



*Una amistad inteligente*

**COORDINACIÓN DE ESTUDIOS DE POSTGRADO  
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL**

**EL PROCESO DEL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS  
OMISIONES LEGISLATIVAS INCONSTITUCIONALES EN VENEZUELA.**

Trabajo de Grado para optar al Título de Especialista en Derecho Procesal Constitucional.

**Autora: Himara Moncada  
Tutor: José Vicente Haro**

**Caracas, abril 2011**

## **APROBACION DEL TUTOR**

En mi carácter de Tutor del Trabajo Especial de Grado, presentado por la ciudadana Abogada **HIMARA MONCADA PÉREZ**, titular de la cédula de identidad N° V.-13.792.330, para optar al Grado de Especialista en Derecho Procesal Constitucional, cuyo título es: *El proceso del control de la constitucionalidad de las omisiones legislativas inconstitucionales en Venezuela*, considero que dicho trabajo reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la evaluación por parte del jurado examinador que se designe.

En la ciudad de Caracas, a los 01 días del mes de abril de 2011.

---

**José Vicente Haro**  
**C.I: V.-13.066.473**

## **DEDICATORIA**

*A mi Mamita linda, por su gran amor, ánimo, paciencia y comprensión ante tanta ausencia.*

*A mi esposo, por su innegable apoyo, paciencia y comprensión.*

*A Gaby, luz de mis ojos, para que sirva de estímulo y ejemplo a seguir.*

## *AGRADECIMIENTOS*

*A mi estimado profesor y tutor*

*José Vicente Haro*

*Quien con su sabia, acertada y  
esclarecedora orientación, allanó los  
caminos para la cristalización de este  
esfuerzo.*

*A mi estimada profesora*

*Beatriz Martínez*

*Su optimismo, apoyo y entusiasmo  
Me animaron siempre.*

*Gracias*

## TABLA DE CONTENIDO

	<b>Pág.</b>
Aprobación del Tutor.....	Ii
Dedicatoria.....	Iii
Agradecimientos.....	iv
Resumen.....	vii
 <b>INTRODUCCIÓN.....</b>	 <b>1</b>
 <b>CAPÍTULOS</b>	
<b>I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....</b>	
1.1 Exposición de la situación.....	4
1.2 Objetivos de la investigación.....	8
1.3 Justificación.....	9
1.4 Metodología.....	10
 <b>II. EL DEBATE SOBRE EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS OMISIONES LEGISLATIVAS.....</b>	 <b>12</b>
 <b>III. SENTIDO Y ALCANCE DE LAS OMISIONES LEGISLATIVAS....</b>	 <b>27</b>
3.1 ¿Qué son las omisiones legislativas inconstitucionales?.....	30
3.2 ¿Cuándo se controla?.....	33
3.3 Alcance de las omisiones legislativas inconstitucionales.....	37
 <b>IV. EL PROCESO DEL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS OMISIONES LEGISLATIVAS INCONSTITUCIONALES</b>	
4.1 Objeto del control.....	42
4.2 Órgano de control.....	44
4.3 Legitimación.....	44
4.4 Formalidades aplicadas al proceso.....	47
4.5 Admisibilidad.....	48
4.6 Medidas cautelares.....	51
4.7 Trámite de notificaciones.....	58
4.8 Intervención de terceros.....	62
4.9 Pruebas.....	64
4.10 Audiencia pública.....	69
4.11 Sentencias (parámetro y alcance).....	72
4.12 ¿Puede la Sala Constitucional integrar el orden normativo en el caso concreto?.....	83
4.13 ¿Puede la Sala Constitucional sustituir al legislador frente al incumplimiento del plazo acordado?.....	88
4.14 ¿Qué debe hacer la Sala Constitucional frente a las omisiones legislativas inconstitucionales?.....	92

4.15	Tipos de sentencias.....	97
4.16	Efectos de la sentencia.....	99
4.17	Ejecución de la sentencia.....	105
<b>V.</b>	<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>113</b>
	<b>REFERENCIAS.....</b>	<b>120</b>



**Coordinación de Estudios de Postgrado  
Especialización en Derecho Procesal Constitucional  
Caracas, Distrito Capital**

**EL PROCESO DEL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS  
OMISIONES LEGISLATIVAS INCONSTITUCIONALES EN VENEZUELA.**

**Autora:** Himara Moncada

**Tutor:** José Vicente Haro

**Fecha:** Abril 2011

**RESUMEN**

El propósito del presente trabajo fue el estudio del proceso del control de la constitucionalidad de las omisiones legislativas inconstitucionales en Venezuela, figura que fue concebida por primera vez en Venezuela en la Constitución de 1999, específicamente en su artículo 336 numeral 7, la cual tiene como finalidad el control por parte del Poder Judicial, a través de la Sala Constitucional, de la inactividad del Poder Legislativo. La inactividad legislativa resulta ser inconstitucional, cuando no se legisla dentro de un plazo razonable o en el constitucionalmente previsto, sobre aquellos preceptos constitucionales que requieren de desarrollo legislativo para que tengan una efectiva aplicación material. Este control consiste no solo en una mera declaratoria de inconstitucionalidad de la omisión legislativa, sino que la Sala Constitucional también está facultada para establecerle al legislador un plazo para que subsane su omisión, o de ser necesario dictar los lineamientos para su corrección. Esta atribución constitucional se encuentra plagada de grandes controversias, pues ante tal amplitud dada al Poder Judicial para controlar la actividad de otro Poder Público, surge la necesidad de delimitar tal control, para evitar que el mismo culmine siendo una herramienta para incurrir en intromisiones o abusos inconstitucionales, violatorios por ende de los principios que rigen en un Estado Democrático y de Derecho. En tal sentido, se concluyó en la imperiosa necesidad de garantizar la supremacía y normatividad del Texto Constitucional, ante el silencio del legislador, con el establecimiento de criterios jurídicos derivados de la integración normativa para la inmediata aplicación de la norma constitucional. El estudio incluyó elementos del tema a través de una revisión de la doctrina, así como a las sentencias emitidas al respecto por la Sala Constitucional; configurándose como una investigación en un nivel descriptivo de tipo documental, basada en el análisis y desarrollo conceptual, con apoyo en una amplia revisión bibliográfica.

**Descriptor:** Control de la constitucionalidad, omisiones legislativas inconstitucionales, sentencia de inconstitucionalidad, interpretación constitucional.

## INTRODUCCIÓN

---

Las características de supremacía y suprallegalidad de la Constitución y su carácter normativo, han originado el establecimiento de una importante figura con el propósito de garantizar la efectiva materialización de los derechos en ella consagrados, debido a que la Constitución puede verse transgredida no solo con la acción del legislador, es decir, cuando dicta leyes, sino también a través de su inactividad o silencio, vale señalar, cuando ha dejado de dictar las leyes que se hacen obligatorias ante la inminente necesidad de materializar los preceptos constitucionales.

Esa figura jurídica, no es otra que el control ejercido por la Jurisdicción Constitucional sobre el incumplimiento de aquellos mandatos impuestos al legislador por la Constitución para el desarrollo de sus preceptos, es decir, las omisiones inconstitucionales del Poder Legislativo, cuya aceptación no es unánime en la doctrina y pocos son los ordenamiento jurídicos que la han previsto, radicando el problema en la efectiva operatividad de las posibles soluciones judiciales para remediar el silencio legislativo, y por cuanto es donde más se pone de relieve la tensión de las relaciones entre el Poder Legislativo y la Jurisdicción Constitucional, no obstante debe decirse, cada vez tiene mayor aceptación, ante la necesidad de controlar el silencio legislativo, que en efecto, conllevan al incumplimiento de la Constitución, pero sin dejar de lado la obligación de compatibilizar la exigencia de la vigencia plena e inmediata de la Constitución, con los principios medulares de un Estado Democrático y de Derecho.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), reguló por primera vez el control de la constitucionalidad de las omisiones legislativas inconstitucionales, en su artículo 336 numeral 7.

El mencionado control de la constitucionalidad, conforme a lo previsto en el artículo 336.7 constitucional, es el que efectúa la Sala Constitucional del

Tribunal Supremo de Justicia, con el propósito de declarar la inconstitucionalidad de las omisiones legislativas en que ha incurrido el legislador cuando ha dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de la Constitución o las haya dictado en forma incompleta o deficiente, en virtud de un mandato concreto de legislar en un plazo razonable. Y no solo la Sala está facultada para declarar la inconstitucionalidad, sino que puede establecer un plazo para que el legislador subsane su omisión o inactividad, y de ser necesario dictará los lineamientos para su corrección.

Esta institución jurídica que no es propia de la doctrina contemporánea, pues ya Jellinek y Kelsen hablaban sobre las violaciones a la Constitución, derivadas de la inactividad del legislador en relación con el mandato constitucional de legislar. (Casal: 2003).

Ahora bien, el mencionado mecanismo de control como categoría del control de la constitucionalidad, se encuentra plagado de grandes controversias doctrinarias, ante la necesidad de determinar los límites de la jurisdicción constitucional frente a las actuaciones del Poder Legislativo, pues no debe olvidarse que en un Estado Democrático y de Derecho rigen principios medulares, como lo es el reparto constitucional de las funciones públicas. (Casal: 2003).

Ante tal control constitucional, se sostiene que se violan principios constitucionales, a saber, el de separación de poderes y el de legalidad y reserva legal. Pero cómo antítesis a ello se encuentra la necesidad de establecer mecanismos jurídicos que aseguren la eficacia material de la Constitución, como “*norma normarun*”.

De manera, que este control jurisdiccional sobre la inactividad del Poder Legislativo, reviste una gran importancia que amerita ser estudiada y analizada, a los efectos de establecer la justificación, sentido, alcance y límites de ese control, pues es evidente que se está en presencia como lo señala Escudero (2005:2) “ (...) de un verdadero “*poder*” que, al convertirse en la

*última voz sobre la constitucionalidad y validez de las actuaciones públicas, tiene la capacidad de decidir los rumbos de una sociedad.”*

El presente trabajo tuvo como objetivo, analizar el proceso del control constitucional de las omisiones legislativas inconstitucionales en Venezuela, ante la necesidad de determinar, que hacer frente aquellas violaciones a la norma suprema, derivadas ya no por acción del legislador, sino por su inactividad u omisión en desarrollar aquellos preceptos constitucionales de eficacia limitada. Para ello se configuraron como objetivos específicos, determinar si efectivamente mediante la declaratoria de inconstitucionalidad se controla o no se controla, las omisiones legislativas inconstitucionales, el sentido y alcance de las mismas, y por último, se revisó el procedimiento del control constitucional de las omisiones legislativas inconstitucionales en Venezuela.

Es importante destacar, que la presente investigación estuvo orientada solamente a la revisión y análisis de las omisiones inconstitucionales derivadas del órgano legislativo; previstas en el artículo 336.7 Constitucional. Vale efectuar tal aclaratoria, pues la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (2010), amplió el control de la constitucionalidad de las omisiones a la actuación de otros órganos del Poder Público.

Para la realización de la investigación se revisó y analizó críticamente las distintas fuentes de información escritas sobre el tema, tanto a nivel nacional como extranjeras, así mismo, se revisó la experiencia en el Derecho Comparado. Cabe destacar, que en este trabajo se hizo énfasis en el desarrollo de la jurisprudencia nacional.

### **1.1 Exposición de la situación.**

Señala García de Enterría (1994), la Constitución es una norma jurídica efectiva, por tanto aplicable por sí misma, es decir, tiene valor normativo que trae como consecuencia que estén sujetos a sus preceptos, tanto los ciudadanos como los poderes públicos, sin excepción, y no solo al Poder Legislativo por mandatos o instrucciones que solo a éste le corresponde desarrollar, sino a todos los jueces y tribunales. Aduce asimismo, que “(...) *no es solo una norma, sino precisamente la primera de las normas del ordenamiento entero, la norma fundamental (...)*”.

Es evidente entonces, que la Constitución tiene como atributo, la supremacía jurídica o “supralegalidad”, en los términos de Aragón Reyes, condición necesaria para mantener su carácter de norma jurídica superior del ordenamiento jurídico. Del mismo modo, es imprescindible que operen mecanismos de control jurídico de la constitucionalidad, a los efectos de mantener incólume su supremacía jurídica, ante cualquier transgresión que pudiera sufrir por parte de otras normas posteriores o ante la ausencia de normas que garanticen la operatividad o materialización de las normas constitucionales.

De igual manera se debe añadir, que las Constituciones contemporáneas además de tener un carácter normativo y vinculante, están impregnadas de preceptos relativos a derechos fundamentales de los individuos, que la hacen de aplicación directa e invocable por ante los jueces.

Así tenemos, que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) en su artículo 7 señala “*La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico (...)*” desprendiéndose de este enunciado el reconocimiento de los atributos de supremacía y supralegalidad de la Constitución.

Para mantener esa supremacía jurídica, nace el sistema de justicia constitucional, que en Venezuela tal como lo señala el Profesor Haro (2004: 253) “(...) *comprende el control concentrado de la constitucionalidad, el control difuso de la constitucionalidad y el amparo constitucional.*”

Estos son los mecanismos tradicionales para hacer valer la supremacía de la Constitución, cuando alguna ley pretenda vulnerarla, pero de igual manera la Constitución puede ser transgredida cuando el legislador permanece inactivo (silente) para el desarrollo de preceptos constitucionales, y de cuya actividad se requiere para garantizar su cumplimiento y eficacia, por ello, en diversos ordenamientos jurídicos se encuentra prevista la acción específica de declaratoria de inconstitucionalidad por omisiones legislativas y dentro de estos, el ordenamiento jurídico venezolano.

Así, la Constitución venezolana de 1999, incorporó por primera vez al ordenamiento jurídico, la figura de la declaratoria de inconstitucionalidad por omisión legislativa, en su artículo 336 numeral 7 el cual es del tenor siguiente:

Son atribuciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia:

(...)

7. Declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del poder legislativo municipal, estatal o nacional, cuando haya dejado de dictar normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de esta Constitución, o las haya dictado en forma incompleta; y establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección.

(...).

La declaratoria de inconstitucionalidad de las omisiones legislativas, es considerada como una categoría de la teoría del control de la constitucionalidad. Considerándola la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como una subespecie, de la acción popular de inconstitucionalidad. (vid. Sentencia N° 1556 de fecha 09/07/2002, caso: Alfonso Albornoz Niño y Gloria de Vicentini).

Ignacio Villaverde, considera que el fundamento jurídico del control de las omisiones del legislador, no es otro, que la garantía de la supremacía constitucional, de manera que el control jurisdiccional de los silencios legislativos, no es sino la

forma más radical de hacer valer esta supremacía, examinando la validez de las normas implícitas que resultan de los silencios del legislador y sus leyes.

Ahora bien, esta categoría de control constitucional por omisión legislativa, se encuentra rodeada de grandes discrepancias doctrinales, pues aviva las tensiones entre la jurisdicción constitucional y el legislador (silente), al entrar en juego los principios medulares de un Estado Democrático de Derecho (reparto constitucional de las funciones públicas), de los cuales, el Poder Legislativo es el encargado de dictar normas con rango de ley que desarrollen preceptos constitucionales que así lo requieran; y la necesidad de compatibilizar estos principios, con la vigencia plena e inmediata de la Constitución (Casal: 2003).

El profesor Casal (2003), define la omisión legislativa inconstitucional como aquella que:

(...) se produce cuando el legislador no observa, en un tiempo razonable o en el que haya sido fijado constitucionalmente, un mandato concreto de legislar impuesto, expresa o implícitamente, por la Constitución, o cuando, en el incumplimiento de la función legislativa, se dicta una regulación no acorde con la Constitución por haber sido omitidas previsiones que la Norma Suprema exigía. Pág. 51

Para Fernández R (1998:81), las omisiones legislativas son *“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”*

Como puede observarse, se trata del silencio o inactividad del legislador de desarrollar un mandato concreto de legislar impuesto por la propia Constitución, consistente en la obligación de complementar aquellos preceptos de eficacia limitada, que requieren de su intervención para su plena operatividad, constituyendo dichas omisiones, una violación al principio de supremacía constitucional y al carácter normativo de la misma, al impedir que dichos preceptos constitucionales sean materializados con todo su vigor y efectividad.

Frente a dichas violaciones constitucionales derivadas de la inactividad del legislador, se hace necesario el establecimiento de mecanismos jurídicos para

garantizar la supremacía constitucional, ante tales circunstancias. Es así, como en el ordenamiento jurídico venezolano, se encuentra prevista la declaratoria de inconstitucionalidad por omisión legislativa.

En Venezuela, la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa, no ha sido desarrollada legislativamente, constatándose de la experiencia jurisprudencial su poca e incipiente utilización.

Ha sido la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia la que ha sentado las bases jurídicas, sobre lo que debe entenderse por omisiones legislativas inconstitucionales, acudiendo al Derecho Comparado y a la doctrina extranjera, para configurar las características y particularidades de la dicha institución jurídica. Adoptando en ese sentido, un criterio amplio y abarcador, en referencia con el Derecho Comparado; en este sentido señala Bazán (2006):

La lectura de la norma constitucional que instituye la inconstitucionalidad por omisión en el contexto venezolano permite apreciar que se trata de una de las fórmulas más osadas de cuantas exhibe el derecho comparado, no sólo porque-como anticipáramos-al parecer se la ha pautado como especie de acción popular, sino básicamente por el amplio espectro de movimiento que se le confiere a la Sala para intervenir sobre las omisiones en que hubiere incurrido el Poder Legislativo municipal, estatal o nacional, ya que aquélla puede declarar la existencia de tales comportamientos omisivos, establecer el plazo en el que el Poder Legislativo que corresponda deba salvar la omisión y, de ser necesario, hasta fijar los lineamientos para la corrección de ésta. (Pág. 501)

Con fundamento en dicho precepto constitucional, la Sala Constitucional ha optado por dictar sentencias que oscilan entre las simples mero declarativas que exhortan al legislador a la actuación, para lo cual le fijan un lapso; o en otros casos ha procedido a establecer criterios jurídicos en pro de la supremacía constitucional y el orden público constitucional.

