

LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN UN NUEVO RETO PARA LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Ignacio VILLAVERDE*

*Omitir puede ser en ocasiones tanto como
contradecir¹*

SUMARIO: I. *Un fenómeno insoslayable: la inconstitucionalidad por omisión.* II. *La teoría del control constitucional de los silencios legislativos.* III. *La práctica del control de constitucionalidad de los silencios legislativos.*

I. UN FENÓMENO INSOSLAYABLE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

La Constitución democrática y social de derecho coloca al legislador en una peculiar posición política y jurídica. Sin lugar a dudas se trata del órgano constitucional dotado del mayor grado de legitimidad democrática en el seno del Estado fruto de su representatividad articulada a través del sistema electoral. Sin embargo, y pese a esa especial posición, es un órgano sujeto a control ya que, y con todo, está sometido a la Constitución que lo crea y que, además, le dota de plena legitimidad democrática. Ese sometimiento es el fundamento del control de sus actos por la justicia constitucional, quien, no estando dotada de ese mayor valor democrático que la Constitución otorga al legislador, debe ceñir ese su control a términos estrictamente jurídicos, por cuanto aquel mayor valor democrático del Legis-

* Profesor titular de derecho constitucional en la Universidad de Oviedo, España.

lativo le habilita justamente para ser éste quien pueda tomar decisiones basadas exclusivamente en criterios de oportunidad. Dentro de esa libertad de decisión, el legislador puede optar por permanecer pasivo, por estar callado, lo que en rigor supone no legislar. Ese silencio legislativo puede tener consecuencias contrarias a la Constitución cuando de él cabe derivar una norma implícita que crea o mantiene situaciones jurídicas no queridas por la Constitución. El legislador no es libre de decidir no legislar sin más. Sin embargo, no todo silencio sobre el particular constituye un silencio contrario a la Constitución, es decir, una omisión inconstitucional. En mi opinión, sólo aquellos silencios, bien de la ley (silencios relativos, esto es, cuando una norma legal contiene omisiones), bien del legislador (silencios absolutos, que son aquellos en los que hay ausencia total de ley),² que provoquen situaciones jurídicas contrarias a la Constitución pueden y deben ser declarados omisiones inconstitucionales.

2 Esta noción de silencio del legislador u omisión absoluta requiere de una breve aclaración. Esta noción no se refiere a la anomalías o lagunas legales en sentido no técnico, es decir, a aquellos casos en los que sobre cierta realidad no recae *deber ser* jurídico alguno. Esto es, el silencio absoluto que aquí se menciona no se identifica con la completa ausencia de una proposición normativa con forma y rango legales que sea aplicable a cierto hecho de la realidad. El silencio del legislador u omisión absoluta se refiere a aquellos supuestos en los que lo que falta es el enunciado legal que contenga aquella proposición normativa específica sobre esa realidad, con independencia de que otras dimensiones de esa misma realidad estén reguladas en un enunciado normativo legal o no. Por tanto es posible que exista una Ley sobre cierta materia, por ejemplo, la Ley que regula en España el Tribunal de Cuentas (artículo 136, CE), pero que esa forma jurídica no contenga un enunciado legal que regule, valga el caso, la existencia de un recurso de apelación para ciertos casos (STC 215/2000), o una Ley sobre los procesos penales seguidos contra menores que no regule aspectos como el lugar en el que deben realizarse las audiencias y vistas en estos peculiares procesos criminales (ATC 148/1999), o si la Ley que regula las elecciones sindicales no establece si la fórmula electoral es la mayoritaria o la proporcional (ATC 98/2000). En todos estos casos hay una forma jurídica que regula la materia (Tribunal de Cuentas, procesos penales contra menores, elecciones sindicales), pero entre sus enunciados faltan aquellos que debieran haber regulado cierto aspecto de esa materia. Hay para esa materia una omisión “absoluta”. La diferencia con los silencios de la ley u omisiones relativas radica en que en estas últimas sí hay un enunciado legal específico que regula la materia, pero lo hace de forma tal que omite extender esa regulación a ciertas dimensiones o porciones de esa materia generando una omisión relativa, es decir, en relación con la norma expresa establecida en el enunciado legal en cuestión. Sobre las categorías absoluta y relativa de la quiescencia legislativa véase Villaverde Menéndez, Ignacio, *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, pp. 40 y ss.

En esto consiste, a mi juicio y en síntesis muy apretada, el fenómeno de la inconstitucionalidad por omisión.

En muchas ocasiones es la inercia de los preconceptos y las ideas tradicionales lo que ofusca y cierra el paso a nuevas perspectivas en el derecho, olvidando más de lo que la prudencia exige que, al menos el derecho, es una “ciencia de perspectivas”, o para ser más precisos, una simple, pero no por ello menos capital, “técnica de perspectivas”. Al jurista no le corresponde buscar “verdades” o “esencias” contrastables con los hechos reales. El acto administrativo, el recurso de casación, la servidumbre de paso o la división de poderes no tienen realidad alguna que contrastar, ni responden en rigor al canon científico de la “verdad”. No hay un acto administrativo, un recurso de casación, una servidumbre de paso, una división de poderes “verdaderos” o “falsos” o “falsables”. Ninguno de estos típicos institutos o técnicas jurídicas gozan de “esencia” alguna. Son lo que los juristas queremos que sean, sin perjuicio, claro está, que para definir lo que son, los juristas no somos, ni debemos ser libres en la “perspectiva” desde la cual construir y explicar aquellos fenómenos del derecho. Como una técnica de perspectivas que es la ciencia jurídica, ofrecer una nueva perspectiva está sujeta a reglas de método porque de otro modo no sería posible la objetividad de ese conocimiento; y en el caso del derecho, la objetividad en la proposición de perspectivas constituye una condición indispensable de la adecuada consecución de su fin conjurando la pura arbitrariedad del voluntarismo.

Este *excursus* metodológico viene a cuento para detenernos un instante en la enorme resistencia que en ciertas culturas jurídicas se da frente a fenómenos como la inconstitucionalidad por omisión. Una categoría jurídica que no es más que una nueva perspectiva de la justicia constitucional.³

En efecto, sigue existiendo una profunda incomprensión frente a este fenómeno con el que, sin embargo, trabajan sin mayores aspavientos prácticamente todas las justicias constitucionales conocidas. No deja de ser curiosa la naturalidad con la que muchos tribunales constitucionales,

3 En realidad no es nada novedosa. Por poner un solo ejemplo, la ciencia jurídica alemana ya abordó esta categoría a finales del siglo XIX (Jellinek) y principios del XX (Kelsen), y la sometió a intenso estudio en los años cincuenta y sesenta de ese mismo siglo (Seufert, Seiwerth, Stahler, Wessel, Jülicher). Respecto del acercamiento al fenómeno por Jellinek y Kelsen, véase, Villaverde Menéndez, Ignacio, *La inconstitucionalidad...*, *op. cit.*, pp. 23 y ss.

entre ellos el español, resuelven controversias constitucionales en las que el objeto del debate procesal no es otro que el silencio del legislador o de la ley respecto de cierta cuestión y la compatibilidad con la Constitución de dicha quiescencia.⁴ Aunque, para ser justos, la ciencia jurídica europea ha ido asumiendo esta categoría de forma callada y paulatina, hasta el punto de que en este siglo XXI no se debate tanto sobre su existencia y oportunidad, como sobre los mecanismos adecuados para el control eficaz de ese silencio por parte de los órganos de la justicia constitucional.⁵

4 Y si no, repárese en las SSTC 49/1999, en la que la actuación integradora de la jurisdicción ordinaria, al tiempo que suple los silencios de la ley procesal criminal que regula las intervenciones de comunicaciones privadas en el seno de una instrucción penal, salva la inconstitucionalidad de esa misma norma legal justo por sus omisiones en la regulación de dichas intervenciones —que el TC reconduce a la falta de “certidumbre” en las reglas que la Ley ha fijado sobre ese particular— o la 47/2001 respecto de los silencios del legislador procesal al regular la prisión provisional o la 230/2001 y lo que la hoy derogada Ley Orgánica de Tratamiento Automatizado de los Datos Personales debió decir sobre las competencias de las comunidades autónomas en la materia; o la 235/1999 que pone un punto y final a la cuestión abierta en la STC 96/1996, que encomendaba al legislador la reparación de cierta situación contraria a la Constitución creada por cierta omisión en una de sus normas sobre entidades crediticias, haciendo una declaración de mera inconstitucionalidad de esa misma norma cuya omisión pese al tiempo transcurrido no fue atajada oportunamente por el legislador.

