Estudios Políticos, No. 7, Madrid.

VERDROSS, A. (1968) *Zum Problem der Rechtsunterworfenheit des Gesetzgebers*, en Die Wiener Rechtstheoretische Schule, Klecatsky/Marci/Schambeck, Europa Verlag/Pustet, Frankfurt, Zurich. Salzburg, München.

VILLAR PALASI, J. L. (1975) *La interpretación y los apogemas jurídico-lógicos*, Tecnos, Madrid.

WESTBOMKE, K. (1976) *Der Anspruch auf Erlass von Rechtsordnungen und Satzung*, Duncker & Humblot, Berlin.

WRIGHT, G. H. v. (1979) *Norma y Acción, Una investigación lógica*, Tecnos, Madrid, (reimp. 1ª. ed. trad. García Ferrero).

YOUNES MORENO, D. (1994). *Derecho Constitucional Colombiano*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, Colombia.