En el constitucionalismo moderno, no existe duda, sobre la imprescindible necesidad y existencia del control de la constitucionalidad sobre el legislador, pues cómo lo señala el profesor Casal (2003), el legislador no es dueño de la constitución

ni artífice de su normatividad y fuerza jurídica. No obstante, como ya se advirtiera previamente, dicho control implica ineludiblemente, que el principio democrático irremediablemente se vea afectado, pues funcionarios no elegidos por el pueblo, vienen a controlar y censurar las actuaciones del Poder Legislativo, (representantes del pueblo). Y en este sentido, cabe preguntarse ¿Qué hacer cuando el legislador con su conducta omisiva, silente o pasiva vulnera la norma constitucional y los derechos fundamentales de los individuos?

Ahora bien, se pretende con la presente investigación analizar cuáles son los límites y alcance de la declaratoria de inconstitucionalidad por omisiones legislativas inconstitucionales, en aras de delinear los supuestos necesarios que configuran una omisión legislativa inconstitucional, y evaluar si efectivamente es la solución deseable para garantizar la eficacia y vigencia de la Constitución ante tales omisiones legislativas, así como también, cuál sería el proceder del juez constitucional frente a las omisiones legislativas, para colmar la ineficacia de la norma.

Para ello, se revisará la experiencia jurisprudencial venezolana, a once años de la creación de tal figura en el ordenamiento jurídico venezolano, revisando igualmente la doctrina nacional y extranjera y el Derecho Comparado.

## **1.2 Objetivos**

### ***1.2.1 Objetivo general***

Analizar el proceso del control de la constitucionalidad de las omisiones legislativas inconstitucionales en Venezuela.

### ***1.2.2 Objetivos específicos***

- Analizar el debate sobre el control de la constitucionalidad de las omisiones legislativas.
- Determinar el sentido y alcance de las omisiones legislativas.

- Examinar el proceso del control de la constitucionalidad de las omisiones legislativas inconstitucionales.

### **1.3 Justificación**

La conveniencia de esta de investigación radica, en la necesidad de conocer el proceso del control de la constitucionalidad de las omisiones legislativas inconstitucionales en Venezuela, ante la inminente realidad de que la Constitución, como norma suprema, puede verse vulnerada además, por la inactividad u omisión del legislador en dictar aquellas normas de carácter general que den plena operatividad a aquellos preceptos constitucionales que por mandato del propio Texto Constitucional, requieren de desarrollo legislativo.

La relevancia del estudio, es que el mismo permite conocer al detalle a esta categoría de control constitucional ejercido por la Sala Constitucional; como verdadero instrumento para la protección de la Constitución, que merece ser estudiado, a pesar que no tenido desarrollo legislativo que configure exactamente dicho control, aunado al poco tratamiento que la doctrina nacional le ha dado al tema de las omisiones.

Las implicaciones prácticas, de esta investigación radican en la necesidad de dar a conocer la manera en que se materializa ese mecanismo jurídico para enervar la violación a la Constitución producto de la inactividad del legislador, y saber que la Sala Constitucional, con fundamento en criterios de ponderación y racionalidad, puede establecer criterios jurídicos con base a las técnicas de interpretación e integración del ordenamiento jurídico, vale decir, puede recurrir a la analogía, principios jurídicos generales, a los valores jurídicos entre otros; todo en pro de garantizar el contenido mínimo del precepto constitucional limitado por la falta de desarrollo legislativo.

El valor teórico, de esta investigación es de gran importancia, por

cuanto pretende que se reflexione sobre la utilidad que representa la consagración de esta figura jurídica en nuestro ordenamiento jurídico, como mecanismo de protección a la Constitución

#### **1.4 Metodología**

La investigación es de tipo documental, en razón de que se fundamenta en la revisión y análisis de fuentes legales tales como: La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (2010) y en el estudio de la doctrina, y jurisprudencia sobre el tema.

Se emplearon técnicas de recolección de datos, como la observación documental, presentación resumida, resumen analítico, y análisis crítico. Mediante la observación documental se partió de la lectura general, y luego detallada de las fuentes escritas empleadas, con el fin de obtener los datos bibliográficos útiles para el tema estudiado.

El uso de la técnica de presentación resumida, permitió establecer en forma de síntesis, las ideas básicas que contienen las obras consultadas, con lo cual se analizaron y sintetizaron los contenidos teóricos aportados en estudios previos, relacionados con el tema planteado.

La utilización del resumen analítico y crítico, facilitó el examen e interpretación de las fuentes legales mencionadas, para lo cual se tomó en consideración el espíritu y razón de las normas contenidas en la legislación consultada, mediante la interpretación literal, restrictiva o amplia, según el caso. De igual forma, se emplearon técnicas operativas como el fichaje, el subrayado, notas, citas textuales y la paráfrasis.

Los datos y la información obtenida para el desarrollo de este estudio fueron clasificados a través de la técnica lógica deductiva, para lo cual se agruparon, dividieron y subdividieron, conforme a sus características; ordenándolos y concatenándolos entre sí, lo que permitió llegar a establecer

las conclusiones que dieron respuestas a los objetivos planteados en la investigación.

Igualmente, es de carácter descriptivo, dado el análisis en forma detallada, del proceso del control de la constitucionalidad de las omisiones legislativas inconstitucionales en Venezuela, a los efectos de obtener los supuestos concretos que permiten dilucidar cuando una omisión legislativa es inconstitucional, es decir, cuándo se debe controlar, qué hacer ante la necesidad de garantizar la supremacía constitucional frente a tales omisiones legislativas; asimismo, se analizó detalladamente el procedimiento que sirve de cauce para materializar el mecanismo procesal de la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa.

**CAPÍTULO II**  
**EL DEBATE SOBRE EL CONTROL DE LA**  
**CONSTITUCIONALIDAD DE LAS OMISIONES LEGISLATIVAS**  
**INCONSTITUCIONALES**

---

**2.1 ¿Se controla o no se controla?**

El tema de la inconstitucionalidad por omisión, era históricamente una suerte de cuestión no justiciable, es decir, que no podía ser controlada por el Poder Judicial, por considerarse que el silencio o la mora legislativa eran asuntos reservados a la discreción y voluntad de quien debía dictar la norma general faltante.

En cambio, en las últimas décadas, ha crecido la doctrina que considera a la inconstitucionalidad por omisión como un tema jurídico preocupante, que exige soluciones constitucionales para resolverlo, dado el carácter normativo de la Constitución.

Así, desde que la Constitución es reconocida como una norma jurídica y la fuente suprema de todo el ordenamiento jurídico y por ende de aplicación directa e inmediata, el tema del control constitucional de las omisiones legislativas comienza a tener importancia dentro de la construcción de la dogmática constitucional, por cuanto la propia Constitución establece mandatos, que para que resulten eficaces requieren de su desarrollo legal por parte del Poder Legislativo, como órgano constitucionalmente competente para el desarrollo de los preceptos constitucionales; pero, sin embargo, cuando permanece silente o, no ejerce oportunamente sus funciones ante dicho desarrollo, deviene en una transgresión a la Constitución.

De esta manera, el control constitucional de las omisiones legislativas, resulta ser un tema que se encuentra en una permanente y eruptiva elaboración, donde convergen posiciones conservadoras frente a posturas activistas que reclaman un mayor protagonismo judicial, así como también,

hay quienes sostienen, que no es posible ejercer el control judicial sobre el silencio del legislador en el desarrollo legislativo de los preceptos constitucionales que así lo ameriten.

Al respecto, señala Casal (2003), que el tema ha cobrado especial relevancia, a raíz de la proclamación del carácter social del Estado y la proliferación en las Constituciones, de preceptos de contenido socioeconómico que se traducen en mandatos de desarrollo legislativo, ante los cuales surge la necesidad de examinar y combatir desde una óptica jurídica, la inactividad del legislador que conlleva a la violación de la Constitución.

Así pues, precisa, que la polémica del control jurídico de las omisiones legislativas, deriva en la determinación de las respuestas jurídicas que tal pasividad del legislador merece. En ese sentido, Casal, pone de relieve lo dicho por Georg Jellinek y Hans Kelsen. Pues Jellinek aducía, que la inactividad del legislador, ha de tener una lectura básicamente política, por lo que las vías empleadas para superarla deben ser igualmente políticas. Por su parte Kelsen dudaba de la viabilidad de un control jurídico con respecto a tal inactividad, al señalar que era prácticamente imposible enlazarle consecuencias jurídicas. (pág. 36).

Asimismo, parte de la doctrina brasileña, dentro los que se encuentra José Alfonso Da Silva, citado por Fernández Segado (1998), expresa que la omisión se revela como una “gestiio política”, que escapa de la apreciación jurídica. Igualmente, Manoel Gongalves Ferreira, citado igualmente por Fernández Segado, cuestiona la viabilidad de la declaración de inconstitucionalidad por omisión, por cuanto la regulación judicial de la norma programática viola la discrecionalidad del Legislativo en cuanto al modo y al momento de hacer efectiva la promesa constitucional.

Ante tales posiciones doctrinales, arguye Fernández Segado, que la discrecionalidad del legislador, “(...) no puede ser ya considerada cano

absoluta por cuanto los principios materiales de la Norma suprema la condicionan muy notablemente.” Pág. 5.

Del mismo modo, Bazán (2000) apuesta a favor del control de la constitucionalidad por omisión legislativa, sobre la base de que la Constitución es la norma suprema o “fuente de fuentes” y que sus preceptos al ser dotados de normatividad jurídica deben ser aplicables y exigibles judicialmente. De allí, la necesaria existencia de mecanismos procesales para descalificar la conducta silente e inconstitucional de los órganos encargados del cumplimiento positivo del mandato constitucional, *“pero no para que el cuerpo jurisdiccional reemplace al legisferante emitiendo decisiones de carácter genérico, sino para dar solución a un caso concreto.”*

Es decir, que el juez no puede invadir el rol del legislador con el propósito de emitir una norma legal de carácter general. No obstante, pone de relieve Bazán, que cuando la omisión involucre la violación a un derecho fundamental, el juez podrá expedir una resolución para conferir solución al caso planteado, lo cual significa, que la discrecionalidad del legislador debe ceder frente a prescripciones constitucionales que le impongan la obligación de proveer a la tutela de tales derechos.

En cuanto al cumplimiento de los derechos fundamentales, ha dicho el Tribunal Constitucional español que, en aquellos supuestos en los cuales la Constitución reconozca un derecho, pero, realice –a su respecto- una reserva de configuración legal, aquel mandato constitucional tiene (hasta que se suministre la regulación legal), un contenido mínimo que siempre debe ser protegido, pues la dilación en el cumplimiento del deber que la Constitución impone al legislador, no puede lesionar el derecho reconocido en la misma. (Vid. STC 15/1982 de 23 de abril, sobre objeción de conciencia. Citada por Bazán: 2000. Pág. 23.)

Igualmente, Fernández Rodríguez (1998), tomando en consideración la supremacía del texto constitucional, argumenta a favor del control de las omisiones legislativas, aduciendo que podría servir para activar de manera

directa a los derechos sociales, en cuanto los mismos son acogidos por normas constitucionales de eficacia limitada, incidiendo así dicho instituto positivamente en el destino de la Constitución, como verdadera norma jurídica. No obstante, advierte las notables dificultades de la articulación práctica de esta infracción de la Constitución.

Por su parte, Ruíz Miguel (2001), considera que la introducción de la figura de la inconstitucionalidad de las omisiones legislativas en un ordenamiento jurídico plantea gravísimos problemas de orden sustantivo y procedimental. Sustancialmente se halla aquejada de graves obstáculos, como los relativos a la falta de consideración de la peculiaridad y heterogeneidad de las normas constitucionales; y la falta de determinación del plazo para proceder a una actividad legislativa positiva. Procedimentalmente, porque con una sentencia meramente declarativa no solo es algo inútil, sino que incluso, tiene efectos contraproducentes.

Así mismo, argumenta que con la figura de la inconstitucionalidad por omisión, se pretende lograr la coherencia del sistema jurídico pero de forma difícilmente compatible con los principios esenciales que estructuran el Estado constitucional: el principio democrático y el principio de supremacía de la Constitución.

En este punto, es pertinente referir a los diversos argumentos que se han esgrimido tanto a favor como en contra de la aceptación del control judicial de las omisiones legislativas, siguiendo para ello la explicación expuesta por Casal (2003) y Fernández Rodríguez, a saber:

## **2.2. Argumentos en contra del control de las omisiones legislativas inconstitucionales.**

### **2.2.1 Dificultades de implementación**

Una de las principales objeciones formuladas a la figura del control de las omisiones legislativas inconstitucionales, se refiere a la dificultad de doblegar la inactividad del legislador ante la renuencia de éste, al cumplimiento del mandato impuesto.

Como señala Brewer Carías, en los casos de omisión legislativa la Sala Constitucional no podría sustituirse en el Legislador y dictar la ley respectiva, obviando los pasos constitucionales fundamentales que permiten la sanción de una ley.

En este contexto, se puede señalar que en los diversos casos en que la Sala Constitucional, ha declarado la omisión legislativa inconstitucional, ordenando al Poder Legislativo dictar la ley requerida, fijando para ello un plazo, éste, no ha cumplido tal mandato dentro de dicho plazo, haciéndolo en ocasiones con retardo; evidenciándose, en consecuencia, que el juez constitucional no tiene el poder para doblegar la contumacia del legislador.

Así pues, en Sentencia N° 1043 de fecha 31/5/2004 caso; Ley Orgánica del Poder Público Municipal, la Sala Constitucional dijo “Es constitucionalmente incluso para esta Sala, pese a su amplia competencia constitucional, transformarse en legislador y proporcionar a la colectividad las normas que exige.” Advirtiendo que sí está facultada para proporcionar soluciones a casos concretos, estableciendo ciertas reglas que regirán para ese caso, pero no para corregir por completo la inactividad del legislador ni dictar las normas que se requieran.

Señala Casal (2003), que el reconocimiento por parte del juez constitucional de la inconstitucionalidad de la actividad silente del legislador, con valor meramente declarativo, como acontece con la acción de inconstitucionalidad por omisión en el Derecho Portugués, o la inclusión en la sentencia de una orden de legislar dirigida al Parlamento, como algunos entienden posible en el Derecho brasileño, no garantizan la aprobación de la ley requerida por la Constitución. (Pág. 38).

Hecha las consideraciones anteriores, debe decirse que actualmente se han desarrollado diversos remedios jurisprudenciales y constitucionales para hacer frente a las omisiones legislativas inconstitucionales. Remedios que van desde recomendaciones, llamados de atención o intimaciones al órgano en mora (Portugal), la cobertura judicial para un caso concreto e incluso imponer una reparación indemnizatoria cuando la integración normativa no sea posible (Solución adoptada por el Derecho argentino, en la provincia de Río Negro).

Pero especial referencia merece la solución adoptada por la Constitución venezolana de 1999, al referirse a la inconstitucionalidad por omisión contemplada en su artículo 336 numeral 7, el cual señala que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia “establecerá el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección”. Aunque de dicha norma, no se deriva la posibilidad que la Sala pueda dictar la norma legal omitida, solución rechazada por la doctrina por la posibilidad de resquebrajamiento del principio constitucional de la separación de poderes, la Sala Constitucional, ha procedido a integrar el orden normativo provisionalmente hasta que el legislador intervenga.

Así mismo, en Sentencia N° 2073 de fecha 4/8/2003, caso: Nombramiento Rectores del CNE., la Sala Constitucional estableció la posibilidad de sustitución del juez constitucional frente al incumplimiento del plazo acordado por ésta al legislador; pues al declarar con lugar la acción por omisión legislativa ante el nombramiento de los rectores electorales por parte de la Asamblea Nacional, alertó que de no hacerse el referido nombramiento en el plazo de diez días que la Sala le otorgaba, procedería ésta a sustituirse y a nombrar los referidos rectores. Por lo que finalmente, en Sentencia N° 2341 de fecha 25/8/2003, procedió a designar los rectores principales y suplentes del Consejo Nacional Electoral.

Ante lo cual Brewer Carías (2008), adujo que el juez constitucional incurrió en usurpación de funciones legislativas, viciando su actuación al efectuar nombramientos de altos funcionarios del Estado que solo la

Asamblea Nacional podía hacer como órgano de la representación popular, puesto que se deben cumplir una serie de pasos que solo dicho órgano popular puede cumplir, sin que pueda ser sustituido por ningún otro.

De allí, que una de las preocupaciones de la doctrina ante la figura del control judicial de las omisiones, son los potenciales excesos en que puede incurrir el juez, pues como señala Escudero (2005) “¿quién controla al control?”

Así mismo, cabe hacer mención a la formula más atrevida prevista constitucionalmente, en cuanto a la posible solución de las omisiones legislativas inconstitucionales, y no es otra que prevista en la Constitución del Ecuador, aprobada por referéndum el 28 de septiembre de 2008, pues al regular la inconstitucionalidad por omisión en el artículo 436 numeral 10, habilita a la Corte Constitucional para que, de manera provisional, emita la norma ausente o ejecute el acto omitido, de conformidad con la ley. Razón por la cual Sagües (2009), ha denominado a la Corte Constitucional ecuatoriana, como un “legislador suplente y precario”

Por último, a nuestro modo de ver y como lo advierte Casal (2003), la relativa eficacia del control judicial de las omisiones, no es argumento suficiente para descartar su valor e importancia jurídica, pues ante la imposibilidad de anular el silencio del legislador, puede emitirse una declaración judicial de inconstitucionalidad de la omisión legislativa, que pone de relieve la inactividad del legislador, cuya consecuencia natural será la adopción de la ley correspondiente por el órgano legislativo moroso. Y en cuanto a los posibles excesos del juez constitucional, consideramos que no es argumento suficiente para desechar el control judicial de las omisiones legislativas; pues es necesario recalcar que el poder del juez constitucional no es ilimitado, el cual tiene como límite a la propia Constitución, el principio de la democracia y separación de poderes.