5 Buen ejemplo de ello son algunas de las últimas publicaciones habidas sobre este asunto. En España se ha incrementado grandemente el número de importantes publicaciones en la materia. Véanse las aportaciones de los trabajos de María Ángeles Ahumada Ruíz, “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 8, 1991, pp. 169 y ss.; Villaverde Menéndez, Ignacio, *op. cit.*; a los que siguieron el magnífico libro de Marcos Gómez Puente, *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, y el no menos reseñable de José Julio Fernández Rodríguez, *Inconstitucionalidad por omisión*, Madrid, Civitas, 1998. Tras estas publicaciones parece zanjada ya la discusión sobre el estatuto de la inconstitucionalidad por omisión, para dar paso a la discusión sobre su tratamiento por el Tribunal Constitucional español, caso del trabajo de Francisco Javier Díaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Valladolid, Lex Nova, 2001, en particular pp. 256 y ss., y su artículo, “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas relativas en el derecho comparado europeo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 61, 2001, pp. 81 y ss. Al margen de alguna aproximación al asunto un tanto desorientada, fruto sin duda del desconocimiento de las fuentes doctrinales y jurisprudenciales más elementales sobre el tema, como es el caso del opúsculo de Carlos Ruiz Miguel, “Crítica de la llamada inconstitucionalidad por omisión”, *Revista de las Cortes Generales*, núm. 51, 2000, pp. 117 y ss.; aunque la cita parcial de esas fuentes en su otro trabajo publicado junto con Fernando Adolfo de Abel

Pues bien, de esta última cuestión es de la que me voy a ocupar en este trabajo. En esta búsqueda, aunque resulte de urgencia y con la brevedad propia de un artículo, retomaré ideas plasmadas ya con mayor detenimiento en mis otros trabajos sobre la materia.⁶ De igual modo revisaré otras de aquellas ideas y reformularé alguna de mis tesis, porque los años no pasan vanamente. Pero antes de abordar el meollo de este trabajo, la propuesta de una fórmula eficaz de control constitucional de las omisiones legislativas, no queda más remedio que definir y describir sintéticamente el fenómeno y examinar la práctica constitucional más común, extremos de los que me ocuparé a continuación.

II. LA TEORÍA DEL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LOS SILENCIOS LEGISLATIVOS

La reciente jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo español según la cual la inconstitucionalidad declarada de una ley puede abocar a la declaración de responsabilidad pa-

Vilela, “La inactividad del legislador y activismo tardío del Tribunal Constitucional en materia televisiva. Acerca de la eficacia de los derechos fundamentales”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 33, 1999, pp. 51 y ss., no mejora el resultado. En Italia también parece seguirse esta senda, donde preocupa más el tipo de control y la decisión que debe adoptar la Corte Constitucional italiana en estos casos que la existencia misma del fenómeno, así Carmela Salazar, “Guerra e Pace” nel rapporto Corte-Parlamento: riflessioni su pecche e virtù delle additive “di principio” quali decisioni atte a rimediare alle “omissioni incostituzionali del Legislatore”, en *Corte Costituzionale e Parlamento. Profili problematici e ricostruttivi*, Ruggeri-Silvestri (a cura), Milán, Giuffrè, 2000, pp. 253 y ss.; Giusi Sorrenti, *Il seguito rovesciato: le decisioni interpretative di rigetto e l'attività del Legislatore*, en el mismo libro colectivo, pp. 289 y ss. Y no digamos ya la naturalidad con la que abordan la cuestión países como Portugal o Brasil, de los que da sobrada cuenta el libro de Julio Fernández antes citado y el más reciente trabajo de Joaquim Gomes Canotilho, *Direito constitucional e Teoria da Constituição*, 3a. ed., Coimbra, Almedina, 1999, p. 985, y véase también el trabajo de Juan Carlos Morón Urbina, “La omisión legislativa inconstitucional y su tratamiento jurídico”, *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, núm. 1, pp. 447 y ss.

6 “La inconstitucionalidad por omisión de los silencios legislativos”, *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, núm. 8, 1996, pp. 117-152; publicado luego, con algún añadido bajo el título *Le omissione del legislatore e il suo controllo giuridico*, *Giurisprudenza Costituzionale*, 1996, fasc. 2, pp. 3961-3999.

trimonial del Estado-legislador,⁷ ha puesto de nuevo sobre la mesa el asunto del alcance y efectos jurídicos de las declaraciones de inconstitucionalidad dictadas por los tribunales constitucionales, y ha movido a retomar la reflexión sobre el preciso objeto de control en la jurisdicción constitucional.

Esa aludida jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo incita a pensar que tras la inconstitucionalidad de una norma legislativa hay un responsable. Esta idea, más que discutible como ha puesto de relieve Ahumada Ruiz,⁸ contiene, aunque sea inconscientemente, una, a mi juicio no menos equivocada percepción de la función que le cumple desempeñar a la jurisdicción constitucional (sea ejercida ésta por uno o varios órganos del sistema jurisdiccional del ordenamiento jurídico en cuestión o tenga por objeto examinar en abstracto o en concreto la norma legal impugnada) y del *control jurídico* de los actos de los órganos del Estado como *elemento inseparable del concepto de Constitución*.⁹ La jurisdicción constitucional no enjuicia al legislador sino a la ley. Quizá el trabar una pretendida similitud entre la jurisdicción contencioso-administrativa y la constitucional,¹⁰ es el que ha podido llevar a pensar que los tribunales constitucionales, o aquéllos que tengan atribuida la competencia sobre el control de constitucionalidad de las normas con rango de ley, no sólo ejercen control sobre los actos del Poder Legislativo, sino que, además, pueden declarar responsable de los efectos perjudiciales que dichos actos provoquen a su autor, el legislador. Sucede, entonces, que la declaración de inconstitucionalidad de una ley lo es al tiempo de la responsabilidad del legislador por haberla promulgado.

7 Sobre esta jurisprudencia y sus implicaciones, véase el trabajo de María Ángeles Ahumada Ruiz, *El control...*, *op. cit.*, *passim*. Sobre esta cuestión también se pronunció Marcos Gómez Puente, *La inactividad...*, *op. cit.*, pp. 8 y ss. y 35 y ss.

8 Ahumada Ruiz, María Ángeles, “Responsabilidad patrimonial del Estado por las leyes inconstitucionales (o el derecho a no ser perjudicado por una ley inconstitucional)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 62, 2001, pp. 301 y ss.

9 Así, y por todos, Manuel Aragón Reyes, *Constitución y control del poder. Introducción a una teoría constitucional del control*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1995; del que hago un apretado resumen en mi libro *La inconstitucionalidad...*, pp. 119 y ss.

10 Acaso movida esa similitud por la creencia de que ambos órdenes no son sino jurisdicciones sobre el ejercicio del poder público, lo que es cierto, pero no razón suficiente para establecer esa mayor o menor identidad.

Es más, de forma sutil y latente, los rechazos a cualquier forma de control de los silencios legislativos no están fundados tanto en la defensa de la “legitimidad democrática” del legislador como en la comprensible censura a cualquier forma de control por un tribunal del hacer legislativo. En efecto, dicen quienes así piensan, si la inconstitucionalidad por omisión presupone la inexistencia de una norma legal, ya que su objeto es un silencio legislativo contrario a la Constitución, lo que se impugna en el proceso constitucional y lo que es el objeto de examen será justamente la inexistencia de ley, y, por tanto, el silencio del legislador; esto es, la decisión del legislador de no legislar. Del mismo modo, quién insta ese control no estará sino reclamando su derecho a que se promulgue la norma legal omitida, so pena de conculcar la Constitución.¹¹ No debe extrañarnos, pues, y acaso con mayor razón, que para quienes así piensen, una declaración de inconstitucionalidad por omisión no sea más que la declaración de responsabilidad del legislador, quien debiendo promulgar la norma legal en cuestión no lo hizo, incumpliendo con un mandato constitucional de legislar, y debiendo atender por ello a las responsabilidades derivadas de los perjuicios que su silencio haya podido ocasionar.

Sin embargo, cabe una vía distinta, que no contraria, y de alcance más amplio, según la cual, la supremacía de la norma constitucional, imperativo jurídico ligado al principio democrático (que no al Estado social), presupone la existencia de un control jurídico (que no político) sobre la actividad (en sentido amplio) del legislador que, en su condición de jurídico, y por imposición del propio principio democrático, sólo puede tener por objeto los actos (otra vez en sentido amplio) de ese poder público. Actos, que en lo que nos interesa ahora, son los actos normativos, que bien pueden ser normas explícitas contenidas en formas jurídicas determinadas como la ley, cuanto implícitas derivadas de sus silencios.¹²

11 Sobre esto véase Villaverde, Ignacio, *La inconstitucionalidad...*, op. cit., pp. 94 y ss. Éste es el fermento de las he denominado “tesis obligacionistas”, según las cuales sólo cabe el control del silencio del legislador cuando éste *incumpla* un mandato expreso y concluyente establecido en una norma constitucional; y de aquéllos que defienden que tras el control de las omisiones legislativas no se esconde sino un “derecho a la norma” no promulgada. De ambas cuestiones nos ocuparemos, siquiera brevemente, más abajo. Consúltese también, por sus tesis contrarias en principio a la “inconstitucionalidad por omisión” en el ámbito, justamente, del desarrollo de los derechos fundamentales por el legislador, Medina Guerrero, Manuel, en su libro *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Madrid, McGraw Hill, 1996.

12 Debe tenerse en cuenta que tras esa norma implícita no hay o no tiene por qué existir

Por ello la función de la jurisdicción constitucional no es controlar la actividad del legislador (o precisamente su inactividad), sino las normas que el legislador crea mediante sus actos legislativos o mediante su inactividad. Si es así, lo que es objeto de su función, porque así lo exige el principio democrático (que no el de división de poderes), es asegurar la supremacía jurídica de la Constitución mediante el control de constitucionalidad de las normas que emanan del Legislativo (y no el control del Legislativo mismo). Así pues, si de la inactividad legislativa, se trate de un silencio del legislador (silencio u omisión absoluta) o de un silencio de la ley (silencio u omisión relativos), se desprende una norma que regula cierta situación jurídica, norma que obviamente estará “implícita” (por oposición a la “explícita” que es la recogida en el texto de la ley) en ese silencio, no hay inconveniente técnico alguno para que la jurisdicción constitucional pueda examinar la constitucionalidad de esa norma emanada de la inactividad del legislador, como lo hace de las que emanan de su actividad. En un caso u otro lo que controla la jurisdicción constitucional no es más que la constitucionalidad de las normas que emanan del Poder Legislativo, lo que se corresponde con su función en un sistema constitucional democrático.

El punto de partida, como ya se ha indicado, es la supremacía de la Constitución y el indispensable control jurídico sobre la constitucionalidad de los actos de los poderes públicos como mecanismo irrenunciable para hacer valer aquella supremacía impuesta por el principio democrático. Ese control debe extenderse también a las consecuencias jurídicas de la inactividad legislativa, esto es, a la norma implícita en los silencios de la ley o del legislador para comprobar si crean situaciones jurídicas no queridas por la Constitución haciendo valer la supremacía constitucional y declarando inconstitucional ese silencio, de ser el caso, expulsando del ordenamiento la norma implícita inconstitucional que dicho silencio ha creado. Un mecanismo que en nada se distingue del control de constitucionalidad de la ley, salvo, a la vista está, en su objeto (y ya veremos

una voluntad legislativa de no legislar. De hecho, y esta sugerencia debo agradecerla a Marcos Gómez Puente, el efecto normativo de su inactividad puede pasarle inadvertido al legislador; lo que abunda en esa idea de que lo controlable son las normas implícitas derivadas de su quiescencia y que se manifiestan en los efectos jurídicos de su silencio y no la voluntad legislativa de no legislar.

que tampoco en esto, si el control recae en el silencio de la ley u omisiones relativas).

Por tanto, la resistencia a admitir como posible este tipo de control de constitucionalidad sobre los silencios legislativos deriva de las características del objeto mismo de control y de la posición constitucional que se le atribuye al legislador, precisamente, por imperativo del principio democrático. ¿Cómo va a contrariar la Constitución un legislador que se limita, consciente o inconscientemente, a guardar silencio? ¿Acaso no constituye una manifestación de esa su posición constitucional en los sistemas jurídicos democráticos la inmunidad de su quiescencia? La respuesta en ambos casos es negativa. En primer lugar, lo que se controla no es la inactividad del legislador, sino las consecuencias jurídicas de su inactividad; del mismo modo que el control constitucional ejercido sobre su ley lo es sobre el producto normativo de la actividad del Legislativo y no sobre esa misma actividad o sobre el órgano constitucional propiamente dicho.¹³ En segundo lugar, la posición constitucional del Legislativo e incluso su *plus* democrático no le hacen inmune cuando conculca la Constitución, y de hecho pueden infringirla simplemente guardando silencio. Y para que ese silencio sea lesivo de la Constitución no es necesario que afecte a aquellos deberes, explícitos o no, de legislar que la Constitución pueda imponerle (sin perjuicio de que así pueda ser y sea éste el caso más evidente y sencillo de omisión inconstitucional), ya que basta con que su silencio constituya una indebida forma de cierre de la apertura constitucional propia de las Constituciones democráticas, o, más simplemente, su silencio mantenga o cree situaciones jurídicas contrarias a la Constitución. La jurisdicción constitucional hará valer la supremacía constitucional expulsando del ordenamiento la norma implícita en el silencio legislativo que mantenga o cree esa situación jurídica que le es contraria, con independencia de que el legislador haya provocado cons-

13 Esto no quiere decir que no pueda establecerse un control sobre el Legislativo y su actividad. Pero, a mi juicio, dicho control dejaría de ser un control jurídico y pasaría a ser un control político, haciendo obligada la pregunta, cuya respuesta no es nada sencilla en un sistema jurídico democrático, acerca de si un juez constitucional puede tener atribuida esa función sin mutar su posición y función dentro de ese mismo sistema. Sobre este particular es muy ilustrativa la lectura del artículo de Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Verfassungsgerichtsbarkeit: Strukturfragen, Organisation, Legitimation*, Neue Juristische Wochenschrift, Hft. 1, 1999, pp. 9 y ss. Respecto de aquel interrogante, con más detenimiento, véase mi libro, *La inconstitucionalidad...*, op. cit., pp. 115 y ss.

cientemente o no esa situación, o que sobre el mismo pese un deber específico de legislar.¹⁴

La posición democrática del legislador no le otorga ninguna *patente de corso* para menoscabar el propio principio democrático, positivizado en la Constitución a la que está jurídicamente sometido, manteniendo o creando situaciones jurídicas inconstitucionales con ocasión de su silencio. Sin embargo, sí que esa misma posición, a mi juicio, impone ciertas reglas de juego entre la jurisdicción constitucional y el legislador que no permiten que cualquier sistema de control de esas omisiones y de declaración de su inconstitucionalidad sea factible técnicamente.