### **2.2.2 Principio de separación o división de Poderes**

La principal objeción al control judicial de las omisiones legislativas, radica en que su ejercicio vulneraría el principio de división de poderes. Recordemos que las funciones del Estado tradicionalmente se han distinguido entre sí de acuerdo a la distinción clásica de la división de poderes, según la cual los órganos legislativo, ejecutivo y judicial, realizan las funciones de producción de normas jurídicas, de ejecución de tales normas y de solución de controversias.

Así, el hecho de que el juez constitucional declare la inconstitucionalidad de la inactividad del legislador en el desarrollo de los preceptos constitucionales, imponiéndole un plazo para dictar la normativa omitida, se ha señalado que atenta contra la libertad de configuración normativa o discrecionalidad del legislador, el cual debe conservar la facultad de determinar el momento en que ha de ser desarrollado el precepto constitucional (Casal: 2003).

Asimismo, se aduce que se vulnera el principio de separación de poderes, ante la posibilidad que el juez constitucional colme las lagunas jurídicas derivadas de la falta de desarrollo legislativo de los preceptos constitucionales.

Ciertamente, estas objeciones ponen de relieve la manera más manifiesta de retar los postulados clásicos del principio de separación de poderes, sin embargo ello no es óbice para controlar los poderes públicos, pues ya en el constitucionalismo moderno no se discute sobre el necesario equilibrio que debe existir entre los poderes en aras de resguardar la supremacía constitucional.

Así pues, la separación de poderes actualmente es concebida como un sistema de peso y contrapesos entre los poderes, en busca de asegurar el ejercicio coordinado y apegado a la Constitución de las ramas del Poder Público. Es por ello, que dicho principio se concibe como garantía de las

libertades ciudadanas, constituyéndose en la distribución horizontal del poder, entendida como una actuación independiente, en manos separadas, pero coordinada entre los órganos del Poder Público.

Es así como el control judicial de los actos de los otros órganos del poder público, se ha erigido como un elemento fundamental para asegurar y preservar el justo equilibrio que la Constitución establece entre los poderes, que a la postre conllevan a la vigencia de la supremacía constitucional y de los derechos que ella consagra; sin perjuicio de los excesos en que pueda incurrir eventualmente el juez constitucional.

En conclusión, la rigidez del principio de separación de los poderes públicos se ha flexibilizado para dar pie al control judicial de las omisiones, en pro de la supremacía constitucional y de la indiscutible fuerza normativa que caracterizan hoy en día a las Constituciones; pues como señala Bazán (2000), no es lícito reconocer al legislador un espacio de inmunidad al control judicial cuando el desconocimiento de la Constitución se origina en su inactividad.

### **2.3 Argumentos a favor del control de las omisiones legislativas inconstitucionales.**

#### **2.3.1 Carácter normativo de la Constitución**

Para el profesor García de Enterría, el reconocimiento de la Constitución como norma superior, supone el reconocimiento de la supremacía normativa de la misma. Para dicho autor, tal reconocimiento implica la aplicación directa de la regulación constitucional de los derechos fundamentales, la derogación de todas las normas anteriores contrarias a la regulación constitucional de los derechos fundamentales y la aplicación directa de la Constitución en la parte organizativa y habilitante de los derechos fundamentales. (pág. 55)

Al ser los preceptos constitucionales verdaderas normas jurídicas, en consecuencia tienen elementos de coercibilidad, es decir, su incumplimiento conlleva a una sanción. Así, las normas jurídicas pueden verse infringidas por una actuación positiva o por la inactividad del sujeto de derecho; constituyendo ambas conductas, vulneraciones de la norma jurídica si contradice lo que ella preceptúa. Por lo que se hace necesario, incluir a los mecanismos de control positivo de la constitucionalidad, otros de control negativo que reaccionen ante el incumplimiento de las obligaciones constitucionales por omisiones. (Fernández R. pág. 132).

En este sentido, ha señalado la Sala Constitucional, que si bien es cierto en la Constitución hay normas no ejecutables sin el desarrollo legislativo correspondiente, no es viable despojarla de valor jurídico ante la ausencia de ley, debido al carácter normativo de la Constitución, considerándose competente para aplicarla, en los casos en que se plantee su conocimiento, un proceso de concreción de su sentido que supla la ausencia de la ley. Así en sentencia N° 332 de fecha 14 de marzo de 2001, caso: INSACA, señaló lo siguiente:

Ha sido criterio de esta Sala, sostenido en fallos de 20 de enero y 1° de febrero de 2000, que las normas constitucionales tienen vigencia plena y aplicación directa, y que cuando las leyes no han desarrollado su ejercicio y se requiere acudir a los tribunales de justicia, debido a la aplicación directa de dichas normas, es la jurisdicción constitucional, representada por esta Sala Constitucional, la que conocerá de las controversias que surjan con motivo de las normas constitucionales aun no desarrolladas legislativamente.

En las omisiones legislativas inconstitucionales se puede evidenciar con meridiana claridad, que la inactividad del legislador ante la obligación de desarrollar los preceptos constitucionales que así lo requieran para su plena eficacia, constituye una vulneración al carácter normativo de la Constitución,

pues impiden su efectiva materialización. Ante tales omisiones no queda otro camino que delinear la figura del control constitucional.

### **2.3.2 Supremacía Constitucional**

La supremacía constitucional es un principio fundamental del constitucionalismo contemporáneo, y, uno de los mayores aportes del constitucionalismo norteamericano. En la Constitución de 1999 dicho principio se encuentra consagrado en el artículo 7 de la siguiente manera: *“La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución”*.

Así pues, el principio de supremacía constitucional supone la superioridad de sus preceptos constitucionales, de ahí que vincule y obligue a todas las personas y órganos del Poder Público, así como la sujeción de todas las demás normas jurídicas a ésta.

La supremacía constitucional, es garantía del sistema de libertades y derechos fundamentales, los cuales podrán ser tutelados efectivamente si se preserva la supremacía de los valores, principios y derechos contenidos en los preceptos constitucionales. En este sentido ha señalado la Sala Constitucional en sentencia N° 33 de fecha 25 de enero de 2001, caso: Baker Hughes S.R.L, lo siguiente:

La Constitución es suprema, entre otras cosas, porque en ella se encuentran reconocidos y positivizados los valores básicos de la existencia individual y de la convivencia social, al tiempo que instrumenta los mecanismos democráticos y pluralistas de legitimación del Poder, tales como los relativos a la designación de las autoridades y a los mandatos respecto al cómo y al para qué se ejerce autoridad. Persigue con ello el respeto a la determinación libre y responsable de los individuos, la tolerancia ante lo diverso o lo distinto y la promoción del desarrollo armonioso de los pueblos. El principio de supremacía de la Constitución, responde a estos valores de cuya realización depende la calidad de vida y el bien común.

Como puede observarse, es ineludible la existencia de derechos individuales superiores al Estado y de principios organizativos de los poderes públicos, que deben ser respetados por todos los órganos del Poder Público. Principios y derechos que de no ostentar el carácter de supremos, pudieran ser conculcados o su contenido modificado cuando el legislador incumple con el deber de desarrollarlos plenamente.

Por tanto, resulta indiscutible la necesaria existencia de mecanismos constitucionales que garanticen la supremacía y eficacia de tales principios y derechos ante la inactividad del legislador.

De allí, que el control sobre las omisiones legislativas inconstitucionales, como bien lo señala la doctrina encuentra su fundamento en la supremacía constitucional. En este sentido señala Ignacio Villaverde:

El fundamento del control jurídico de los silencios del legislador no es otro 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.

En resumen, se aboga a favor del control judicial de las omisiones legislativas inconstitucionales, en aras de asegurar la supremacía constitucional y porque resulta inconcebible que se permita la violación de derechos fundamentales a causa de las omisiones del legislador.

### **2.3.3 Efectiva protección de los derechos humanos**

La función fundamental de la Constitución desde su nacimiento, es la de reconocer los derechos fundamentales y la de asegurar su pleno disfrute, tal como lo pone de manifiesto el célebre artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada el 26 de agosto de 1789 en el marco de la Revolución Francesa, según el cual: *“Toda sociedad en la cual*

*la garantía de estos derechos no está asegurada, ni determinada la separación de poderes, no tiene Constitución.” (Casal, 2006 pág.40)*

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), no escapa a estas características y contempla una vasta categoría de derechos inherentes a la persona, en el Título III (De los deberes, derechos humanos y garantías), que comprende derechos civiles, derechos políticos, derechos sociales y de las familias, derechos culturales y educativos, derechos económicos, derechos de los pueblos indígenas, y derechos ambientales. Asimismo, considera a los derechos humanos y a su preeminencia como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico (artículo 2) y el respecto de la dignidad de la persona y a la garantía de sus derechos como un fin esencial del Estado (artículo 3)

A la postre de lo que hemos señalado previamente sobre el carácter normativo y supralegal de la Constitución, los derechos humanos son inmediatamente exigibles, así lo ha dejado ver la Sala Constitucional en diversas sentencias dentro de las que cabe resaltar, la sentencia N° 1571 de fecha 22 de agosto de 2001, caso ASODEVIPRILARA, en la cual señala lo siguiente:

Las normas constitucionales, en particular los Derechos Humanos, los Derechos que desarrollan directamente el Estado Social, las Garantías y los Deberes, son de aplicación inmediata, sin que sea necesario esperar que el legislador los regule, por lo que, en ese sentido no actúan como normas programáticas.

En consecuencia, los derechos humanos consagrados como preceptos constitucionales deben ser aplicables y exigibles judicialmente.

Ahora bien, como ya se ha venido señalando, la Constitución puede ser quebrantada no solo por acción, sino, también por omisión, en este último caso, cuando el legislador ha dejado de cumplir con su obligación de desarrollar los preceptos constitucionales que requieren de una actividad positiva para su plena operatividad.

Así pues, la inactividad del legislador puede derivar en la violación de los derechos fundamentales de las personas, ante lo cual se hace necesario el control judicial de tales omisiones, pues como atinadamente señala Fernández S (1998) siguiendo a Temer, la primera finalidad del instituto de la inconstitucionalidad por omisión, es conseguir que la voluntad del constituyente se realice en plenitud.

Por otro lado, es necesario hacer especial referencia a los derechos sociales, pero sin ánimo de profundizar en el tema, por no ser de relieve a la presente investigación. En este sentido, es preciso recordar el debate que ha surgido en torno a estos derechos también denominados prestaciones, y que no es otro, que la justiciabilidad de los precitados derechos, pues como argumenta Casal (2006), existen reservas ante la posibilidad de que los jueces intervengan para asegurar el disfrute de derechos sociales, dadas las repercusiones de las sentencias respectivas sobre el erario público y sobre políticas públicas de diversas índole.

Ante lo cual señala el profesor Casal (2006), que dichas reservas no son suficientes para negar a los derechos sociales su garantía judicial. Señala expresamente lo siguiente:

La existencia de zonas de fuerte tensión entre los órganos políticos y los tribunales no es exclusiva de la protección judicial de los derechos sociales. Todo el control de constitucionalidad de las leyes se coloca exactamente en ese punto de fricción, lo cual no le resta justificación en un Estado constitucional de Derecho. Tampoco las implicaciones presupuestarias de las sentencias están reservadas a la tutela judicial de esos derechos. ***La respuesta ante la preocupación por un desplazamiento del poder de decisión sobre la formulación o ejecución de políticas públicas del poder legislativo o ejecutivo hacia el judicial no ha de estar en la negación de la justiciabilidad de los derechos sociales, sino en la prudencia judicial y en la debida consideración del reparto constitucional de funciones públicas al adoptar las decisiones.*** (Resaltado propio). Pág. 212.

### **CAPÍTULO III**

## **SENTIDO Y ALCANCE DE LAS OMISIONES LEGISLATIVAS INCONSTITUCIONALES**

---

Luego de la segunda guerra mundial, la Constitución es caracterizada no solo por un aspecto político, sino por su aspecto normativo-jurídico, en la cual se incluyen normas materiales, vale decir, derechos, principios y valores. Entendiéndose a partir de ese momento, que la Constitución no es un enunciado de fines y metas sino un conjunto de normas obligatorias, de aplicación directa e inmediata a los particulares y exigible ante los jueces.

No obstante, debe advertirse que por muy detallista y extensa que sea la Constitución, es imposible que pueda establecer en todos los casos, las particularidades y los detalles necesarios para desarrollar los derechos, principios e instituciones en ella consagrados, dejando dicha tarea al legislador quien, en un Estado Democrático y de Derecho, es el llamado a establecer mediante normas de carácter general, los lineamientos pertinentes para garantizar el cumplimiento de los preceptos constitucionales.

En este mismo orden de ideas, es oportuno traer a colación lo referido por Fernández R (1998):

No en vano la Constitución es una norma, pero con unas funciones y finalidades que la caracterizan y especifican. Por tal motivo, no agota la regulación de las materias que aborda sino que abre un puente a los poderes constituidos para el cumplimiento del programa constitucional y su ajuste a la concreta situación del tiempo histórico que esté transcurriendo. (Pág. 87-88)

Por tanto, en el Texto Constitucional podemos conseguir normas de diferente contenido y eficacia, pues por un lado, están aquellas que tienen plena eficacia por sí mismas, pero por otro lado, existen normas de eficacia limitada que requieren de un ulterior desarrollo por parte del legislador para completar su efectividad, en virtud, de un mandato concreto dado por la propia Constitución.

Ahora bien, recordemos que el carácter normativo y jurídico de la Constitución, hace que todas las normas constitucionales sean de obligatoria e inmediata aplicación, tal como lo ha sostenido la Sala Constitucional, aduciendo que el Juez Constitucional ante la ausencia de ley reglamentaria, debe aplicarlas y darles contenido mientras el legislador emita la norma que la desarrolle. En este sentido se pone de relieve la sentencia N° 85 de fecha 24/01/2002, caso: ASODEVIPRILARA, en la cual se establece: “las normas que crean los derechos prestacionales no son de carácter programático, muchas tienen límites difusos o son indeterminadas, pero el Juez Constitucional para mantener la supremacía constitucional tiene el deber de aplicarlas y darles contenido mientras la legislación particular con relación a ella se emite.”

Por consiguiente, cuando esos preceptos constitucionales de eficacia limitada, no son desarrollados por el órgano legisferante a los efectos de complementar su efectividad, mediante el dictado de normas de carácter general, ese silencio u omisión, puede devenir en una violación a la supremacía y carácter normativo de la Constitución; esto significa, que la norma constitucional puede verse afectada tanto por acción como por omisión del legislador, razón que justifica el control de la constitucionalidad por parte del órgano jurisdiccional.

Ahora bien, a pesar que el control de la constitucionalidad tiene como objetivo, garantizar el principio de la supremacía constitucional, no podemos dejar de lado los principios constitucionales que imperan en un Estado Democrático y de Derecho, puesto que por una parte, cada órgano del Poder Público tiene definida sus atribuciones, y por otra, se debe partir de la premisa que todos esos órganos deben velar por la materialización de la Constitución. De manera que el juez constitucional no debe suplir al legislador, es por ello que se ha previsto la figura del control de la constitucionalidad de las omisiones legislativas inconstitucionales, el cual tiene como finalidad conminar al Poder Legislativo a dictar las normas o medidas que sean necesarias para la completa efectividad de la norma constitucional. Aunque debe advertirse, tal como lo señala Casal (2003), no es el único medio procesal al cual se ha recurrido, para salvar el silencio inconstitucional del legislador.

Es así como, la Constitución de 1999, inspirada en el Derecho Comparado atribuye a la Sala Constitucional la potestad para decidir sobre la inconstitucionalidad de las omisiones legislativas, señalando en la Exposición de Motivos que con tal figura “se persigue evitar situaciones como las que se originaron en el caso del artículo 49 de la Constitución de 1961 y la falta de legislación sobre amparo constitucional, durante casi treinta años.”

En este sentido se puede decir, que el control judicial de la constitucionalidad ha ido evolucionando su objeto, pues ya comprende no solo las acciones y actuaciones del Poder Legislativo, sino también sus omisiones inconstitucionales; pues como señala Brewer (2010) “(...) en el mundo contemporáneo uno de los roles de mayor importancia de los jueces constitucionales no es ya el control de la constitucionalidad de las leyes existentes, sino el control de constitucionalidad de la ausencia de dichas leyes o de las omisiones que contengan las leyes sancionadas” (Sección: Tercera Tendencia: Los jueces constitucionales interfiriendo con la ausencia de legislación o con las omisiones legislativas, párr. 1).

Esta institución se ha venido desarrollando en primer lugar por la doctrina, en segundo lugar por la jurisprudencia constitucional en países como Italia, Alemania y España, y por último con la implementación en diversas legislaciones, previéndose por primera vez en la Constitución de la ex República Socialista Federativa de Yugoslavia promulgada en 1974. Asimismo, se encuentra en la Constitución de Portugal desde 1976, la Constitución de Hungría de 1949, la Constitución Brasileña de 1988, en Argentina prevista en el ámbito regional en la Constitución de la Provincia de Río Negro de 1988, en Costa Rica en la Ley de la Jurisdicción Constitucional de 1989, en la Constitución venezolana de 1999 y más recientemente en la Constitución de Ecuador de 2008. (Ramírez, 2006).