De esta segunda cuestión algo diré en el siguiente epígrafe de este trabajo. De la primera algo debe decirse ahora.

En efecto, la exigencia constitucional de control de los silencios del legislador no tiene su fuente en un principio constitucional distinto al democrático, ni es necesario ligar esa exigencia a Constitución *dirigente* alguna, simplemente porque dicho inexorable control deriva de la supremacía de la forma jurídica Constitución que impone el propio principio democrático. Por tanto, el control de constitucionalidad de las normas que componen un ordenamiento jurídico (que no sólo de los preceptos que las contienen) resulta ser ineludible, y su objeto no es el control de la activi-

14 Deber que es distinto claro está del deber genérico de someter su actuación a la Constitución, en el sentido del genérico deber de sujeción del artículo 9.1 de la CE, que, en todo caso, le impone precisamente el deber de reparar esas situaciones jurídicas contrarias a la Constitución que se mantienen o crea con su propia inactividad. Quede dicho también (y es otro malentendido generado por la segura oscuridad de los argumentos expuestos en mis trabajos) que no se excluye del fenómeno los incumplimientos de esos deberes específicos de legislar, ni debe incluirse sin más dentro de las denominadas tesis obligacionistas a quienes consideran que sólo a esos casos debe ceñirse la inconstitucionalidad por omisión. La única diferencia entre la tesis aquí defendida y la de estos autores (caso de Marcos Gómez Puente o Julio Fernández Rodríguez, por citar sólo a dos autores españoles y sin eludir las diferencias que hay entre sus propias tesis) es la mayor amplitud de la defendida por el autor de este artículo al admitir otros casos de inconstitucionalidad por omisión distintos a ese incumplimiento de deberes constitucionales de legislar.

Aunque en rigor la diferencia entre las tesis obligacionistas y la defendida por mi estriba en el motivo de inconstitucionalidad por omisión. Para los obligacionistas el silencio legislativo respecto de deberes constitucionales de legislar es de suyo contrario a la Constitución pasado o no un tiempo razonable en el que el legislador pudo cumplir con ese deber. Sin embargo, para mí, la inconstitucionalidad de la omisión sólo se produce cuando el silencio es la causa de la existencia de una norma implícita que crea o mantiene situaciones jurídicas contrarias a la Constitución.

dad o inactividad de los órganos del Estado, sino del producto normativo de su actividad o inactividad, puesto que es ese producto, en lo que ahora importa,¹⁵ el que debe su validez a su no contradicción con la Constitución.

Pues bien, si convenimos en que la inactividad del legislador puede crear normas implícitas contrarias a la Constitución, la supremacía de ésta impone expulsar esas normas inconstitucionales del ordenamiento jurídico. Así pues, lo relevante, a mi juicio, en el control de las omisiones inconstitucionales no es tanto si el legislador incumplió o no una obligación constitucional con su silencio, cuanto si la norma implícita que cupiera derivar de ese su silencio crea o mantiene situaciones jurídicas contrarias a la Constitución.

Es aquí donde dicha tesis se separa de las que he denominado “obligacionistas”,¹⁶ pues a diferencia de ellas, no considero necesario comprobar que existe un incumplimiento de una obligación constitucional contenida en un mandato constitucional para tener ese silencio por una omisión inconstitucional. Para los obligacionistas, y en términos de la STC 24/1982 (FJ 3), la inconstitucionalidad por omisión sólo existe cuando la Constitución impone al legislador la “necesidad de dictar normas de desarrollo constitucional y el legislador no lo hace”;¹⁷ o dicho con las palabras, de quien defiende con mayor energía este planteamiento en la doctrina española más reciente, Fernández Rodríguez, “la falta de desarrollo por parte del Poder Legislativo, durante un tiempo excesivamente largo, de aquellas normas constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo, de forma tal que se impide su eficaz aplicación”.¹⁸

15 Claro está que también la actividad de un poder público puede contrariar la Constitución, caso de que su actividad no respete el procedimiento establecido para llevarla a cabo, o si ella misma, la actividad, es contraria a alguna norma constitucional (un ley aprobada al margen del procedimiento legislativo, o una acción administrativa discriminatoria, respectivamente). Pero el caso es que, o se trata de un vía de hecho, que jurídicamente no es más que una forma espuria de formulación de reglas jurídicas concretas o siempre esa actividad se traduce en un producto normativo de la clase que sea, que sufrirá su invalidación por inconstitucional como consecuencia de la inconstitucionalidad de la actividad que lo ha creado.

16 Sobre este particular véanse las pp. 96 y ss. de mi libro *La inconstitucionalidad...*, *op. cit.*

17 En este sentido la sentencia 317/1994, FJ 4.

18 Fernández Rodríguez, José Julio, *La inconstitucionalidad...*, *op. cit.*, p. 81. Este autor ha puesto de manifiesto con que poca claridad expuse mis argumentos en contra de esta tesis

Pero no sólo son esas notas (norma constitucional de obligatorio y concreto desarrollo, falta de ese desarrollo en un tiempo excesivo e ineficacia de la norma constitucional por esa falta de desarrollo) las que definen el obligacionismo, sino, y esto es lo importante, que para quien lo defiende todo silencio legislativo respecto de una precepto constitucional que contenga una reserva de ley imperativa es, por definición, inconstitucional,

en mi libro *La inconstitucionalidad...*, *op. cit.*, pp. 96 y ss. Sin embargo, discrepo en los resultados que extrae de la misma, ya que según dice en su texto mi tesis desconocería “la mayor parte de situaciones de ineficacia del texto constitucional por no desarrollo, puesto que éstos no suelen modificar la Constitución, sino privarla de plena eficacia”; esto es, que según mi tesis las normas implícitas en el silencio legislativo se trocan en omisiones inconstitucionales porque, y sólo cuando, modifican la Constitución al margen de los procedimientos de reforma constitucional. Probablemente mi desconocimiento de las categorías jurídicas empleadas por el citado autor, como “eficacia”, “desarrollo” y “aplicabilidad” (que, por cierto, no se explican en su libro) me impiden comprender el alcance de la crítica. Pero lo que me deja perplejo es esa aparente asociación que me imputa entre inconstitucionalidad por omisión y mutación constitucional, ya que, según él, la primera sólo se daría en el caso de que se diese también la segunda. Cierto es que autores como Kelsen, o el propio Jellinek, han identificado toda norma contraria a la Constitución con una reforma constitucional efectuada al margen de los procesos dispuestos a tal fin (véase un desarrollo de esta cuestión y las oportunas referencias en mi libro, *op. cit.*, pp. 23 y ss.). Pero mi afirmación en cuanto a que una omisión inconstitucional se da cuando la norma implícita en el silencio legislativo contradice la Constitución al crear o mantener una situación jurídica que le es contraria nada tiene que ver con las mutaciones constitucionales, o con las reformas inapropiadas de la Constitución o con el control de dichas prácticas por los tribunales constitucionales. Tan sólo se dice que si la consecuencia del silencio legislativo es una norma contraria a la Constitución, se torna en una omisión inconstitucional; igual que le ley contraria a la Constitución es una ley inconstitucional. Obviamente, cuando así lo declare quien tenga la competencia de hacerlo. De la misma manera que este autor no piensa que la inconstitucionalidad de la ley sólo se da cuando la norma legal entraña una mutación constitucional, una omisión legislativa tampoco es inconstitucional sólo cuando es expresión de una mutación constitucional, salvo claro está, que adoptemos las tesis de Jellinek o Kelsen. O el autor de la crítica desconoce el sentido y las diferencias de nociones técnicas como mutación o reforma constitucional e inconstitucionalidad o, como ya he dicho, mis argumentos han distado mucho de ser todo lo claros que debieran haber sido. Por otro lado, lo que sí plantea serias dudas, que la doctrina clásica sobre el control de constitucionalidad (que excusa toda cita) ya ha puesto de manifiesto hace años, es esa oscura identificación entre inconstitucionalidad e ineficacia de las normas constitucionales. Afirmar que una norma es inconstitucional porque hace ineficaz en su aplicación a una norma constitucional requiere cuando menos una explicación del uso de ambas nociones: eficacia y aplicación, lo que no se hace en el texto de Fernández; que, por cierto, tampoco explica qué incidencia tiene esa aseveración respecto de la función que le compete desempeñar a los órganos jurisdiccionales encargados del control de constitucionalidad, ni, desde luego, sobre los límites que deben encontrar en su ejercicio.

con independencia de que resulte o no de ese silencio una situación jurídica contraria a la Constitución, o de que esa situación pueda ser atajada por los jueces y tribunales mediante las herramientas técnicas de integración de los vacíos legislativos provocados por el silencio en cuestión favoreciendo la existencia de una situación jurídica conforme con la Constitución. Es decir, lo relevante para el obligacionismo no es que la consecuencia de ese silencio sea una norma implícita que crea o mantiene una situación contraria a la Constitución, sino que con ese silencio el legislador ha vulnerado cierto tipo de reservas de ley: aquéllas que no sólo reservan a la ley cierta materia, sino que además imponen al legislador la obligación de crear esa ley. En suma, para el obligacionismo la inconstitucionalidad de la omisión deriva únicamente de la infracción de ciertas reservas de ley habidas en una Constitución.¹⁹

No sólo lo exiguo del ámbito propio del fenómeno, sino, y sobre todo, la distorsión que semejante tesis produce en la posición de la jurisdicción constitucional en el examen de los silencios legislativos imponen, en mi opinión, una cierta reserva respecto de su bondad teórica. En efecto, si la jurisdicción constitucional controla el silencio legislativo mismo al margen de sus reales consecuencias jurídicas, y, además, para ello, debe concederle al legislador un plazo razonable para cumplir con su obligación de legislar, deja al albur de la jurisdicción constitucional cuando realizar ese control y su resultado. Y si, además, el silencio es de la ley, esto es, se trata de examinar una omisión relativa, entonces se pronunciará sobre la opción legislativa misma indagando si ha sido o no adecuada para el desarrollo eficaz de la norma constitucional que contiene la reserva de ley en cuestión. Decisión más propia de un juicio de oportunidad política que no de un control jurídico sobre la constitucionalidad de las normas infraconstitucionales. Control, este último que constituye en rigor la función prístina de la jurisdicción constitucional.²⁰

19 De ahí que la tesis de Gómez Puente pese a ligar las omisiones inconstitucionales con incumplimientos de deberes constitucionales de legislar no pueda considerarse en puridad “obligacionista”, como sí pueden calificarse de este modo las de autores como Seufert, Seiwth o Jülicher, que han sido la causa de esta taxonomía. Véase Villaverde Menéndez, *La inconstitucionalidad...*, op. cit., pp. 97 y ss.

20 Parece que en este sentido crítico se pronunció la STC 45/1989, FJ 4, justamente sobre las omisiones en el desarrollo de los principios rectores de la política social y económica.

III. LA PRÁCTICA DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS SILENCIOS LEGISLATIVOS

La práctica de ese control de los silencios legislativos. Éste es el meollo del asunto en la actualidad. La dificultad estriba en encontrar la manera más eficiente de controlar y, en su caso, atajar las consecuencias negativas del silencio legislativo. A este fin, son dos los caminos seguidos por la doctrina y la jurisprudencia.

De un lado, están quienes siguen concibiendo la inconstitucionalidad por omisión como un mecanismo que ha de servir al control de la actividad misma del legislador cuyo propósito es evitar que con su pasividad se quiebre la normatividad superior de la Constitución desoyendo sus mandatos de legislar. Desde tal perspectiva, los mecanismos de la jurisdicción constitucional (control abstracto y concreto de normas, amparo de derechos fundamentales y resolución de conflictos de competencias entre entes territoriales) resultan de todo punto insuficientes para hacer efectivo ese control del silencio del legislador. Por ello, quienes defienden este enfoque, superponen a aquellos mecanismos clásicos de la jurisdicción constitucional otros adecuados a las peculiaridades del objeto de examen.

De otro lado, están quienes sostienen que esos mecanismos tradicionales de control de constitucionalidad de la actividad normativa del legislador también sirven para el control de su silencio, pues, a la postre, en ambos se trata de controlar normas de origen legislativo, explícitas o implícitas, que pueden resultar contrarias a la Constitución. Cualquier otro mecanismo de control de constitucionalidad de los silencios legislativos, al igual que de las leyes, alteraría sustancialmente las respectivas posiciones del legislador y de la justicia constitucional en un sistema jurídico democrático, sin que los escasos frutos que parece ofrecer aquel otro control de los silencios legislativos justifique el alto costo político-jurídico de esa alteración de posiciones. Comencemos con esta última propuesta.

1. *El control de los silencios legislativos a través de los mecanismos ordinarios de la justicia constitucional*

Debe distinguirse entre los silencios absolutos y los relativos para poder llevar a cabo un examen cabal de esta cuestión, ya que ambas figuras se sujetan a distinta solución.

A mi juicio, no existe realmente un control de constitucionalidad de las normas implícitas en omisiones absolutas, ni el juez constitucional examina la constitucionalidad de esas omisiones. Simplemente, donde el legislador calla al juez ordinario le es obligado no deducir de ese silencio norma implícita alguna contraria a la Constitución.²¹

Los silencios del legislador u omisiones absolutas, que implican la inexistencia de enunciado legal que regule cierta situación jurídica, suponen, en primer lugar la posible existencia de una laguna legal, o al menos de un vacío normativo, que permite la aplicación de otras normas jurídicas a esa situación jurídica; y en segundo lugar, que la norma implícita en ese silencio carece de rango jurídico (al no poseer forma jurídica alguna).²² Esta última circunstancia posibilita en los sistemas de control concentrado de constitucionalidad, que el juez o tribunal ordinario que se encuentre con semejante omisión pueda someter a control de constitucionalidad la norma implícita y acordar por sí mismo la expulsión de la misma de ese concreto ordenamiento. El juez ordinario integrará la supuesta laguna normativa mediante la interpretación conforme a la Constitución de la situación jurídica concreta que se somete a su examen haciendo uso de los instrumentos técnicos de la interpretación extensiva y analógica.

En realidad, en estos casos, se identifique o no el silencio legislativo con una laguna jurídica,²³ lo cierto es que tras la inconstitucionalidad por omisión absoluta no se esconde más que una interpretación judicial de una situación jurídica respecto de la que no hay norma legal alguna específica sobre la materia, incluso es posible que no haya norma alguna

21 En este extremo debo matizar mi tesis desarrollada en el libro *La inconstitucionalidad...*, *op. cit.*, pp. 126 y ss. y 176 y ss.