Ahora bien, por cuanto, la presente investigación, se configura entorno al análisis de las omisiones legislativas inconstitucionales, es necesario precisar su conceptualización y características. Siendo importante advertir que la configuración de las omisiones legislativas inconstitucionales no es unánime en la doctrina, por

cuanto como se verá más adelante cada sistema constitucional tiene sus particularidades con respecto a tal institución.

### **3.1 ¿Qué son las omisiones legislativas inconstitucionales?**

De acuerdo a la Real Academia Española, “*omisión*” significa 1. Abstención de hacer o decir, 2. Falta por haber dejado de hacer algo necesario o conveniente en la ejecución de una cosa o por no haberla ejecutado. Ahora bien, en sentido jurídico constitucional, omisión significa no hacer aquello a lo que, de forma concreta, se estaba constitucionalmente obligado. (Fernández S., 1997).

Señala Fernández R. (1998) “Al genuino producto del Parlamento, la ley, norma que “todo lo puede” respetando los límites constitucionales, le corresponde ser el vehículo que lleve a cabo el desarrollo constitucional, el recipiente que lo contenga, además de ser expresión de la voluntad popular y fuente privilegiada e insustituible”(pág. 83).

Conceptualizar las omisiones legislativas inconstitucionales, no ha sido tarea fácil, existiendo diversas propuestas la mayoría de ellas provenientes de la doctrina extranjera, siendo autores como Gómes Canotilho, Fernández Segado, Miranda, Fernández Rodríguez, Villaverde y Gómez Puentes entre otros, los que han elaborado conceptos. Y dentro de la doctrina venezolana se encuentra la propuesta del profesor Casal. Derivándose de estas conceptualizaciones, los supuestos que permiten determinar cuándo se está frente a una omisión legislativa inconstitucional, pues cabe advertir que no toda omisión legislativa es inconstitucional.

Así, Gómes Canotilho, quien ha tratado el tema con detenimiento estima que las omisiones inconstitucionales derivan del “(...) no cumplimiento de normas que, de forma permanente y concreta, vinculan al legislador a adaptar medidas legislativas concretizadoras de la Constitución. Una omisión legislativa inconstitucional también se verifica cuando el legislador no cumple las órdenes de legislar consagradas en preceptos constitucionales.” (Citado, por Ibagón, 2002).

Añade Gomes Canotilho, que para que exista una omisión legislativa inconstitucional, es necesario que se trate de mandatos constitucionales concretos, pues aquellos preceptos que contienen deberes de legislación abstractos a pesar de ser auténticos deberes de acción legislativa, no establecen sin embargo, lo que el legislador debe hacer para que, en caso de omisión pueda hablarse de omisión legislativa inconstitucional.

El mencionado autor, diferencia entre las exigencias constitucionales concretas de legislar y el deber general de legislar que puede colegirse de ciertas normas-fin o normas-tareas abstractamente impositivas contenidas en las Constituciones, entre las que se encuentran los principios constitucionales. Aduciendo, que la falta de desarrollo de tales principios sería contraria a la Constitución, “pero su concreción depende esencialmente de la lucha política y de los instrumentos democráticos [...]” (Citado por Casal, 2003: 52).

Por su parte Miranda, estima que la inconstitucionalidad por omisión se verifica siempre, “que una norma reguladora, de cierta relación o situación, ha mandado regular cierto acto o cierta actividad en las condiciones que establece, el destinatario no lo hace en tiempo útil, y a ese comportamiento se le siguen consecuencias más o menos adecuadas”. Asimismo, considera el autor que para definir una omisión legislativa como inconstitucional, es fundamental valorar el tiempo en el que debería ser elaborada la ley, por considerarse que ninguna omisión puede describirse en abstracto. (Citado, por Ibagón 2002).

En términos parecidos a los expuesto por Miranda, el autor español Fernández R. (1998) la preceptúa como “ la falta de desarrollo por parte del Poder Legislativo, durante un tiempo excesivamente largo, de aquellas normas constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo, de forma tal que se impide su eficaz aplicación.” (pág.81).

Como puede observarse la doctrina que más ha tratado el tema de las omisiones legislativas, admiten generalizadamente que los supuestos que configura a las omisiones legislativas inconstitucionales, son, a) el incumplimiento por parte del

legislador de un mandato concreto de legislar, y, b) el transcurso del plazo en el que se extendido el silencio legislativo.

La exposición de motivos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), señala que la omisión legislativa inconstitucional se produce por 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 que impida su eficaz aplicación. Como puede observarse el constituyente adoptó la definición realizada por el español Fernández Rodríguez.

Al respecto, el profesor Casal (2003), considera que resulta inconveniente limitar la inactividad del legislador al desarrollo de mandatos constitucionales concretos de legislar, pues puede suceder que no haya desconocimiento de un mandato de legislar pero la inconstitucionalidad se presenta por haberse violado el principio de igualdad. Así mismo, en cuanto a que el tiempo de tal inactividad deba ser por un tiempo “excesivamente largo”, estima que esa:

(...) visión preponderantemente temporal de la inconstitucionalidad por omisión, de la que se hace eco la Exposición de Motivos de la Constitución de 1999, no abarca el universo de situaciones que pueden estar comprendidas bajo la inconstitucionalidad por omisión, y resulta limitativa de las posibilidades de defensa de la Constitución ante las omisiones legislativas. (pág. 51)

En consecuencia propone un concepto más amplio, aduciendo que la omisión legislativa inconstitucional es aquella que:

Se produce cuando el legislador no observa, en un tiempo razonable o en el que haya sido fijado constitucionalmente, un mandato concreto de legislar impuesto, expresa o implícitamente, por la Constitución, o cuando, en el cumplimiento de la función legislativa, se dicta una regulación no acorde con la Constitución por haber sido omitidas previsiones que la Norma Suprema exigía. (pág. 51)

Como puede observarse de dicha definición, se adoptan los supuestos de mayor aceptación tanto en la doctrina como en la jurisprudencia extranjera, pero con unas notas adicionales, que amplían la concepción de las omisiones legislativas inconstitucionales, al no delimitarlas solo al mandato concreto de legislar, sino

cuando se regula un precepto constitucional de forma incompleta o deficiente en consecuencia no acorde con la Constitución; y por otra parte, el incumplimiento del deber de legislar en un tiempo razonable o en el que haya sido fijado constitucionalmente, abandonando el supuesto de un tiempo *excesivamente largo*, adoptado en la exposición de motivos del Texto Constitucional.

Igualmente, la doctrina de la Sala Constitucional ha delineado las omisiones legislativas inconstitucionales bajo estos dos supuestos, pues, en sentencia N° 1556 de fecha 9/07/2002 caso: Alfonso Albornoz y Gloria de Vicentini, señaló expresamente lo siguiente:

El presupuesto de hecho necesario será la abstinencia, inercia o inactividad del órgano legislativo, en cumplir, dentro de un plazo razonable, o dentro de un plazo predeterminado, una obligación o encargo concreto a él atribuido por la norma fundamental, de manera que se imposibilite la ejecución de las disposiciones o garantías contenidas en ella.

Por consiguiente, de la definición aportada por el profesor Casal y el criterio sostenido por la Sala Constitucional, se desprenden los supuestos que permiten definir cuando se está en presencia de una omisión legislativa, que vulnera la supremacía y normatividad de la Constitución, por ende objeto de control jurisdiccional.

### **3.2 ¿Cuándo se controla jurisdiccionalmente la inactividad del legislador?**

Conforme a lo expuesto anteriormente, se controla jurisdiccionalmente las omisiones del legislador, cuando éstas devienen en inconstitucional ante la existencia de los siguientes supuestos:

#### **3.2.1 Incumplimiento de un mandato concreto de legislar.**

El carácter concreto de la obligación significa que del Texto Constitucional debe desprenderse expresa o implícitamente la obligación de legislar para regular una

materia en concreto. Esto significa, que el legislador carece de discrecionalidad para determinar la necesidad de desarrollar el precepto constitucional, pues, como su nombre lo indica, es una obligación impuesta directamente por la Constitución. Ejemplo de un mandato concretar de legislar sería por ejemplo, los mandatos impuestos a la Asamblea Nacional en las Disposiciones Transitorias de la Constitución referente al desarrollo de ciertas leyes, tales como la reforma de la Ley Orgánica del Trabajo.

Igualmente el artículo 70 Constitucional, establece un mandato concreto al legislador de desarrollar una ley para garantizar el funcionamiento de los medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía; así, en el único aparte dispone lo siguiente: “La ley establecerá las condiciones para el efectivo funcionamiento de los medios de participación previstos en este artículo.”

En consecuencia, cuando no se trata de mandatos concretos de legislar, no se configura la omisión legislativa en inconstitucional, por tanto las remisiones al legislador de carácter general o abstractas para la regulación de alguna materia, es decir, en las cuales no se establece la obligación de legislar, el eventual silencio legislativo no sería inconstitucional.

Asimismo, ese mandato concreto de legislar, puede encontrarse expresa o implícitamente en la Carta Magna. Puede decirse, que el mandato es expreso cuando la Constitución conmina claramente al legislador a que lo regule; y un mandato es implícito cuando no se establece imperativamente la remisión a la ley, pero de cuya disposición se desprende la necesidad de una ley que efectivamente la concrete; ejemplo de ello lo constituye el artículo 90 Constitucional, en su único aparte, el cual señala “Los trabajadores y trabajadoras tienen derecho al descanso semanal y vacaciones remunerados en las mismas condiciones que las jornadas efectivamente laboradas.” En efecto, en este caso es necesario el desarrollo legislativo que determine y concrete tales derechos, es decir, que establezca de que manera efectivamente se va materializar el descanso semanal y las vacaciones.

Igualmente, señala el profesor Casal (2003:51), “que también se recurre en inconstitucionalidad por omisión cuando se regula una materia en forma incompleta o deficiente a la luz de los requerimientos de la Constitución”.

En fin, la omisión en que incurre el legislador, no es un simple no hacer, ni se puede confundir con la mera inercia del órgano legislativo, pues es preciso que la inactividad del legislador conlleve la inobservancia de un deber constitucional de legislar. (Fernández Segado, 2009).

### **3.2.2 Transcurso de un plazo razonable**

El incumplimiento por parte del legislador se torna inconstitucional cuando vencido el plazo establecido por la Constitución (tal como sucede en las Disposiciones Transitorias Primera, Tercera, Cuarta, Quinta y Sexta de la Constitución de 1999, que fijan un plazo perentorio a la Asamblea Nacional, para que legisle sobre las materias allí contenidas) o dentro del plazo razonable que se pueda deducir de las circunstancias, el legislador no haya concretado el mandato constitucional. De manera que no puede hablarse aún de inconstitucionalidad cuando el silencio del legislador se encuentre dentro de dichos plazos.

La Sala Constitucional en Sentencia N°91 de fecha 02 de marzo de 2005, (Caso: PROVEA), expuso que en ausencia de un plazo específico, será el arbitrio del juez el que determinará, a través del criterio de razonabilidad y racionalidad, si la inercia legislativa se ha excedido o no del tiempo razonable que amerita el cumplimiento del precepto constitucional del que se trate. Estableciendo para el caso concreto lo siguiente:

Asimismo, si bien la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social no preceptúa un plazo determinado para que se dicten las leyes de los regímenes prestacionales especiales, considera la Sala que, a más de año y medio de la entrada en vigencia de la referida Ley Orgánica, se ha prolongado en exceso el tiempo que razonablemente ameritaría la aprobación y promulgación de tales leyes (...).

De manera, que la inercia del legislador no puede perdurar por tiempo indeterminado, puesto que si bien es cierto, el legislador tiene discrecionalidad para dictar la norma, está no es ilimitada. Así también lo ha manifestado en algunas sentencias el Tribunal Constitucional español, como es el caso de la STC 31/1994, señalando: "lo que no puede el legislador es diferir *sine die*, más allá de un plazo razonable y sin que existan razones que justifiquen la demora, la regulación de una actividad (...) que afecta directamente el ejercicio de un derecho fundamental". (Fernández Segado, 2009).

En pocas palabras, el transcurso del plazo es lo que va determinar cuando la discrecionalidad del legislador deja de ser razonable.

Sin embargo, no debe dejar de advertirse que para Gomes Canotilho la determinación de la inconstitucionalidad por omisión, no es el de los plazos o límites temporales, sino el de la importancia e indispensabilidad de la mediación legislativa para el cumplimiento y exigibilidad de la norma constitucional.

Por otro lado, Fernández Segado (1997), adopta una posición ecléctica, pues estima necesario que se vincule la trascendencia de la omisión y el elemento temporal. En este sentido señala:

El elemento decisivo debe ser el de la trascendencia de la mediación legislativa, pero no tanto por sí sólo, sino en conexión con el elemento temporal, así entendido habrá de ser el parámetro decisivo para precisar la razonabilidad del período de tiempo por el que se prolonga la inacción del legislador.

Ahora bien, cabe destacar, que el trascurso de un plazo razonable sin que el legislador haya cumplido con el mandato concreto de legislar, es el criterio más aceptado en la doctrina y Derecho Comparado, para delinear las omisiones legislativas inconstitucionales; siendo el criterio adoptado por el profesor Casal y la doctrina de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

Por último, es necesario algunas precisiones, porque si bien es cierto, con el control constitucional de las omisiones legislativas se pretende mantener incólume la supremacía y el carácter normativo del Texto Constitucional, también se debe decir,

citando para ello a Bazán, con ello tampoco se pretende favorecer que el juez se filtre invasivamente en órbitas regidas por el margen de discrecionalidad política del legislador. (2000, pág. 22). Es necesario hacer tales presiones por cuanto no todas las omisiones en que incurre el legislativo pueden ser catalogadas de inconstitucionales.

### **3.3 Alcance de las omisiones legislativas inconstitucionales.**

El alcance de las omisiones legislativas en Venezuela, comprende las inactividades del legislador en el ejercicio de funciones de ejecución directa e inmediata de ejecución. Así, conforme al artículo 336.7 Constitucional, el legislador puede incurrir en omisiones inconstitucionales, en primer lugar cuando haya dejado de dictar las normas para garantizar el cumplimiento de la Constitución, o las haya dictado en forma incompleta; esto significa, que la Constitución de 1999, adoptó la clasificación propuesta por el autor alemán Wessel, vale decir, según dicho autor las omisiones se clasifican en absolutas y relativas, las cuales se han trasladado a nuestro Derecho como omisiones legislativas totales o parciales (Urosa, 2005), y, en segundo lugar, cuando el legislador haya dejado de dictar las medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de la Constitución. Ahora bien, veamos a continuación cada uno de estos supuestos.

#### **3.3.1 Cuando el legislador haya dejado de dictar las normas para garantizar el cumplimiento de la Constitución o las haya dictado en forma incompleta.**

Tal como se señaló previamente, la Constitución acogió la clasificación clásica de las omisiones legislativas efectuada por el magistrado del Tribunal Constitucional alemán Wessel. Este magistrado diferencia entre omisiones legislativas absolutas y relativas, división que efectúa dentro del contexto de la vulneración de los derechos fundamentales por parte del Poder Público (Fernández R.1998).

### ***3.3.1.1 Omisiones absolutas***

Las omisiones absolutas o totales, son aquellas que surgen cuando hay ausencia absoluta de legislación, vale decir, el legislador no ha dictado la ley necesaria para el desarrollo del precepto constitucional que así lo requiera, en virtud, del mandato concreto de legislar impuesto por la propia Constitución. De manera, podemos decir que las omisiones absolutas son omisiones de carácter formal, que presuponen la lesión de la Constitución producto del incumplimiento de un deber de legislar impuesto por la propia Constitución al órgano Legislativo.

En efecto, las escasas decisiones emanadas de la Sala Constitucional derivadas con ocasión a la acción popular de inconstitucionalidad por omisión prevista en el artículo 336.7 Constitucional, se refieren a omisiones legislativas absolutas. Así tenemos, por tan solo citar un ejemplo, la Sentencia 1048 de fecha 18 de mayo de 2006, que ante la ausencia absoluta de norma legal que desarrollara el mandato constitucional previsto en el artículo 267 referente al régimen disciplinario de los magistrados y jueces de la República, declaró la inconstitucionalidad de tal inactividad del legislador, concediéndole un plazo de un año para que dictara la referida normativa legal.

De igual manera, la jurisprudencia alemana (Sentencia de 29 de enero de 1969) y la jurisprudencia italiana, han admitido las omisiones legislativas absolutas. Asimismo, en países como Portugal, Brasil, Hungría admiten en sus Textos Fundamentales las aludidas omisiones.

Ahora bien, cabe agregar, que en el Derecho Comparado diversos ordenamientos jurídicos no admiten el control judicial de las omisiones absolutas. En tal sentido Fernández R. (1998) citando a Pérez Royo, señala que el Tribunal Constitucional Español, solo admite la inconstitucionalidad por omisión relativa, que es la que se deriva de una actividad incompleta del legislador, es decir, cuando el legislador por mandato constitucional tendría que extender el alcance de una determinada ley a determinadas materias y no lo hace, o cuando al omitir la

regulación de determinadas materias produce vulneración de derechos fundamentales.

De igual manera, la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana ha afirmado la imposibilidad de la procedencia de la inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta, por considerar que no existe norma que confrontar con la Constitución.

### ***3.3.1.2 Omisiones relativas***

Son aquellas que surgen cuando el legislador en cumplimiento del mandato concreto de legislar, ha desarrollado el precepto constitucional de manera incompleta o deficiente, excluyendo a cierto grupo de personas o sin establecer excepciones que a la postre derivan en violación del principio de igualdad y no discriminación.