22 Sobre esta cuestión, Villaverde Menéndez, *La inconstitucionalidad...*, *op. cit.*, pp. 129 y ss.

23 Sobre la relación entre silencios legislativos y lagunas jurídicas consúltese Villaverde Menéndez, *La inconstitucionalidad...*, *op. cit.*, pp. 69 y ss. y Gómez Puente, *La inactividad...*, *op. cit.*, pp. 27 y ss.

sobre el particular, y sin embargo, deba fijar la regla concreta que la rija. De este modo, tras los silencios del legislador no hay más que un problema de interpretación-integración judicial del ordenamiento jurídico. Por ello, el posible recurso de amparo que quepa interponer contra la correspondiente resolución judicial no servirá tanto para controlar por el juez constitucional la constitucionalidad de la omisión legislativa absoluta, cuanto la integración que de la misma haya hecho el juez ordinario, y si la integración se hizo excluyendo efectivamente la norma implícita contraria a la Constitución derivada de ese silencio, y rellenando ese espacio jurídicamente vacío mediante una interpretación conforme con la Constitución.²⁴

Pongamos por caso la inexistencia en las leyes procesales militares españolas de la acción popular (STC 64/1999). El artículo 125 de la CE establece que los españoles podrán ejercer la acción popular en aquellos procesos penales que el legislador determine. Pues bien, la omisión de esa acción popular, que bien puede tenerse por una omisión absoluta, le plantea al juez ordinario la admisibilidad de la acción popular ejercitada en el ámbito procesal penal militar con el único fundamento del artículo 125 de la CE. En realidad el Juez no examinará la constitucionalidad de esa omisión del legislador, sino que interpretará el artículo 125 de la CE conjuntamente con el artículo 24.1 de la CE (derecho fundamental a la tutela judicial efectiva) y las leyes procesales penales generales que sí regulan la acción popular, con el propósito de integrar ese vacío legal y poder decidir si la regla en ese caso es la de inexistencia de la acción popular penal militar, rechazando su ejercicio y archivando la querrela, o su existencia, dándole el oportuno curso a la ejercitada. La exigencia que la Constitución le impone a este juez es la de rechazar toda regla para el caso que presuponga una norma que cree o mantenga una situación contraria a la Constitución. Como así podría ser si el artículo 125 de la CE estableciese como regla general la pertinencia de la acción popular en cualquier proceso penal en la forma que disponga el legislador, y el juez acordase el archivo de la ejercitada en el proceso penal militar

24 En este sentido también Javier Jiménez Campo para quien le corresponde al juez ordinario integrar la laguna o el vacío legal provocado por el silencio del legislador, así en su artículo "La declaración de inconstitucionalidad de la ley", *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, Rubio Llorente-Jiménez Campo, Madrid, McGraw-Hill, 1998, pp. 136-138. En este sentido pueden leerse las SSTC 36/1991, FJ 6, y 172/1996, FJ 2 o la ya aludida 49/1999.

porque su ley procesal no la prevé, pese a que pudiere aplicar por analogía las reglas que sobre la acción popular fija la ley procesal penal civil.

Otra cosa sucede con los silencios u omisiones relativas o de la ley. En estos casos hay enunciado legal que regula una determinada situación jurídica, pero lo hace defectuosamente, *omitiendo* en su regulación alguna de sus dimensiones. Olvido que puede acarrear la inconstitucionalidad de esa norma legal. En estos supuestos no existe propiamente una laguna, aunque sí un vacío normativo, y, además, varía el objeto del control de constitucionalidad. En efecto, en los silencios de la ley lo que es objeto de control es la norma legal explícita, aunque el motivo de su impugnación no sea su texto (el precepto), sino lo que justamente no dice su texto: la norma implícita que de su silencio quepa derivar. Aquí sí que lo examinado es la constitucionalidad de la norma implícita que se ve contagiada del rango y forma de la ley cuya omisión la contiene, provocando que no pueda ser el juez ordinario en los sistemas de jurisdicción constitucional concentrada quien pueda declarar su inconstitucionalidad y acordar su expulsión del ordenamiento jurídico (al margen claro del caso de las derogaciones de las normas legales preconstitucionales), sino el correspondiente juez constitucional.²⁵

Es aquí, pues, donde emerge con toda pujanza la utilidad de los procedimientos ordinarios de control de constitucionalidad por el juez constitucional como vías de control jurídico de las omisiones de la ley. Pero lo más interesante de esta cuestión es lo relativo a la tipología más idónea de pronunciamientos de los jueces constitucionales sobre el particular. En esto existe un cierto acuerdo sobre la idoneidad de las denominadas sentencias interpretativas, ya que, en definitiva, la existencia o no de la norma implícita contraria a la Constitución que muta el silencio de la ley en una omisión inconstitucional es, precisamente, una cuestión de interpretación.

El juicio de constitucionalidad sobre lo que omite un enunciado legal, no sobre lo que dice, presupone una interpretación tal de ese enunciado que haya puesto de manifiesto la existencia al lado de la norma explícita deducible de la literalidad del enunciado legal en cuestión otra implícita en lo que justamente ese enunciado omite y que puede ser contraria a la Constitución. Repárese, por ejemplo, en aquellos enunciados que otorgan

25 Sobre esto, Villaverde Menéndez, *La inconstitucionalidad...*, *op. cit.*, pp. 190 y ss.

sólo a los viudos el derecho a percibir cierta pensión, guardando silencio sobre las viudas. Es claro que el motivo de impugnación de ese enunciado es el silencio sobre las viudas, lo que puede incurrir en un trato discriminatorio por razón de sexo lesivo del principio de igualdad (artículo 14 en el caso de la CE). Lo que sucede es que la norma explícita en el enunciado legal impugnado en sede constitucional, aquélla que reconoce la pensión a los viudos, no es contraria a la Constitución, sólo lo es la implícita que excluye de ese beneficio a las viudas.

No dejaría de ser un exceso de la jurisdicción constitucional, al menos en esos casos en los que la norma implícita no va aparejada indefectiblemente al tenor del enunciado legal de cuyos silencios se induce, declarar inconstitucional el enunciado legal por lo que calla. Parece más adecuado limitar la declaración de inconstitucionalidad, esto es, la expulsión del ordenamiento jurídico, a las normas deducibles de ese enunciado legal que sean contrarias a la Constitución. Obrar así implica necesariamente una labor interpretativa del precepto legal impugnado, y una resolución de la impugnación dirigida a excluir las normas implícitas inconstitucionales de la práctica judicial (y administrativa) en la selección del derecho aplicable. De ahí que sean las sentencias interpretativas o las que declaren la mera inconstitucionalidad del enunciado legal impugnado las formas que se muestran más idóneas de resolver la cuestión.²⁶

Son muy diversas las facturas que puede adoptar una sentencia interpretativa. Cuando menos, por el mero hecho de que esas Sentencias pueden ser estimatorias o desestimatorias de la inconstitucionalidad del enunciado legal impugnado; y, a su vez, pueden declarar una u otra cosa fijando cuál haya de ser la interpretación correcta de ese enunciado legal para salvar su constitucionalidad o cuál la interpretación que del mismo debe quedar proscrita al ser contraria a la Constitución. A partir de estas elementales distinciones, la variedad de pronunciamientos es casi infinita.²⁷ Por lo que aquí interesa, la solución técnica ajustada al sentido y

26 En este sentido, recientemente, Jiménez Campo, *La declaración...*, op. cit., pp. 129 y ss.; Díaz Revorio *Las sentencias interpretativas...*, op. cit., pp. 268 y ss., y también en su *El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas...*, op. cit., passim; Markus González Beilfuss, *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, pp. 40 y ss.; Didier Ribes, “Existe-t-il un droit à la norme? Contrôle de constitutionnalité et omission législative”, *Revue Belge de Droit Constitutionnel*, núm. 3, 1999, p. 237 y ss., p. 261 y ss.

27 De ello da buena cuenta Carmela Salazar en su artículo ya citado “*Guerra e Pace nel rapporto Corte-Parlamento...*”, pp. 253 y ss. Interesante también las reflexiones que

alcance del control de constitucionalidad de las omisiones relativas es, a mi juicio, las sentencias interpretativas que se limitan a establecer qué norma implícita del silencio debe ser expulsada del ordenamiento jurídico por ser contraria a la Constitución, dejando incólume el enunciado legal; siempre, claro está, que la expulsión de aquella norma implícita no implique necesariamente la del enunciado legal que la contiene en, justamente, lo que no dice. En este último caso, la fórmula más adecuada es la declaración de mera inconstitucionalidad del enunciado legal, ya que el motivo de su inconstitucionalidad debe buscarse en su indisoluble anudamiento a una omisión relativa inconstitucional, y no en la norma explícita que el enunciado también contiene y que, por el contrario, puede ser perfectamente adecuado a la Constitución, resultando de todo punto infundada la extensión de la tacha de inconstitucionalidad a las situaciones jurídicas reguladas por esa norma explícita libre de toda duda constitucional. Volviendo al ejemplo de las pensiones de viudedad, ningún sentido tendría anular con efecto retroactivo el enunciado legal que reconoce la pensión a los viudos, que de suyo no es contrario a la Constitución, por el hecho de que no se la haya reconocido a las viudas, silencio que es el motivo único de la inconstitucionalidad del enunciado legal.

Efectivamente, en los casos de omisiones relativas es el enunciado legal lo que se impugna, y lo que incurre en inconstitucionalidad, y no su omisión, que opera como motivo de su impugnación ante el juez constitucional únicamente. De lo que se trata, entonces, es de ajustar la declaración de inconstitucionalidad y sus efectos a las causas de la inconstitucionalidad. Si la causa de la inconstitucionalidad de una norma legal está en lo que calla y no en lo que dice, parece conveniente ceñir los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de ese enunciado legal omisivo, esto es, la expulsión de la norma contraria a la constitución y la reparación de las situaciones antijurídicas creadas por ella con tal motivo, a la norma implícita en ese silencio.

Desde esta perspectiva, al margen de la regulación jurídica que haga cada ordenamiento del tipo y efectos de las declaraciones de inconstitucionalidad que pueden emitir sus jueces constitucionales, y atendiendo a las

sobre este particular hace Sorrenti en su trabajo ya citado *Il seguito "rovesciato": le decisioni interpretative di rigetto...*, *op. cit.*

razones que sobre este particular expuso Jiménez Campo,²⁸ también parece de suma importancia, al menos en aras de la seguridad jurídica, que en el fallo de la resolución del juez constitucional que declare una inconstitucionalidad por omisión de la ley, se fije con claridad qué norma implícita se expulsa del ordenamiento, e incluso qué efectos retroactivos deba tener esa declaración, lo que es especialmente pertinente en los casos en los que esa declaración y expulsión alcancen necesariamente al enunciado legal impugnado. Así, la forma de resolución judicial idónea sería una sentencia interpretativa que se limite, en palabras del citado autor, “estrictamente” a declarar la inconstitucionalidad de aquellas interpretaciones del enunciado legal que deduzcan de su omisión normas implícitas contrarias a la Constitución. Estimación material de la inconstitucionalidad que debe llevarse formalmente al fallo.

2. *Cuando el control de constitucionalidad de las omisiones legislativas va más allá de las sentencias interpretativas o de declaración de la mera inconstitucionalidad*

Pero también se han oído voces, y hay ordenamientos jurídicos (muy señaladamente el portugués y el brasileño, y en cierto sentido el norteamericano), en los que la reacción jurisdiccional ante los silencios legislativos han ido más allá de lo ya expuesto. En algunos casos estableciendo procedimientos específicos de control de la constitucionalidad del silencio legislativo en cualquiera de sus dos modalidades. En otros casos sumando a los controles ordinarios de constitucionalidad antes mencionados nuevas dimensiones en sus pronunciamientos y nuevos poderes para el juez constitucional que los emite.

Quienes reclaman ese *ir más allá* creando vías peculiares y propias de control de los silencios legislativos es si, además, de la expulsión de la norma implícita contraria a la Constitución el juez o tribunal que así lo aprecia puede hacer algo más que la integración de la laguna o vacío

²⁸ Los argumentos de Javier Jiménez Campo en este extremo me han llevado a matizar mi propia propuesta de sentencias interpretativas desestimatorias de la inconstitucionalidad del enunciado legal omisivo, sin perjuicio de que materialmente fuesen estimatorias al contener en los fundamentos jurídicos de la sentencia el juicio negativo y la expulsión del ordenamientos de aquellas normas implícitas en la omisión contrarias a la Constitución. En puridad, la propuesta de Jiménez Campo es la que formalmente puede denominarse “sentencia declarativa de la inconstitucionalidad por omisión de una ley”. Véase de este autor, *La declaración..., op. cit.*, pp. 130 y ss.

legal mediante una interpretación conforme de la situación jurídica concreta a la que debe dar una respuesta normativa, así, fijando por sí reglas concretas para el caso, aun en materias sujetas a reserva de ley²⁹ (incluso con la imposición de prestaciones patrimoniales y obligaciones pecuniarias a cargo del poder público en cuestión) o, simplemente, ordenando al legislador que legisle en esa materia so pena de incurrir en responsabilidad, al modo de las *legislative injunctions* de los jueces norteamericanos o de los *mandados de injeção* de los jueces brasileños.³⁰ Las razones de que se hayan tratado de articular sistemas de control y sanción de las omisiones inconstitucionales ha sido la aparente impunidad con la que actuaría el legislador cuando a la vista de que en el caso de sus silencios absolutos lo que es objeto de aquel control y aquella sanción es la selección que del derecho aplicable hace el juez ordinario. En rigor, la función de esos mecanismos es la de buscar una fórmula eficaz para afrontar las consecuencias de ese silencio del legislador mediante la atribución al juez ordinario del poder jurídico de crear una norma *ex novo* para ese caso, habitualmente deducida directamente de los preceptos constitucionales en

29 Sobre el límite que la reserva de ley puede imponer a la labor integradora de jueces y tribunales, en particular al empleo de la analogía, véase Villaverde Menéndez, *La inconstitucionalidad...*, *op. cit.*, pp. 148 y ss. Éste pudiera ser el caso de la STC 74/1997 y la imposibilidad de que el juez pueda corregir una desigualdad en un tipo penal (en ese caso se trataba del delito de incumplimiento del pago de las pensiones de alimentos o compensatoria fijadas judicialmente en los casos de crisis matrimonial que contemplaba únicamente el impago de las pensiones de los hijos matrimoniales, artículo 487 bis del Código Penal español de 1973), acudiendo a la analogía o a la interpretación extensiva *in malam partem*, so pena de infringir el principio constitucional de legalidad penal (artículo 25, CE), ya que está reservado al legislador la definición de los tipos penales. Con esa bien intencionada integración extensiva o analógica del artículo 487 bis, citado a los hijos naturales el juez penal no estaría sino creando un nuevo tipo penal, lo que le veda el artículo 25 de la CE.

Véase el comentario de esta sentencia de Francisco Caamaño Domínguez en la sección de jurisprudencia constitucional de la *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 50, 1998, pp. 183 y ss.

30 Sobre las primeras, además del conocido artículo de Robert Schapiro, *The Legislative Injunction: A Remedy for Unconstitutional Legislative Inaction*, *The Yale Law Journal*, VI. 99, núm. 1, 1989, pp. 231 y ss., véase en general la obra de Owen Fiss, *Injunctions*, Mineola, Foundation Press, 1984 (2a. ed. con Doug Rendleman), sobre los modelos brasileño y portugués realiza un magnífico estudio Fernández Rodríguez, *La inconstitucionalidad...*, *op. cit.*, pp. 273 y ss.; sin perjuicio, claro está, de la consulta de los trabajos específicos dedicados al asunto en cada país de los que da sobrada cuenta el mencionado y autor.

aquellos casos, desde luego, en los que la norma constitucional no es aplicable directamente (caso en el que no existiría en puridad una omisión legislativa).

Estos mecanismos, y muchas de las soluciones alternativas al empleo de las vías ordinarias del control de constitucionalidad de la ley para reparar las omisiones inconstitucionales están ligados al reconocimiento de un supuesto *derecho a la legislación* o a la *emanación de normas legales* reconocido al individuo que ve su esfera jurídica menoscabada fruto del silencio del legislador.³¹ Ese *derecho a la norma*, que sería la consecuencia necesaria del control de constitucionalidad de las omisiones (de las absolutas y también de las relativas), en realidad no supone ninguna efectiva imposición al legislador de un deber real de legislar. O dicho en otras palabras, cuando se habla de un derecho a la norma derivado de la omisión inconstitucional, incluso derivado sin más de la obligación de legislar cuya inobservancia funda la declaración de inconstitucionalidad por omisión y lesiona ese derecho, en realidad no se está imponiendo ningún deber efectivo de crear normas ya que no hay manera coercitiva alguna de imponer ese deber, a menos que quebrems la inviolabilidad del legislativo y su autonomía política. Aspectos de muy difícil renuncia mientras el legislador siga siendo el órgano democráticamente legitimado por excelencia.