En este mismo orden de ideas, señala Fernández Rodríguez (1998), que las omisiones parciales no se restringen a la vulneración del principio de igualdad sino que también comprenden una incompleta regulación de un instituto que origine la ineficacia de la norma constitucional y el consiguiente fraude a la Constitución, es decir, para dicho autor son dos las maneras en que se puede presentar una omisión legislativa relativa a saber: a) cuando se vulnera el principio de igualdad y b) regulación deficiente del precepto constitucional.

En la jurisprudencia constitucional alemana a estas clases de omisiones se le ha denominado exclusión arbitraria o discriminatoria de beneficios, al tratarse de la exclusión (producto del silencio del legislador) de algunas categorías de personas o situaciones del ámbito de aplicación de un precepto que concede algún beneficio, contraviniendo el principio de igualdad, que también representa un derecho constitucional. (Casal, 2003).

### **3.3.2 Cuando el legislador haya dejado de dictar las medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de la Constitución.**

El órgano legislativo además de su función esencial y primordial de dictar leyes, también ejerce funciones de control respecto de los demás órganos del Poder Público, a través de mandatos concretos establecidos por la propia Constitución, el incumplimiento de estas funciones es a las que hace referencia el constituyente en el artículo 336.7 Constitucional, como generadora de una omisión legislativa inconstitucional.

Así pues, podemos señalar como ejemplo de las medidas a las que está obligado el órgano legislativo en ejecución directa de la Constitución, así pues la Asamblea Nacional tiene competencia para nombrar y remover a los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, (artículo 265) al Contralor General de la República, al Fiscal General de la República y al Defensor del Pueblo (artículo 279) y a los integrantes del Consejo Nacional Electoral (artículo 296); igualmente debe autorizar el nombramiento del Procurador General de la República. Esto significa, que si la Asamblea Nacional incumple con tales deberes constitucionales, la Sala Constitucional puede declarar la inconstitucionalidad de la omisión legislativa.

En efecto, ante la interposición de una acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa por la falta de nombramiento de los Rectores del Consejo Nacional Electoral, la Sala Constitucional en sentencia N° 2073 de fecha 4/08/2003, caso: Hernán Escarrá, declaró la omisión legislativa inconstitucional, por el incumplimiento de la Asamblea Nacional de no haber adoptado la “medida” para designar a los miembros del Consejo Nacional Electoral.

En resumen, el alcance de las omisiones legislativas previstas por la Constitución de 1999, es mucho más amplia de la que exhibe el Derecho Comparado; al configurar como omisiones legislativas inconstitucionales no solo la falta de desarrollo legislativo propiamente dicho, sino también el incumplimiento en la ejecución de otros actos parlamentarios sin forma de ley por parte de la Asamblea Nacional.

**CAPÍTULO IV**

**EL PROCESO DEL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD  
DE LAS OMISIONES LEGISLATIVAS INCONSTITUCIONALES  
EN VENEZUELA.**

---

El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas inconstitucionales, a tenor de lo dispuesto en el artículo 336.7 Constitucional, se materializa mediante el mecanismo procesal denominado ACCIÓN POPULAR DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN LEGISLATIVA.

La referida acción de inconstitucionalidad está dirigida a obtener un pronunciamiento judicial que declare la existencia de la inconstitucionalidad por omisión, cuando el legislador no ha dictado las normas necesarias que garanticen la eficacia del Texto Constitucional, o lo ha hecho de manera deficiente, y ordene la aprobación de la ley correspondiente en un plazo determinado y de ser necesario establecer los lineamientos para su corrección.

Es importante señalar, que esta acción de inconstitucionalidad no se encuentra expresamente consagrada en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, surgiendo dicha acción del derecho y deber que tienen todos los ciudadanos de preservar el orden constitucional, en virtud, de lo previsto en el artículo 7 constitucional, aunado al derecho de acción previsto en el artículo 26 eiusdem, según el cual “ *Toda persona tiene derecho de acceso a la justicia para hacer valer sus derechos e intereses (...).*”

Ahora bien, la acción de inconstitucionalidad por omisión será tramitada conforme al procedimiento previsto en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (LOTSJ), publicada en Gaceta Oficial N° 39.522 de fecha 1 de octubre de 2010, específicamente en el Capítulo II “*De los Procesos ante la Sala Constitucional*”. Conforme lo prevé el artículo 128 eiusdem el cual señala: “Hasta tanto se dicte la Ley que regula la Competencia Constitucional

las demandas a que se refieren los numerales 1, 2, 3, 4, 7, 8, 9 y 17 del artículo 25 de esta Ley se tramitarán conforme a lo que dispone este capítulo.”

#### **4.1 Objeto del Control**

De acuerdo a lo previsto en el artículo 336.7 Constitucional el objeto del control, son las omisiones legislativas absolutas o relativas, derivadas de la conducta silente tanto de la Asamblea Nacional, los Consejos Legislativos de los estados, así como de los Concejos Municipales, que conllevan al incumplimiento de mandatos constitucionales de legislar para el desarrollo de preceptos constitucionales que así lo requieran para garantizar la supremacía y eficacia constitucional, o cuando el desarrollo de tales preceptos lo han efectuado de manera incompleta o deficiente.

Asimismo, del aludido artículo se desprende que pueden ser objeto de control las omisiones en que incurran los mencionados órganos legislativos cuando hayan dejado de dictar las medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de la Constitución. Al respecto, alude Casal (2003) que dichas medidas “(...) podría comprender la toma de decisiones que de acuerdo con el Texto Constitucional corresponden al órgano legislativo pero que son ajenas a su función legislativa, cómo la elección de ciertas altas autoridades.” (pág. 78). Como ejemplo, de ello podemos citar la sentencia N° 2341 del 25 de agosto de 2003 (Caso: Hermann Escarrá) donde la Sala Constitucional efectuó el nombramiento de los Rectores del Consejo Nacional Electoral, en virtud que la Asamblea Nacional no había cumplido con el mandato constitucional de nombrarlos.

En cuanto al objeto de control de las omisiones, la Sala Constitucional mediante la sentencia N° 1.556 de 09 de julio de 2002 (Caso: Alfonso Albornoz Niño y Gloria de Vicentini) señaló que el objeto de control de las omisiones legislativas inconstitucionales, no es la inconstitucionalidad de un acto, sino de la conducta negativa, de la inercia o inactividad en que haya

incurrido algún órgano del poder legislativo al no adecuar su conducta, en absoluto o parcialmente, al cumplimiento de una obligación suya de dictar una norma o una medida indispensable (lo que implica la eficacia limitada del precepto constitucional) para garantizar el cumplimiento de la Constitución. Aduciendo además, que abarca no solo la inactividad legislativa en un sentido formal, sino a la inactividad en el ejercicio de cualquier competencia de rango constitucional, esto es, ante la ausencia de cumplimiento de toda obligación debida, cuando dicho cumplimiento deba realizarse en ejecución directa e inmediata de la Constitución.

En este sentido, con base a la inactividad en el ejercicio de cualquier competencia de rango constitucional, la Sala Constitucional en Sentencia N° 1048 de fecha 18 de mayo de 2006, caso: Código de Ética del Juez o Jueza Venezolana, declaró la omisión legislativa contra *el procedimiento* iniciado por la Asamblea Nacional para sancionar el Código de Ética del Juez o Jueza Venezolana, pero que no culminó con la entrada en vigencia del aludido Código, aduciendo que había operado el “decaimiento del procedimiento legislativo”, por cuanto no concluyó con la entrada en vigencia, antes de que se produjera la culminación del mandato otorgado a la Asamblea Nacional que lo había iniciado.

En consecuencia, como puede observarse, la Sala Constitucional amplió el objeto de control de las omisiones legislativas, al incluir según la sentencia antes mencionadas la posibilidad de declarar la omisión inconstitucional sobre los procedimientos legislativos iniciados para la sanción de leyes que no lleguen a entrar en vigencia, antes de que se produzca la culminación del mandato otorgado a la Asamblea Nacional que lo inició, fundándose la Sala tímidamente en el presupuesto previsto en el artículo 336.7 constitucional, referente a las omisiones legislativas relativas, es decir, a la facultad que tiene la Sala para declarar la inconstitucionalidad por omisión legislativa cuando haya dejado de dictar las normas “(...) o las haya dictado en forma incompleta (...)”.

## **4.2 Órgano de Control**

De conformidad con lo previsto en el artículo 336 Constitucional, corresponde a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia el conocimiento de la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa; como órgano especializado del control de la constitucionalidad.

Del mismo modo la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (2010) en su artículo 25 numeral 7 recogió en iguales términos la competencia constitucionalmente atribuida a la Sala Constitucional, ampliando la competencia de dicho control a “(...) las omisiones de cualquiera de los órganos del Poder Público Nacional, Estatal o Municipal (...)”. Esto significa, que la acción popular por omisión, igualmente sirve para enervar las omisiones de los otros poderes públicos distintos al legislativo.

## **4.3 Legitimación**

Según Rengel-Romberg (1992), la legitimación es la cualidad necesaria de las partes; que el proceso no debe instaurarse entre cualesquiera sujetos “(...) sino precisamente entre aquellos que se encuentran frente a la relación material o interés jurídico controvertido en la posición subjetiva de legítimos contradictores, por afirmarse titulares activos y pasivos de dicha relación” (pág. 27). En ese sentido, se hará alusión a la legitimación activa y pasiva necesaria para sostener la acción de inconstitucional por omisión legislativa.

### **4.3.1 Legitimación activa**

La Constitución, ni la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (2010) hacen referencia a la legitimación requerida para ejercer la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa.

Al respecto, Brewer-Carías señala que la mencionada figura se trata del denominado “control de la constitucionalidad de las leyes por omisión”, y que si la norma consagra de una manera tan amplia la potestad de la Sala Constitucional, sin establecer condicionamiento alguno a la legitimación, debe entenderse que el mecanismo para impulsar las omisiones normativas podría recibir el mismo tratamiento de una acción popular.

Criterio adoptado por la Sala Constitucional, según se refleja en Sentencia N°1.556 del 9 de julio de 2002 (caso: *Alfonso Albornoz Niño y Gloria de Vicentini*), donde estableció que dicha acción podría considerarse como una subespecie, de reciente creación, de la acción popular de inconstitucionalidad, por ende se debe aplicar el criterio sostenido por la Sala, para el ejercicio de la acción popular de inconstitucionalidad, según el cual no se requiere de mayores exigencias de legitimación para poder actuar por lo que cualquier persona, natural o jurídica, posee legitimación para ejercerla.

Así, con respecto a la legitimidad para ejercer la acción popular de inconstitucionalidad, aplicable igualmente a las omisiones legislativas inconstitucionales, la Sala Constitucional estableció en sentencia N°497 de 12/03/2003, (caso: *Ramón Alfredo Aguilar y otros*) que basta ostentar un interés simple, que es el que tiene toda persona, natural o jurídica, que habite o resida en el territorio de la República en “*la defensa objetiva de la majestad de la Constitución y su supremacía*”, de allí que cualquier persona del pueblo (*actio popularis*), estando debidamente asistida para ello, está legitimada para interponer “el recurso de nulidad” contra cualquier acto de ejecución directa e inmediata de la Constitución que, a su juicio, sea contraria al sentido, propósito y razón de una o varias disposiciones del Texto Fundamental.

Señalando igualmente, en sentencia N° 1613 de 17/08/2004 (caso: *Henry Pereira Gorrín*) que la acción popular de inconstitucionalidad es un medio destinado a asegurar la supremacía de la Constitución, de allí que, en este tipo de proceso, el actor no está legitimado para la defensa de sus propios intereses, sino para promover que prevalezca el orden constitucional infringido.

En otro orden de idea, se debe resaltar que dentro de las legislaciones que consagran la acción de inconstitucionalidad por omisión, es el ordenamiento jurídico venezolano, el único que permite que cualquier persona acuda ante el Tribunal especializado a solicitar el control constitucional de las omisiones; por ello su carácter de popular.

Ahora bien, aunque teóricamente dicha acción puede ser ejercida por cualquier persona que habite o resida en el país, en la realidad pareciera una quimera, debido a la escasa cultura jurídica, poco conocimiento de la Constitución y las leyes por parte de los ciudadanos que no forman parte del sistema de justicia, desconfianza en el aparato de justicia, así como los elevados costos económicos que implica recurrir a los órganos jurisdiccionales, han limitado el ejercicio de dicha acción popular.

En respaldo de lo dicho, merece señalar que a diez años de vigencia del Texto Fundamental, (2000-2010) se interpusieron ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, dieciséis (16) demandas por acción de inconstitucionalidad por omisión, de las cuales en tan solo cinco (5) se declaró la inconstitucionalidad por omisión, en seis (6) la perención de la instancia, dos (2) inadmisibles, en una (1) se declaró el decaimiento de la acción y dos (2) fueron desistidas por sus accionantes.

Ahora bien, se observa que el derecho comparado la legitimación para el ejercicio de la aludida figura jurídica es restringida a ciertos funcionarios.

En el Derecho Portugués, la legitimación activa para el ejercicio de la mencionada acción la tiene el Presidente de la República, el Ombudsman y cuando se trate de violación de los derechos de las Regiones Autónomas, los presidentes de las Asambleas Legislativas Regionales,

En el Derecho Brasileiro, está limitada al Presidente, Mesa del Senado Federal, Mesa de la Cámara de los Diputados, Mesa de una Asamblea Legislativa, Gobernador de un Estado, Procurador, Consejo Federal de la Orden de los Abogados, un partido político con representación en el Congreso o una confederación sindical o entidad de clase de ámbito nacional.

Por último, es importante señalar, que las acciones populares como tal, encuentran su vigencia actualmente como medio para la protección de los derechos e intereses colectivos, que estén de alguna manera relacionados, entre otras cosas con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad pública, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica, entre otros.

#### **4.3.2 Legitimado pasivo**

El legitimado pasivo a la luz del artículo 336.7 constitucional, es el legislador, vale decir, La Asamblea Nacional, Consejo Legislativos Regionales de los estados y los Concejos Municipales, por ser a quienes va dirigido el mandato constitucional de legislar o como lo ha señalado la doctrina asentada por la Sala en Sentencia N° 1556 del 9 de julio de 2002, caso: Alfonso Albornoz Niño y Gloria de Vicentini, que el control de la inconstitucionalidad por omisión no se limita a las carencias formalmente legislativas, sino también a la inactividad en el ejercicio de cualquier competencia de rango constitucional, esto es, ante la ausencia de cumplimiento de toda obligación debida, cuando dicho cumplimiento deba realizarse en ejecución directa e inmediata de la Constitución.

#### **4.4 Formalidades aplicadas al proceso del control constitucional de las omisiones legislativas.**

Dentro de las formalidades que se aplican al proceso de la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa podemos señalar las siguientes:

1. El proceso comienza mediante escrito de demanda, interpuesto por ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. El solicitante requiere estar asistido de abogado o abogada (Artículo 129 y 87 LOTSJ).

2. El conocimiento del juicio, incluso sus incidencias (intervención de terceros, medidas cautelares), será a cargo del Magistrado ponente, designado al momento en que se dé cuenta de la demanda a la Sala. (Artículo 132 LOTSJ).
3. Rigen los principios de gratuidad, simplicidad, economía, uniformidad, intermediación, oralidad y realidad.
4. El Juzgado de Sustanciación de la Sala Constitucional, será quien se encarga de materializar las citaciones y las notificaciones de los intervinientes, así como recibir las pruebas y providenciar su admisión. Contrás las decisiones del Juzgado de Sustanciación se oirá apelación en un solo efecto, por ante la Sala Constitucional.
5. El debate sobre la controversia y la evacuación de las pruebas se realizará en audiencia oral y pública.
6. Las reglas del Código de Procedimiento Civil regirán como normas supletorias

#### **4.5 Admisibilidad de la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa**

##### **4.5.1 Oportunidad para la admisión**

La Sala Constitucional, de conformidad con lo previsto en el artículo 132 Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (LOTSJ), debe pronunciarse sobre la admisibilidad o no de la acción, dentro de los cinco (5) días de despacho siguiente, en que se dé cuenta de la demanda y se designe ponente. Cabe destacar, que si la admisión se produce fuera de dicho plazo, se debe notificar a la parte demandante, a tenor de lo dispuesto en el artículo 135 LOTSJ.

#### 4.5.2 Presupuestos de inadmisibilidad

Los presupuestos de inadmisibilidad de la acción, son los contemplados en el artículo 133 eiusdem, los cuales son:

Se declarará la inadmisión de la demanda:

1. Cuando se acumulen demandas o recursos que se excluyan mutuamente o cuyos procedimientos sean incompatibles.
2. Cuando no se acompañen los documentos indispensables para verificar si la demanda es admisible.
3. Cuando sea manifiesta la falta de legitimidad o representación que se atribuya el o la demandante o de quien actúe en su nombre, respectivamente.
4. Cuando haya cosa juzgada o litispendencia.
5. Cuando contenga conceptos ofensivos o irrespetuosos.
6. Cuando haya falta de legitimación pasiva.

En cuanto a lo que refiere el numeral 3, es decir, la falta de legitimidad para incoar la acción, se debe tener en consideración, que la Sala Constitucional en Sentencia N° 1556 de 9 de julio de 2002, sostuvo que la acción de inconstitucionalidad por omisión era una subespecie de acción popular, por lo que cualquier persona puede incoarla, siendo indiferente que actúe a nombre propio o de una organización o persona jurídica.

Sin embargo, la Sala Constitucional en contravención al criterio citado anteriormente, en decisión N°1827 de 09 de octubre de 2007, caso: Rafael Contreras Millán, declaró inadmisibile la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa, por considerar que “(...) *el abogado Rafael Contreras Millán, a pesar de afirmar que actúa autorizado por la Dirección Política Nacional de COPEI, sólo se limitó a consignar el escrito contentivo de la acción interpuesta, sin acompañar al mismo del instrumento que acredita el carácter que se atribuye*”.