Así pues, aquel derecho, aun pudiendo hacerse valer ante los tribunales, como parece ser el caso de las aludidas *legislative injunctions* y *mandados de injeção*, se agota en la declaración de la inconstitucionalidad de la omisión fruto de la inobservancia de la obligación de legislar que pesa sobre el legislador, quien incurre en responsabilidad mientras no legisle, y la declaración también del deber de reparar el daño sufrido por el particular, que no tiene obligación legal alguna de soportar las consecuencias perjudiciales que conlleva ese silencio. En realidad el derecho

31 Sobre el denominado “derecho a la norma” véanse Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 6a. ed., Coimbra, Almedina, 1995, pp. 1092 y 1093, y también sus trabajos, “Tomemos a sério o silêncio dos poderes públicos. O direito à emanação de normas jurídicas e a protecção judicial contra os omissões normativas”, *As garantias do cidadão na justiça*, pp. 309 y ss., Sao Paulo, Saraiva, 1993, y *Direito constitucional e teoria da constituição*, 3a. ed., Coimbra, Almedina, 1999, p. 985. Véase también *Rechtsschutz gegen das Unterlassen von Rechtsnormen*, Verwaltungs Archiv, Hf. 3, 1991, pp. 308 y ss. y pp. 318 y ss.; Villaverde Menéndez, *La inconstitucionalidad...*, *op. cit.*, pp. 97, 131 y ss. y Fernández Rodríguez, *La inconstitucionalidad...*, *op. cit.*, pp. 215 y ss.

a la norma no es más que el derecho a ser reparado por la omisión inconstitucional, bien con una aplicación directa del precepto constitucional cuyo mandato de legislar ha sido infringido o a través de una interpretación judicial integradora del silencio que puede desbordar los límites de la reserva de ley, fijando para el caso una regla jurídica concreta (técnicas de cierta utilidad en el caso de procesos de amparo de derechos fundamentales, y así se han concebido las vías de control de omisiones legislativas en Brasil), o bien declarando la obligación del legislador de reparar el daño ocasionado por su quiescencia.

Esto último puede dar pábulo a las reclamaciones individuales contra el Estado-legislador por sus omisiones inconstitucionales, al igual que parece abrirse paso en la actualidad, al menos en España, el reconocimiento de esa responsabilidad en el caso de la declaración de inconstitucionalidad de una ley.³² De este modo, obviamente se sanciona de veras al *responsable* de ese silencio vulnerador de la Constitución, y se podría reparar el perjuicio sufrido a consecuencia de la norma implícita en esa omisión. Ahora bien, y así lo apunté ya en otro lugar,³³ difícilmente puede exigirse otra responsabilidad al legislador que no sea la patrimonial, ya que no parece posible que a los miembros del cuerpo legislativo se les pueda imponer responsabilidad individual alguna por una conducta que en rigor sólo es imputable al órgano constitucional y no a sus miembros.³⁴

Otra de las vías es el recurso directo de inconstitucionalidad contra silencios del legislador, también previstos en el ordenamiento jurídico portugués y brasileño. En estos procesos constitucionales, confeccionados a imagen y semejanza de los recursos directos de inconstitucionalidad contra la ley, el meollo del asunto estriba en la forma y efectos del fallo del juez constitucional que declare la inconstitucionalidad por omisión.³⁵

Pero aquí, y en lo que ahora interesa, el reproche que cabe hacer a dicha vías recursales es su relativa ineficacia jurídica, por muy eficaces que puedan ser políticamente. Desde luego, ese proceso constitucional

32 Sobre esta cuestión Ahumada Ruiz, *Responsabilidad patrimonial del Estado...*, *op. cit.*

33 *La inconstitucionalidad...*, *op. cit.*, pp. 181 y ss.

34 Éste es el gran escollo que impide la extensión de la *Legislative Injunctions* norteamericanas, que han dado frutos en el ámbito administrativo, y en particular, en el de la administración, por así decirlo, “local”, al ámbito del legislador (estatal o federal). En ese ámbito las *Injunctions* apenas son algo más que *recomendaciones* o *apelaciones* al legislador.

35 Sobre esos mecanismos en Portugal y en Brasil véase la nota 30.

podrá concluir con una sentencia estimatoria y declarativa de la omisión inconstitucional. Pero poco más. La cuestión, como ya se ha apuntado antes es saber si el sutil y complejo entramado orgánico funcional trabado entre las posiciones que les cumple ocupar en un Estado democrático y de derecho al legislador y al juez constitucional, permite que éste sea capaz de integrar por sí solo el vacío legal causado por la expulsión del ordenamiento de la norma implícita declarada inconstitucional.

De hecho, algún juez constitucional como el Tribunal Constitucional Federal de Alemania puede dictar medidas provisionales en tanto el legislador hace lo propio. Esa sentencia que declara la inconstitucionalidad por omisión de un silencio del legislador o de la ley no deja de ser una *apelación al legislador* reforzada por la posibilidad de que el juez constitucional emita normas provisionales dirigidas a paliar los efectos perjudiciales del silencio legislativo.³⁶ La provisionalidad de la norma así creada intenta paliar la manifiesta ruptura de aquel complejo y sutil entramado institucional. Pero con todo, el legislador puede insistir en su silencio, y no parece muy de recibo que aquella ordenación provisional de origen judicial se torne en definitiva.

Y a mi juicio, y con ello concluyo este trabajo, las declaraciones de inconstitucionalidad por omisión obtenidas en procesos específicos de control de silencios legislativos como el aludido, sólo alcanza plena eficacia si, más allá de ser una simple apelación al legislador contenida en los fundamentos de la sentencia, se fija en el fallo mismo las reglas aplicables al caso, sustituyendo en esto al legislador y pudiendo sortear el límite de la reserva de ley a esa labor integradora de lagunas y vacíos legales. Sin perjuicio de que el legislador puede *derogar* en cualquier momento esa regulación sin incurrir por ese sólo motivo en género alguno de infracción constitucional. El juez constitucional ocuparía así una posición subsidiaria respecto del legislador, que encontraría fundamento

36 Sobre la cierta inutilidad de esas apelaciones puede verse el caso de las SSTC 96/1996 y 235/1999. En la primera se apeló al legislador cuando se dijo que no se declaraba inconstitucional cierto precepto legal por sus omisiones ya que era cosa del legislador corregir esa situación. Finalmente, en la segunda de las sentencias el TC consideró que ya había transcurrido suficiente tiempo desde esa advertencia sin que el legislador hubiese reparado aquella tacha de inconstitucionalidad. Por ese motivo en esta STC 235/1999 se declara la “mera” inconstitucionalidad del enunciado legal por lo que omite, tras unas interesantes reflexiones sobre el alcance del artículo 39 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español (que parece aparejar la declaración de inconstitucionalidad con una inexorable nulidad retroactiva de la norma impugnada).

en su también legitimación democrática y en su función de garante y protector de los individuos frente a la pasividad de su legislador.³⁷ A mi entender no parece haber otra forma de lograr que los procesos de impugnación directa de silencios legislativos, como el contemplado en el artículo 283 de la Constitución portuguesa, alcancen una eficacia jurídica mayor que el de la simple denuncia de una inconstitucionalidad y su comunicación al Legislativo.

37 Consúltense los trabajos de Gomes Canotilho, “¿Revisar la/o romper con la Constitución dirigente? Defensa de un constitucionalismo moralmente reflexivo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 43, 1995, pp. 9 y ss. y 19; Ribes, *Existe-t-il un droit à la norme?...*, *op. cit.*, pp. 273 y 274; Morón Urbina, *La omisión legislativa inconstitucional...*, *op. cit.*, pp. 477 y ss.