Ante dicha decisión, los Magistrados Cabrera y Rondón Haz, salvaron el voto, por considerar que al tratarse de una acción popular, no se requiere de

mayores exigencias en la legitimación para poder actuar por lo que cualquier persona, natural o jurídica, posee la legitimación para ejercerla.

#### **4.5.3 Despacho saneador**

Consiste en otorgar una garantía adicional al actor para que corrija algún error, defecto u omisión, en lugar de desechar de una vez la admisión de la acción.

Ahora bien, conforme a lo señalado anteriormente, introducida la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa, la Sala Constitucional debe pronunciarse sobre su admisibilidad o no. Sin embargo, antes de esta decisión y de conformidad con lo previsto en el artículo 134 LOTSJ, puede ordenar su corrección en lugar de su admisión, cuando considere que la solicitud sea de tal modo ininteligible que hace imposible su tramitación.

Ante lo cual, el demandante debe hacer las correcciones ordenadas en un lapso de tres días de despacho, de no hacerlo o de hacerlas incorrectamente, la Sala Constitucional negará la admisión de la acción de inconstitucionalidad.

#### **4.5.4 Auto de admisión**

Luego de verificar los presupuestos de inadmisibilidad de la acción y determinada su competencia, la Sala Constitucional dicta el auto de admisión y de conformidad con lo previsto en el artículo 135 de la LOTSJ ordenará:

1) *La citación del demandado.* Es decir, al órgano del poder legislativo contra quien va dirigida la acción, verbigracia, si es la Asamblea Nacional, la citación se efectúa mediante oficio en la persona de su Presidente.

2) *La notificación de las siguientes autoridades:*

1. El o la Fiscal General de la República
2. Procurador o Procuradora General de la República.
3. Defensor o Defensora del Pueblo.

4. Cualquier otra autoridad que estime pertinente.

3) *Emplazar* a los interesados o interesadas por medio de un cartel.

Con este propósito, deberán remitirse a dichas autoridades copia certificada del escrito contentivo de la acción de nulidad y copia del auto de admisión. (Vid. Sentencia N° 191 de fecha 04 de marzo de 2011. Caso: Eliseo Fermín y otro.)

Una vez la Sala admite la acción, remite el expediente al Juzgado de Sustanciación para la tramitación del procedimiento.

#### **4.6 Medidas Cautelares y Oposición.**

La Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en su artículo 130 regula las medidas cautelares en los procesos constitucionales, estableciendo que las partes en cualquier estado y grado del proceso pueden solicitar las medidas cautelares que estimen pertinente, así mismo, prevé que la Sala Constitucional podrá acordarlas de oficio, contando con los más amplios poderes cautelares, en aras de la garantía de la tutela judicial efectiva. Positivizando de esa manera la doctrina pacífica y reiterada de la Sala Constitucional, según la cual, la tutela cautelar constituye un elemento del derecho a la tutela judicial efectiva, a tenor de lo dispuesto en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Al respecto es necesario efectuar las siguientes precisiones:

##### **4.6.1 ¿Qué son las medidas cautelares?**

Señala Vecina Cifuentes, que las medidas cautelares han venido considerándose, tradicionalmente, “como aquellos instrumentos jurídico-procesales creados y diseñados con la finalidad de eliminar el peligro que para

el buen fin del proceso principal, o lo que es igual, para la efectividad práctica de la sentencia que pone término al mismo, y a través de la cual aquél cumple su función.” (Pág. 28)

La Sala Constitucional ha definido a las medidas cautelares, como expresión del derecho a una tutela judicial efectiva de los derechos e intereses, previsto en el artículo 26 de la Constitución de 1999 y, por tanto, un supuesto fundamental del proceso que persigue un fin preventivo de modo explícito y directo. (vid. Sentencia N° 269/2000, caso: ICAP).

#### **4.6.2 Características de las medidas cautelares.**

La Sala Constitucional en Sentencia N° 640 de fecha 03 de abril de 2003, caso: Fábrica de Calzado Rex, precisó que las características de las medidas cautelares son las siguientes:

- a) *La instrumentalidad*, pues no constituyen un fin en sí mismas sino que son un medio, instrumento o elemento que sirve para la realización práctica de otro proceso –eventual o hipotético, según el caso- y su resolución principal, partiendo de la hipótesis de que ésta tenga un determinado contenido concreto, conforme a lo cual se anticipan los efectos previsibles, por lo que el contenido de estas medidas es el mantenimiento de una situación de hecho de Derecho en salvaguarda de derechos, sobre los que se pronunciará el Juez que conoce del fondo del asunto, para una vez se dicte sentencia definitiva sobre lo principal, no opere en el vacío y pueda ser realmente efectiva.
- b) *La subordinación o accesoriedad y la jurisdiccionalidad*, pues el proceso cautelar siempre depende ontológicamente de la existencia o de la probabilidad de un proceso judicial principal, así como de sus contingencias.

- c) *La autonomía técnica*, pues el poder jurídico de obtener una medida cautelar, a pesar de la instrumentalidad y accesoriedad de ésta, es por sí mismo una forma de acción, que no puede considerarse como accesorio del derecho objeto de cautela, en tanto existe como poder actual, cuando no se sabe si el derecho acautelado existe. En tal sentido, si se declara finalmente la inexistencia del derecho principal pretendido no puede conllevar tal decisión la declaración retrospectiva de la inexistencia de una de las condiciones de la acción cautelar, y en consecuencia, como evidencia de la ilegitimidad de la medida cautelar concedida y ejecutada.
- d) *La provisoriedad o interinidad*, en tanto la situación preservada o constituida mediante la providencia cautelar no adquiere carácter definitivo sino que se destina a durar por un espacio de tiempo delimitado, debido a que los efectos que derivan de la medida cautelar están, por su propia naturaleza, intrínsecamente destinados a agotarse en el momento en que se pronuncia la sentencia sobre el fondo, sin que tengan vocación alguna de convertirse en definitivos.
- e) *La mutabilidad o variabilidad y la revocabilidad*, de modo tal que si desaparece la situación fáctica o de derecho que llevó al órgano jurisdiccional a tutelar en sede cautelar el interés de parte, cesa la razón de ser de la precaución, en tanto es concedida en atención a una situación pasajera formada por circunstancias que pueden modificarse de repente, lo que exige una nueva apreciación del juez, quien resuelve entonces conforme a la cláusula **rebuc sic stantibus**, para disponer un aseguramiento distinto al solicitado u obtenido, limitarlo teniendo en consideración la importancia del derecho que se intenta proteger, o revocar la medida cautelar. **A contrario sensu**, cuando una medida cautelar es denegada, ello no impide recabarla nuevamente, si se hubiere modificado la situación de hecho o de derecho.

- f) Por ello, no producen efectos de cosa juzgada material, no causan instancia y su decreto no conlleva prejuzgamiento.
- g) *El decreto* inaudita parte, pues se ordenan sin oír previamente a la parte contraria, ya que en caso de notificar previamente al afectado se le daría la oportunidad de frustrar precisamente el objeto a que tienden, sin perjuicio de la virtualidad del contradictorio.
- h) El carácter urgente, pues su razón de ser es evitar los perjuicios que para la tutela de los derechos se pueden derivar del transcurso del tiempo y de su incidencia sobre situaciones jurídicas que pueden alterarse de forma irreversible, lo que se representa entre otros rasgos, por la simplicidad de formas o trámites para lograr la rapidez en el tiempo y porque el conocimiento del órgano jurisdiccional sobre los presupuestos de las medidas cautelares es sumario, vale decir, de cognición en el grado de apariencia y no de certeza.

Es decir, las medidas cautelares que se dicten en los procesos constitucionales deben reunir las características antes mencionadas.

#### **4.6.3 Presupuestos de procedencia de las medidas cautelares.**

El artículo 130 LOTSJ establece que la Sala Constitucional detenta amplios poderes cautelares, para cuyo ejercicio tendrá en cuenta las circunstancias del caso y los intereses públicos en conflicto.

Tradicionalmente han sido dos los presupuestos los considerados como consustanciales a toda medida cautelar, vale decir, el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris*. Sin embargo, como se observa de la disposición legal antes referida, en los procesos constitucionales, el juez para acordar la medida cautelar debe ponderar los intereses que se encuentran en juego.

Y ello es así, por cuanto el interés que se debate en los procesos constitucionales es general, es decir, se busca la guarda e integridad de la Constitución, que se ve amenazada.

En ese sentido, ha asentado la Sala Constitucional, que el juez constitucional posee amplios poderes inquisitivos, dado el carácter de orden público de los procesos constitucionales, por ello los requisitos exigidos para acordar la procedencia de las mismas (*fumus boni iuris* y *periculum in mora*), se reducen a un simple examen del juez de acuerdo a su sano criterio de acordar o no tales medidas, tomando en consideración las circunstancias particulares del caso sometido a su examen, así como la ponderación de intereses. Todo ello, en pro de armonizar los distintos componentes que conforman la sociedad, a los fines de lograr un justo equilibrio entre los intereses que se debaten en un caso. (vid. Sentencia N° 957 de fecha 25 de mayo de 2007, caso: RCTV).

Ahora bien, efectuadas tales consideraciones resulta pertinente referirnos a aquellos casos en que la Sala Constitucional ha acordado medidas cautelares en el curso de una acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa.

#### **4.6.4 Medidas cautelares que han sido acordadas por la Sala Constitucional durante el trámite de la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa.**

##### ***4.6.4.1 Sentencia N° 91 de fecha 02 de marzo de 2005. Caso: PROVEA/Régimen Prestacional de Empleo.***

En dicho pronunciamiento, la Sala Constitucional declara la omisión inconstitucional de la Asamblea Nacional por no haber dictado “dentro de un plazo razonable en derecho”, la Ley especial que debía regular el Régimen

Prestacional de Empleo. Consiguientemente ordenó a la Asamblea Nacional la preparación, discusión y sanción, dentro del plazo máximo de tres (3) meses computables desde la notificación de este fallo de la Ley que regule el Régimen Prestacional de Empleo, o en su defecto, de un régimen transitorio que solvete la situación lesiva al derecho constitucional a la seguridad social.

Así mismo, acordó medida cautelar innominada mediante la cual suspendió los efectos del artículo 138 de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social y consecuentemente declaró la ultraactividad del Decreto con Rango y Fuerza de Ley que Regula el Subsistema de Paro Forzoso y Capacitación Laboral (G.O 5392 Extraordinario, de 22/10/1999), y, por ende cautelarmente vigente a partir de la sentencia a la que se hace referencia y hasta cuando la Asamblea Nacional pusiera fin a la situación de mora legislativa en los términos de ésta.

Al respecto, es importante destacar que la medida cautelar acordada, viola ineludiblemente las características que deben contener las medidas cautelares; pues fue acordada en una sentencia, cuando el fin de las mismas es garantizar el proceso principal y con una vigencia indeterminada, violando así el principio de provisoriedad de las medidas.

---

#### ***4.6.4.2 Decisión N° 2713 de fecha 12 de agosto de 2005/Código de Ética del Juez.***

Mediante Sentencia N° 1057 de fecha 01 de junio de 2005, la Sala Constitucional admite la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa en contra de la Asamblea Nacional por no haber dictado el Código de Ética del Juez o Jueza Venezolana. En el curso de dicho proceso, mediante decisión N° 2713 de fecha 12 de agosto de 2005, la Sala acordó medida cautelar para la Asamblea Nacional a los fines de que: “*se mantenga en el estado en que se*

*encuentra, el Proyecto de Código del Juez Venezolano o Jueza Venezolana, discutido en su seno, hasta tanto se dicte el fallo definitivo”.*

Con la medida cautelar se persiguió que la Asamblea Nacional paralizara la finalización del trámite legislativo del ya sancionado Código de Ética, el cual no fue promulgado en virtud de las observaciones formuladas por el Presidente de la República en fecha 11 de noviembre de 2005, pero que no obstante, al año 2005 la Asamblea Nacional no había decidido sobre las observaciones realizadas, por ende no se había remitido nuevamente a la Presidencia de la República para su promulgación.

Ahora bien, al respecto se debe señalar que la medida acordada tendente a paralizar la actividad legislativa es claramente inconstitucional, pues constituye una injerencia ilegítima en la independencia y autonomía de la Asamblea Nacional como órgano de representación popular.

La Sala Constitucional, con ese proceder actuó con abuso de poder y extralimitación de funciones al coartar el funcionamiento propio del Poder Legislativo en un Estado Democrático y de Derecho, máxime cuando se está juzgando precisamente la falta de desarrollo de un precepto constitucional; estableciendo así una verdadera subordinación entre el Tribunal Supremo de Justicia y el Poder Legislativo.

Con base a lo expuesto, se debe concluir que la Sala ha utilizado en este caso su poder cautelar como un instrumento para destruir el Estado de derecho.

#### **4.6.5 Oposición a las medidas cautelares**

Como se mencionara anteriormente, una de las características de las medidas cautelares, es que son dictadas inaudita parte, pues se ordenan sin oír previamente a la parte contra quien va dirigida, no obstante, en aras de garantizar el derecho a la defensa de ésta y en pro de un proceso constitucional justo, la ley brinda la oportunidad del contradictorio, es decir, la posibilidad que la parte afectada con la medida, pueda rebatirla.

El medio procesal para hacer frente a las medidas cautelares acordadas, es la oposición conforme lo prevé el artículo 131 LOTSJ. Según dicha disposición legal, la oposición debe efectuarse dentro de los tres días de despacho siguiente en que se acuerde la medida cautelar.

Para el trámite de la oposición a la medida cautelar, se iniciará una incidencia en cuaderno separado y se entenderá abierta una articulación probatoria de tres días de despacho para la promoción y evacuación de pruebas. Vencido dicho lapso, la Sala Constitucional debe dictar sentencia dentro de los cinco días de despacho siguientes.

Por último, es pertinente señalar que dicha incidencia solo se abre en la medida, en que la parte, contra quien obre la cautela haga la oposición.

#### **4.7 Trámite de Notificaciones**

El artículo 49.1 Constitucional, estipula el derecho que tiene toda persona acusada, de ser notificada, a tener conocimiento de la acusación en su contra y de los cargos que se le imputan, para que pueda de esa manera ejercer su derecho a la defensa en forma contradictoria. De manera, los actos de comunicación de las decisiones judiciales (citaciones, notificaciones y emplazamientos), en la medida que permiten la comparecencia del destinatario y la defensa contradictoria de las pretensiones, representan un instrumento ineludible para la observancia de las garantías constitucionales del proceso. (Picó i Junoy, 1997).

En el proceso de la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa, el trámite referente a las notificaciones será llevado a cabo por el Juzgado de Sustanciación. El cual de conformidad con el artículo 136 LOTSJ debe librar los oficios y el cartel dentro de los cinco días de despacho siguientes al recibo del expediente remitido por la Sala Constitucional.

En este sentido, recuérdese que de conformidad con lo previsto en el artículo 135 LOTSJ se debe citar al órgano del Poder Legislativo silente y

notificar el o la Fiscal General de la República, el Procurador o Procuradora General de la República y el Defensor o Defensora del Pueblo; asimismo se debe emplazar por medio de un cartel a los interesados o interesadas en intervenir en el proceso.

La forma en que se debe practicar las citaciones y las notificaciones se encuentran regulada por el artículo 91 LOTSJ; del cual se colige que son cuatro las vías a través de las cuales se puede materializar la citación y la notificación en los procesos constitucionales. Al respecto, es pertinente señalar que la ley prevé el mismo trámite para practicar la citación y las notificaciones. En consecuencia se pueden hacer de la siguiente manera:

#### **4.7.1 Citación y notificaciones:**

##### ***4.7.1.1 Citación personal:***

1. En principio debe efectuarse a través *de la entrega personal al destinatario o destinataria o su representante legal*, del oficio de citación o notificación según corresponda, dejándose constancia de la entrega mediante acuse de recibo firmado por éste. Sin embargo, de no lograrse practicar mediante la entrega personal la Ley permite que se practique mediante:
  2. *Boleta u oficio que se dejará por el o la Alguacil en el domicilio procesal del sujeto de que se trate*. Debiendo el Alguacil dejar constancia escrita en el expediente de haberla practicado, la cual de conformidad con lo previsto en el artículo 92 LOTSJ surtirá efectos el día de despacho siguiente a que su práctica conste en autos.
  3. *Correspondencia postal*. Igualmente surtirá efectos el día de despacho siguiente a que su práctica conste en autos.
  4. *Boleta enviada a través de sistemas de comunicación telegráficos, facsimilares, electrónicos y similares*. Esta modalidad de notificación debe ser efectuada por el Secretario o Secretaria del Juzgado de Sustanciación, debiendo dejar constancia de ello en el expediente. En cuyo caso surtirá efectos al quinto

(5) día de despacho siguiente en que conste en autos y su publicación en el portal electrónico del Tribunal Supremo de Justicia (Artículo 92 LOTSJ).

En este sentido, debe advertirse que a los efectos de certificar la notificación realizada a través de medios electrónicos, es necesario proceder de conformidad con lo establecido en la Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, en la medida que le sea aplicable, atendiendo siempre a los principios de inmediatez, brevedad y celeridad que caracterizan los procesos constitucionales.

5. *Publicación en el portal electrónico del Tribunal Supremo de Justicia:*

La publicación en el portal web del Tribunal Supremo de Justicia de la boleta u oficio de citación o notificación, se hace obligatoria para completar la validez de las notificaciones y citaciones que sean entregadas por el o la Alguacil en el domicilio procesal del sujeto de que se trate o cuando el Secretario o Secretaria remita la boleta mediante sistemas electrónicos.

La orden de publicación en el portal web, debe efectuarse al momento de librarse la boleta u oficio.

***4.7.1.2 Citación por cartel***

Dispone el artículo 93 LOTSJ que cuando resulte imposible efectuar la notificación por cualesquiera de los medios a los que se ha hecho alusión en el punto anterior, es decir, a los previstos en el artículo 91 eiusdem, la citación o las notificaciones se practican por un cartel, que será fijado en la Secretaría de la Sala Constitucional y será publicado en el portal electrónico del Tribunal Supremo de Justicia.

La notificación surtirá efectos luego de que hayan transcurrido diez (10) días de despacho siguientes en que conste en autos la fijación del cartel.

#### ***4.7.2 Cartel de emplazamiento***

Por cuánto el objeto de los procesos constitucionales, es la preservación de la supremacía constitucional o del orden público constitucional y debido a que todos los ciudadanos tienen el derecho y el deber de preservar el orden constitucional, a tenor de lo previsto en el artículo 7 Constitucional, la Ley prevé el emplazamiento de los interesados o interesadas mediante cartel, el cual debe ser librado por el Juzgado de Sustanciación dentro de los cinco (5) días de despacho siguiente al recibo del expediente.

El artículo 137 LOTSJ prevé lo relacionado con el trámite para la publicación del cartel de emplazamiento, según el cual:

1. Debe ser publicado por la parte demandante en un diario de circulación nacional o regional, según sea el caso.
2. La parte demandante tendrá un lapso de diez (10) días de despacho, contados a partir del momento en que se haya librado el cartel, para retirarlo y publicarlo y consignar en autos un ejemplar del periódico donde hubiese sido publicado.
3. Si la parte demandante incumple con la carga de retirar y publicar el cartel, así como consignarlo al expediente dentro del lapso de diez (10) días de despacho, opera la perención de la instancia y en consecuencia se ordenará el archivo del expediente.
4. En aquellos casos que existan razones de orden público que justifiquen la continuación de la causa y la parte demandante incumpla con el deber de publicarlo, el cartel será publicado por el Juzgado de Sustanciación.

Asimismo, el artículo 138 LOTSJ establece que se entenderán válidamente notificados los interesados, luego de transcurrido un lapso de diez (10) días de despacho contados a partir en que conste en autos la consignación del ejemplar del periódico donde hubiere sido publicado el cartel.

### ***4.7.3 Contenido de la boleta de citación y notificación y del cartel de emplazamiento de los interesados o interesadas.***

Conforme en lo dispuesto por el artículo 91 en concordancia con el artículo 139 LOTSJ las boletas y el cartel de emplazamiento deben contener:

1. Identificación completa de las partes.
2. El objeto de la pretensión
3. El término de comparecencia y clara advertencia de las consecuencias procesales de su incumplimiento. Es decir, debe indicarse de conformidad con lo establecido en los artículos 139 y siguientes de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, lo siguiente:

3.1 Que vencido el lapso de tres (3) días de despacho, contados a partir de que conste en autos la última de las notificaciones, para que el Juzgado de Sustanciación se pronuncie sobre la participación de los intervinientes, comenzará a correr un lapso de diez (10) días de despacho para que presenten escritos para la defensa de sus intereses y promuevan pruebas si lo estiman pertinente, con indicación que deben consignar las pruebas documentales en dicha oportunidad.

3.2 En el caso de que no se promuevan pruebas, salvo las documentales, la causa entrará en estado de sentencia y se remitirá el expediente a la Sala Constitucional para que ésta decida en un plazo de veinte (20) días de despacho. (Artículo 140 último aparte LOTSJ).

### **4.8 Intervención de Terceros**

Según Bello Lozano, tercero es todo sujeto que no es parte de un determinado proceso, es decir, extraño respecto al mismo. (1987).

Así pues, de acuerdo con Rengel (1994), la tercería es la intervención voluntaria y principal de un tercero contra ambas partes de un proceso

pendiente, ya para excluir la pretensión del demandante, invocando un derecho preferente; o el dominio sobre los bienes objeto del proceso; o bien para concurrir con él en el derecho alegado, fundándose en el mismo título.

Ahora bien, recordemos que en los procesos de omisiones legislativas inconstitucionales, el objeto del litigio es la supremacía y el orden público constitucional, por tales motivos la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, ordena mediante la publicación de un cartel, el emplazamiento de cualquier interesado o interesada en intervenir en el proceso, que de decidir hacerlo concurrirían en igualdad de condiciones que las partes.

Cabe destacar, que la intervención en el proceso de aquellos interesados emplazados mediante cartel es facultativa si es su deseo, intervendrán; si no lo consideran necesario, no lo harán. En este sentido, ha señalado la Sala Constitucional, que los llamados por cartel pueden demostrar un interés tal, que los convierta en partes, como lo son el demandante y el demandado, y con ese carácter de partes –sobreenvidadas- se comportarán en el juicio, teniendo las facultades que esa condición les da. (Vid. Sentencia 1645 del 19 de agosto de 2004, caso: Constitución Federal del Estado Falcón)

Estos terceros, se caracterizan por ejercer un derecho propio, promovidos por el interés general de hacer respetar la supremacía constitucional, en el caso que nos atañe, bien sea, para que se declare o no la inconstitucionalidad del silencio legislativo. De este modo, puede considerarse a esta clase de legitimados, como *intervinientes-parte o terceros con carácter de partes*, conforme a la doctrina de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, quien acogió el criterio sentado por la extinta Corte Suprema de Justicia en su Sala Político Administrativa en sentencia de fecha 26 de septiembre de 1991, caso: Rómulo Villavicencio.

Según la doctrina de la Sala Constitucional, *los intervinientes-partes* a diferencia de los terceros intervinientes coadyuvantes no siguen la suerte de la parte coadyuvada, en consecuencia, el desistimiento del recurrente principal no comporta para ellos la extinción del procedimiento.

Asimismo, es importante destacar que la Sala Constitucional ha admitido en los procesos constitucionales la intervención de terceros coadyuvantes. En tanto, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia no regula la intervención de terceros, es necesario acudir por aplicación supletoria a la regulación de derecho común, vale decir, al Código de Procedimiento Civil, conforme lo establece expresamente el artículo 98 eiusdem, el cual señala expresamente: *“Las reglas del Código de Procedimiento Civil regirán como normas supletorias en los procesos que cursen ante el Tribunal Supremo de Justicia (...)*.

Al respecto, el artículo 370 ordinal 3° del Código de Procedimiento Civil hace referencia a los terceros coadyuvantes. Según el cual, son aquellos terceros que pueden intervenir en la causa pendiente, cuando entre otras circunstancias, tengan un interés jurídico actual en sostener las razones de alguna de las partes y pretendan ayudarla a vencer en el proceso. Conforme al artículo 379 eiusdem, los terceros coadyuvantes pueden intervenir en cualquier estado y grado del proceso mediante diligencia o escrito siempre que acompañen prueba fehaciente que demuestren el interés jurídico que tenga en el asunto.

De manera, cabe destacar que en la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa, estos terceros coadyuvantes no requieren condición especial alguna para intervenir en el proceso, porque como bien se ha venido señalando, la legitimación activa en esta clase de procesos es amplia (vid. Sentencia 1802 de fecha 24/08/2004, caso, Felipe Mújica y Leopoldo Puchi).

#### **4.9 Pruebas**

En el proceso de inconstitucionalidad por omisión legislativa, esencialmente debe demostrarse la existencia o no del hecho omisivo del legislador, en caso de existir esa omisión demostrar su inconstitucionalidad. Es necesario probar la existencia del hecho omisivo, pues pudiera presentarse controversia sobre la ocurrencia de este hecho. Verbigracia, para demostrar si

la Asamblea Nacional sancionó o no la ley requerida, puede consignarse como medio probatorio, un resumen de actividades en sesión de la Asamblea Legislativa y relación de leyes sancionadas, emitido por el Servicio Autónomo de Información Legislativa (SAIL). En lo atinente a la inconstitucionalidad, no requerirá de ninguna actividad probatoria al ser su apreciación, un asunto de mero derecho.

Ahora bien, hechas tales precisiones, es pertinente referirnos a los medios probatorios y al trámite procesal de las pruebas en la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa, a saber:

#### **4.9.1 Medios probatorios**

El derecho a probar es una parte del debido proceso. Así tenemos, que el artículo 49.1 Constitucional prevé que el derecho a la prueba es un derecho constitucional, inmanente al derecho de la defensa.

Señala Giacometto (2007), que siendo el derecho procesal constitucional, una disciplina reciente, todavía en proceso de formación se propone la siguiente noción de prueba: *“son las razones, los argumentos, los instrumentos o los medios, de naturaleza predominantemente procesal, dirigidos a verificar el cumplimiento o no de la Constitución”*.

La función de probar consiste en tratar de obtener la verdad de los hechos. Ahora bien, con respecto a quien le corresponde la carga de la prueba, señala el artículo 506 del Código de Procedimiento Civil que *“Las partes tienen la carga de probar sus respectivas afirmaciones de hecho. (...)”*. Es decir, según la noción tradicional, la distribución de la carga de la prueba le corresponde a las partes.

Señala Giancometto (2007), que la aplicación estricta de esta noción de la carga de la prueba, ha conducido a fallos cuya justicia es dudosa, aduciendo que tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, esta concepción ha venido evolucionando, permitiendo la aplicación de otros principios los cuales son: el

principio de solidaridad, según el cual la carga debe recaer sobre aquella parte que se encuentra en mejores condiciones de suministrar la prueba, que desemboca en el principio de cooperación y a su vez, ambos lo hacen en el de buena fe.

En virtud, de tales principios se justifica que para que el juez falle en justicia, cabe también la posibilidad que pueda decretar y practicar pruebas de oficio, ejerciendo su condición de director del proceso, comportándose como actor social, ayudando a esclarecer los hechos y no cruzarse de brazos cuando hagan falta elementos que lo lleven a la certeza (Giancometto, 2007).

Aduce de igual manera la referida autora, por cuanto el interés que se debate en los procesos constitucionales es general, es decir, se busca la guarda e integridad de la Constitución, es pertinente y positivo que rijan en estos procesos la solidaridad y la cooperación activa.

En este sentido, señala el profesor Gozáni (2010) que en los procesos constitucionales la prueba tiene objetivos diferentes a los que presenta un proceso común controversial, pues si en un proceso de conocimiento ordinario se pretende que las partes demuestren al juez la verdad de sus afirmaciones o confirmen las versiones que sostienen; en los juicios constitucionales el objeto a probar radica, antes que en una situación de hecho, en la crisis del derecho constitucional que se ve amenazado manifiestamente. Igualmente afirma, que en los procesos constitucionales, la prueba no puede quedar como un deber, carga u obligación individual. Al Estado le importa identificar si existe o no una cuestión constitucional.

El juez constitucional, es el tutor de la Constitución, es por ello que en los procesos constitucionales, el juez es el verdadero director de toda la cuestión probatoria. Pues en estos procesos lo que se pretende proteger es la supremacía de la Constitución, lo que le permite intervenir directamente en la actividad probatoria en aras de lograr la verdad material.

De manera y de acuerdo a lo que se colige de lo previsto en el artículo 140 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en los procesos

constitucionales rige *el principio de libertad probatoria*, es decir, que las partes y los intervinientes pueden hacer uso de cualquier medio probatorio legal y lícito.

Asimismo, en consonancia con lo que se ha venido haciendo alusión, el juez constitucional también tiene plena libertad probatoria, según se deduce de lo previsto en el artículo 142 LOTSJ, el cual señala textualmente que “*una vez que oiga a los intervinientes, el Tribunal podrá ordenar la evacuación de las pruebas que juzgue necesarias para el esclarecimiento de los hechos que aparezcan dudosos u oscuros.*” Es necesario denotar que este artículo señala, que solo después de oír a los intervinientes el juez podrá ordenar la evacuación de pruebas, no obstante en la derogada ley el juez estaba facultado para hacerlo en cualquier estado de la causa.

De dicha norma se colige la amplísima facultad probatoria que posee el juez constitucional, que lo diferencia del juez del proceso civil ordinario cuyo principio rector es el dispositivo. De manera que en los procesos constitucionales la prueba no es una actividad que corresponda exclusivamente a las partes, sino que el juez tiene sobre ella amplias facultades especialmente por su función de garante de la Constitución, atribuyendo en consecuencia al juez un rol más activo en el proceso, superando cualquier similitud con el simple espectador.(Linares, 2007)

## **4.9.2 Iter procesal probatorio**

### ***4.9.2.1 Oportunidad procesal***

Conforme el artículo 139 LOTSJ, la oportunidad procesal para promover las pruebas en el proceso de inconstitucionalidad por omisión legislativa, es luego de vencido el lapso de tres (3) días de despacho en que el Juzgado de Sustanciación se pronuncie sobre la participación de los intervinientes. Disponiéndose de un lapso de diez (10) días de despacho para la

promoción de las mismas; debiendo en esta misma oportunidad, consignar las pruebas documentales que pretendan hacer valer.

#### ***4.9.2.2 Oposición a la admisión de pruebas***

Luego de vencido el lapso de diez (10) días de despacho para la promoción de las pruebas, los intervinientes tendrán un lapso de tres (3) días hábiles para oponerse a la admisión de las pruebas de la contraparte, si las considera manifiestamente ilegales o impertinentes, en conformidad con lo previsto en el último aparte del artículo 139 LOTSJ.

#### ***4.9.2.3 Admisión de las pruebas***

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 140 LOTSJ, luego de vencido el lapso de tres (3) días para hacer oposición a la admisión de las pruebas, el Juzgado de Sustanciación dentro de un lapso de cinco (5) días de despacho providenciará sobre los escritos de prueba, admitiendo las que sean legales y pertinentes y desechando las que aparezcan manifiestamente ilegales o impertinentes. Igualmente, el Juzgado debe omitir toda declaración o prueba que verse sobre hechos claramente no controvertidos entre las partes.

#### ***4.9.2.4 Evacuación de las pruebas***

Las pruebas se evacuaran durante la audiencia pública, salvo las pruebas documentales, que deberán evacuarse en el mismo momento de su promoción. Sobre este punto nos referiremos posteriormente.

#### ***4.9.2.5 No promoción de pruebas***

El último aparte del artículo 140 LOTSJ, establece que en caso, de que ninguno de los intervinientes promueva pruebas distintas, a las documentales la

causa entrará en estado de sentencia, en consecuencia el Juzgado de Sustanciación remitirá el expediente a la Sala, para que decida en un plazo de veinte días de despacho. De considerarlo pertinente la Sala Constitucional podrá fijar audiencia.

En virtud de lo anteriormente expuesto, se observa que el trámite probatorio en los procesos constitucionales, rigen los principios del proceso por audiencias, es decir, los principios de a) intermediación, b) concentración y continuidad, c) contradicción e d) investigación e impulso de oficio.

#### **4.10 Audiencia Pública**

La audiencia pública, es el acto oral y público en el cual los intervinientes expondrán ante la Sala Constitucional sus alegatos.

##### **4.10.1 Fijación de la audiencia**

Conforme a lo señalado en el artículo 140 LOTSJ, el ofrecimiento de pruebas determina la fijación del acto oral y público, el aludido artículo especifica: *"(...) En caso de que ninguno de los intervinientes promueva pruebas distintas a las documentales, la causa entrará en estado de sentencia y el Juzgado de Sustanciación remitirá el expediente a la Sala, para que decida en un plazo de veinte días de despacho (...)"*.

Así pues, la celebración de la audiencia oral y pública será fijada por el Juzgado de Sustanciación, en el mismo auto mediante el cual se pronuncia sobre la admisión de las pruebas. Luego de fijada la audiencia, el Juzgado remitirá el expediente a la Sala Constitucional. (Artículo 140 LOTSJ).

##### **4.10.2 Desarrollo de la audiencia**

De acuerdo a lo establecido en el artículo 141 LOTSJ la audiencia será llevada a cabo bajo la dirección del Presidente o Presidenta de la Sala

Constitucional, quien le indicará a los intervinientes, el tiempo del cual disponen para hacer sus alegatos, así como para hacer las replicas y contrarrélicas de ser el caso. Así pues, el acto oral y público tiene como finalidad además de escuchar los alegatos de los intervinientes, fijar en qué términos quedó trabada la controversia.

Es importante resaltar, que dentro dicho proceso rigen los principios de inmediación y concentración, los cuales están íntimamente ligados, porque el juez que presenció el debate probatorio está en la obligación de sentenciar de inmediato y en la medida de lo posible el debate debe ser continuo e ininterrumpido.

En este sentido, durante la audiencia se deben evacuar aquellas pruebas que así lo ameriten, en caso de no ser posible en la misma audiencia, la Sala podrá fijar su evacuación para otra oportunidad. De manera que cualquier incidencia que se suscite durante el debate en relación con el control y contradicción de las pruebas, debe resolverlo inmediatamente la Sala. Todo ello de conformidad con lo estipulado en el artículo 142 LOTSJ.

Por otro lado, luego de oídas las partes la Sala puede ordenar la evacuación de aquellas pruebas que juzgue conveniente. Incluso considero, dado que el juez constitucional tiene como norte la verdad material con el propósito de proteger la supremacía de la Constitución, puede ordenar la evacuación de las pruebas que fueron promovidas por las partes, pero que no se evacuaron en su oportunidad, sin que ello signifique que el juez está supliendo la carga de la parte, pues en los procesos constitucionales, el principio de la supremacía constitucional se superpone al principio de la carga de la prueba. De modo, si el juez considera que una prueba es relevante para obtener la verdad, puede traerla al proceso independientemente que haya sido carga de una de las partes aportarla al proceso.

Finalmente, si no fuere suficiente la audiencia fijada para agotar el debate, esta continuará cuantas veces sea necesaria y en la oportunidad que fije el Tribunal. Al respecto, es importante tener en consideración que en estos

procesos imperan los principios de inmediación y concentración de la prueba, lo que implica que los plazos para continuar el acto oral y público deben ser muy breves.

#### **4.10.3 Finalización de la audiencia pública**

Señala el último aparte del artículo 142 LOTSJ, que concluida la audiencia pública se levantará un acta que deben firmar todos los intervinientes y si se negaren a hacerlo, el Secretario o Secretaria dejará constancia de ello. Es importante acotar, que dicha acta es la prueba de la realización del debate y por ende del acto oral y público.

#### **4.10.4 Conclusión del debate**

De acuerdo al artículo 144 LOTSJ, concluido el debate los Magistrados o Magistradas podrán:

1. Decidir inmediatamente el fondo del asunto y exponer en forma oral los términos del dispositivo del fallo.
2. Dictar la decisión en la oportunidad de publicarse la sentencia cuando las circunstancias del caso así lo ameriten.
3. Diferir por una sola vez y hasta por un lapso de cinco días de despacho, el pronunciamiento del dispositivo del fallo, cuando la complejidad del asunto así lo requiera.

El texto íntegro del fallo debe publicarse dentro de los diez (10) días de despacho siguientes a la celebración de la audiencia pública o al vencimiento del diferimiento.

#### **4.10.5 Modos de terminar el proceso**

El proceso de inconstitucionalidad por omisión legislativa puede terminar de diversas maneras, a saber:

1. Mediante sentencia definitivamente firme.
2. Por desistimiento de la parte demandante, bien sea porque así lo manifieste expresamente o por su inasistencia a la audiencia pública; a menos que la Sala decida continuar el proceso por considerar que el asunto afecta de orden público.
3. Por perención de la instancia; es decir, conforme lo previsto en el artículo 94 LOTSJ la instancia se extingue de pleno derecho en las causas que hayan estado paralizadas por más de un año por inactividad de la parte actora, antes de la fijación de la audiencia pública; salvo que la Sala considere que el asunto vulnere normas de orden público, en cuyo caso continuará el proceso.
4. Por el incumplimiento de la parte actora de retirar, publicar y consignar el cartel de emplazamiento dentro del lapso previsto, derivando en la declaratoria de perención de la instancia, salvo que existan razones de orden público.

#### **4.11 Sentencias: Parámetro y alcance**

##### **| 4.11.1 Parámetro de la sentencia del control en la acción de inconstitucionalidad por omisiones legislativas.**

Los parámetros del control de la constitucionalidad de las omisiones legislativas son: la Constitución, los tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos y ratificados por Venezuela, es decir, el Bloque de la Constitucionalidad. El artículo 23 Constitucional establece:

Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.

En este sentido, es pertinente traer a colación lo previsto en el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), suscrito y ratificado por Venezuela, según el cual, si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados por la Convención no estuvieran garantizados previamente por disposiciones legislativas o de otro carácter, por los Estados, estos, “ *se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarios para hacer efectivos tales derechos y libertades*”

Por otro lado, también el control constitucional de las omisiones legislativas comprende los derechos inherentes a la persona, no reconocidos expresamente ni en el texto Constitucional ni en los mencionados tratados, por disponerlo así el artículo 22 constitucional, el cual señala:

La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos.

Igualmente, la Sala Constitucional ha expresado reiteradamente que el carácter jurídico de la Constitución no se limita, al contenido de sus disposiciones, sino que abarca también sus principios, y aún más: incluye sus valores y fines. En consecuencia, el parámetro de la sentencia del control de las omisiones legislativas inconstitucionales, comprende también tanto las disposiciones expresas de la Constitución, así como los principios, valores y

fines que de éstas se deducen. Del mismo modo vale destacar, que sirve de fundamento a tal criterio, el artículo 3 Constitucional al disponer lo siguiente:

El Estado tiene como fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, el ejercicio democrático de la voluntad popular, la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo **y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes reconocidos y consagrados en esta Constitución.** (Resaltado propio).

Lo anteriormente expuesto nos permite concluir, que las sentencias que dicta la Sala Constitucional, con ocasión a la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa deben delinirse a verificar la violación de un precepto constitucional, los principios en ella contenidos así como las normas contenidas en los tratados sobre derechos humanos.

#### **4.11.2 Alcance de la sentencia**

Tradicionalmente, se ha delineado el alcance de las sentencias emitidas en relación con las omisiones legislativas inconstitucionales de diversa índole, desde las más tímidas, como el caso de Portugal y Brasil, hasta facultades más atrevidas y osadas, pues en las últimas Constituciones donde se ha previsto tal acción de inconstitucionalidad, permiten la posibilidad de que el Tribunal dicte los lineamientos para corregir la omisión, como ocurre en la Constitución venezolana de 1999, y por otro lado, la más reciente Constitución de Ecuador de 2008, faculta a la Corte Constitucional para dictar de manera provisional la norma, cuando el poder legislativo no dicta la ley en el plazo fijado por ésta.

Ahora bien, en cuanto al alcance de las sentencias que emita la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en relación con la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa, se colige del artículo 336.7 de la Constitución de 1999, que la Sala puede: a) declarar la inconstitucionalidad de las omisiones absolutas o relativas, b) establecerle un plazo al órgano legislativo para que subsane la inconstitucionalidad producto de la conducta

silente u omisiva, y c) dictar los lineamientos para la corrección de la omisión, por parte del legislador.

#### **4.11.2.1 Declarar la inconstitucionalidad de las omisiones absolutas y relativas.**

Luego de verificar, el incumplimiento de mandatos concreto de legislar, la inobservancia de las directrices constitucionales relativas al contenido de leyes de desarrollo o del establecimiento omisivo de discriminaciones lesivas del derecho de igualdad, o el poder legislativo haya dejado de dictar las medidas indispensables para garantizar el contenido de la Constitución, debe declarar la inconstitucionalidad de la omisión legislativa, que conlleva implícitamente, que esa declaración vaya acompañada de una orden de legislar dirigida al órgano legislativo silente.

Así pues, dentro de los pocos casos que encontramos, dada la poca utilización de la figura de la acción a la que se viene haciendo referencia, tenemos que la Sala Constitucional declaró la inconstitucionalidad por omisión legislativa en los siguientes casos:

- 1) *Sentencia 2073 del 04 de agosto de 2003, caso: Hermann Escarrá-Nombramiento de los Rectores del Consejo Nacional Electoral*, declara la inconstitucionalidad por omisión contra la Asamblea Nacional, por el retraso en la designación de los integrantes del Consejo Nacional Electoral, considerando necesario la existencia de un Consejo Nacional Electoral constituido que dirija y reglamente los procesos electorales. La mencionada declaratoria se fundamentó en la inactividad del legislador en dictar las medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de la Constitución.

2) *Sentencia 3118 del 6 de noviembre de 2003 caso: Ley Orgánica del Poder Público Municipal*, declara la inconstitucionalidad por omisión contra la Asamblea Nacional por no haber dictado, dentro del plazo fijado por el constituyente de 1999, una ley sobre régimen municipal, de acuerdo a lo previsto en Disposición Transitoria Cuarta Numeral 7 de la Carta Magna.

---

3) *Sentencia 1168 del 15 de junio de 2004, caso: Federación Nacional de Trabajadores de Institutos Autónomos y Empresas del Estado (FENATRIADE)*, declara la inconstitucionalidad por omisión contra la Asamblea Nacional, por no haber dictado dentro del año siguiente a su instalación la ley de reforma de la Ley Orgánica del Trabajo contentiva del nuevo régimen del derecho a prestaciones sociales.

---

4) *Sentencia 91 de fecha 02 de marzo de 2005, caso: PROVEA-Ley de Régimen Prestacional de Empleo*, declara la inconstitucionalidad por omisión legislativa contra la Asamblea Nacional, por no haber dictado dentro de un plazo razonable en derecho, la ley especial que regule el Régimen Prestacional de Empleo.

---

5) *Sentencia 1048 del 18 de mayo de 2006, caso: Código de Ética del Juez*, declaró la inconstitucionalidad por omisión legislativa contra la Asamblea Nacional, con motivo del procedimiento legislativo iniciado para sancionar el Proyecto de Código de Ética y Disciplina del Juez Venezolano o Jueza Venezolana, elaborado por la Asamblea Nacional en el año 2003, pero que no había sido promulgado.

La presente declaratoria de inconstitucionalidad por omisión legislativa, versó sobre el procedimiento iniciado por la Asamblea Nacional para dictar el Código de Ética del Juez, el cual había sido sancionado el 16/03/2003, pero que no fue promulgado debido a que el Presidente de

la República formuló observaciones, no obstante, al año 2005 no se había cumplido con el deber de remitir nuevamente el proyecto al Poder Ejecutivo para su promulgación.

#### **4.11.2.2 Mandato para que en un plazo el órgano legislativo subsane la inconstitucionalidad producto de la conducta silente u omisiva.**

Como ya se dijera previamente, dentro de los poderes que detenta la Sala Constitucional para hacer frente a las omisiones legislativas inconstitucionales, es la de establecerle un plazo al órgano legislativo para que subsane su inactividad. En efecto, así lo ha hecho en las escasas acciones que ha conocido, así por ejemplo:

1) *Sentencia 2073 del 04 de agosto de 2003, caso: Hermann Escarrá-Nombramiento de los Rectores del Consejo Nacional Electoral*, Fijó un plazo de diez (10) días continuos a la Asamblea Nacional, para que designara a los Rectores del Consejo Nacional Electoral, bajo la advertencia que si no realizaba la designación en dicho plazo, la Sala procedería a nombrarlos. La Asamblea no efectuó los nombramientos, en consecuencia la Sala procedió a designar a los Rectores.

---

2) *Sentencia 3118 del 6 de noviembre de 2003 caso: Ley Orgánica del Poder Público Municipal*, fijó un plazo de tres (3) meses para que la Asamblea prepare, discutiera y sancionara la ley sobre régimen municipal. Plazo que el órgano legislativo no cumplió; dictando la referida ley, año y medio después en que la Sala emitió el fallo.

---

3) *Sentencia 1168 del 15 de junio de 2004, caso: Federación Nacional de Trabajadores de Institutos Autónomos y Empresas del Estado (FENATRIADE)*, le otorgó a la Asamblea un plazo de seis (6) meses

contados a partir de la fecha de publicación del referido fallo, para que preparara, consultara, discutiera y sancionara conforme al procedimiento constitucional de elaboración de leyes orgánicas, la Ley de reforma de la Ley Orgánica del Trabajo. Han transcurrido seis (6) años, y la Asamblea Nacional no ha sancionado la aludida ley.

---

4) *Sentencia 91 de fecha 02 de marzo de 2005, caso: PROVEA-Ley de Régimen Prestacional de Empleo*, Ordenó a la Asamblea Nacional la preparación, discusión y sanción, dentro del plazo máximo de tres (3) meses, de la Ley que regulara el Régimen Prestacional de Empleo, o en su defecto, de un régimen transitorio que solventara la situación lesiva al derecho constitucional a la seguridad social. La Ley fue dictada seis (6) meses después.

---

5) *Sentencia 1048 del 18 de mayo de 2006, caso: Código de Ética del Juez*, fijó un plazo máximo de un año para que la Asamblea Nacional dictara el Código de Ética del Juez. Al respecto, debe señalarse que el Código entro en vigencia tres (3) años después.

#### **4.11.2.3 Lineamientos para la corrección de la omisión.**

El alcance de dichos lineamientos no se encuentra delimitado en el Texto Constitucional, razón por la cual la Sala en sentencia N° 1556 de fecha 09/07/2002, caso: Alfonso Albornoz Niño, señaló “que el alcance de tales lineamientos parecieran quedar al arbitrio de la Sala Constitucional, ajustados a derecho”.

Así, en sentencia 2073 de fecha 4/08/2003, señaló que puede aplicar diversos correctivos de acuerdo con el supuesto que deba afrontar, es decir, entiende que se trata de una situación casuística que le permite, caso a caso, determinar variaciones en el correctivo que resuelva aplicar.

Por su parte, el profesor Casal (2003), señala que la facultad otorgada a la Sala para establecer, de ser necesario los lineamientos para corregir la omisión, debe ser ejercida con “suma prudencia y teniendo presentes los límites de la jurisdicción constitucional.”Es decir, de acuerdo a dicho autor la Sala Constitucional:

No está facultada para formular recomendaciones sobre el contenido de leyes futuras con base en criterios de oportunidad o conveniencia. Sus recomendaciones o exhortaciones al legislador, hoy frecuentes en la jurisdicción constitucional, deben basarse en la Constitución, y es aquí precisamente donde estribará su autoridad, pues el desconocimiento de ésta en la ley futura puede acarrear su inconstitucionalidad y nulidad. (Casal: 2003. Pág. 81)

Ahora bien, dentro de la experiencia jurisprudencial, en relación con la posibilidad que tiene la Sala de dictar al órgano legislativo silente, los lineamientos necesarios para corregir la omisión, podemos citar como ejemplo, la serie de sentencias dictadas con ocasión a la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa interpuesta contra la Asamblea Nacional, por no haber remitido la Ley sancionada el 16 de octubre de 2003 del Código de Ética del Juez o Jueza Venezolana al Presidente de la República Bolivariana para que procediera a su promulgación; pues este Código, sería quien vendría a crear la jurisdicción disciplinaria y los correspondientes tribunales disciplinarios para juzgar a los jueces de la República.

Así pues, durante este proceso, la Sala adoptó una serie de medidas que a mi modo de ver, excedieron los límites constitucionales de sus poderes, en primer lugar, fueron dictadas durante el proceso sin fundamento alguno y sin que previamente se verificara la inconstitucionalidad de la omisión legislativa, en segundo lugar, realmente en nada contribuyeron a reparar la violación del derecho constitucional del debido proceso y al juez natural, ocasionados a los jueces de la República producto de la omisión legislativa y finalmente, interfirió en el funcionamiento y discrecionalidad del órgano legislativo.

Primeramente recordemos, que la Constitución de 1999, atribuye lo relacionado a la disciplina judicial, a los tribunales disciplinarios que determine la ley; y establece como régimen disciplinario el Código de Ética del Juez Venezolano o Jueza Venezolana, que dicte la Asamblea Nacional. Es así, que en la Disposición Transitoria Cuarta, fijó un año para que se dictara la aludida legislación.

La Asamblea Nacional Constituyente, al dictar el Régimen Transitorio del Poder Público, por Decreto del 22 de diciembre de 1999, creo la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, y le atribuyó conforme señala Duque (2008), de manera “ad hoc” la competencia disciplinaria que corresponde a los tribunales disciplinarios, hasta tanto la Asamblea Nacional apruebe la legislación que determine los procesos y tribunales disciplinarios.

Ahora bien, veamos las medidas que fueron adoptadas por la Sala Constitucional.

*a) Sentencia N° 1057 del 01 de junio de 2005.*

En esta Sentencia, la Sala procedió a reorganizar la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, sustituyendo a los miembros integrantes de la referida comisión que habían sido designados por la Asamblea Nacional Constituyente, con base en que la Asamblea Nacional había omitido culminar el proceso de formación del Código de Ética del Juez o Jueza Venezolana.

Al respecto es importante destacar, que el Reglamento de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial publicado en Gaceta Oficial N° 36.925 del 04 de abril de 2000, establecía en su artículo 3, lo siguiente:

La Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial está integrado por siete miembros principales, todos designados por la Asamblea Nacional Constituyente, hasta el funcionamiento efectivo de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, de los Tribunales disciplinarios y del Sistema Autónomo de Defensa Pública.

Observe, que se trata de una Comisión creada por la Asamblea Constituyente, cuyo Reglamento establecía bien claro que sus funciones perdurarían mientras se creen los tribunales disciplinarios por la ley, que debería dictar el Poder Legislativo a tales efectos. De tal manera, como se advirtiera previamente, la sustitución de los miembros en nada reparó la violación de los derechos al debido proceso y al juez natural, al continuar los jueces juzgados disciplinariamente por una comisión ad hoc. Debe advertirse igualmente, que dichos miembros fueron sustituidos sin que se hubiese declarado la inconstitucionalidad de la omisión legislativa.

---

*b) Sentencia N° 1793 de 19 de julio de 2005*

En esta Sentencia la Sala, ordenó la suspensión de la aplicación del procedimiento disciplinario contenido en el Reglamento dictado por la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, por considerar que contiene disposiciones que coliden con los artículos 257 y 267 constitucional. Igualmente facultó a la mencionada Comisión modificar su Reglamento.

Por otro lado, le asignó la tarea a la precitada Comisión de realizar un Proyecto de Código de Ética, el cual debería presentarlo ante la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia.

*c) Sentencia N°2713 de fecha 12 de agosto de 2005*

Dictó una medida cautelar para la Asamblea Nacional, a los fines de que mantuviera en el estado en que se encontraba (sancionado), el Proyecto de Código de Ética del Juez Venezolano o Jueza Venezolana, discutido en su seno, hasta tanto se dictara el fallo definitivo. La medida fue acordada por estimar que las iniciativas legislativas anteriores, es decir, el Anteproyecto de Código de Ética del Juez Venezolano o Jueza Venezolana, presentado por el Tribunal Supremo de Justicia en el año 2001 y el Proyecto de Código de Ética y Disciplina del Juez Venezolano o Jueza Venezolana, elaborado por la Asamblea Nacional en el año 2003, habían dejado de tener validez formal por cuanto no concluyeron con la entrada en vigencia, antes de que se produjera la culminación del mandato otorgado a la anterior Asamblea Nacional, aduciendo que se produjo el “decaimiento del procedimiento legislativo”.

Al respecto, es importante precisar, que no existe fundamento constitucional que determine lo que la Sala ha llamado “decaimiento del procedimiento legislativo”, asimismo, con dicha medida invade la libertad y discrecionalidad del poder legislativo para culminar con el proceso legislativo, máxime cuando dicho Código ya se encontraba sancionado, que por demás valga acotar, pareciera que a la Asamblea Nacional no le importara la adopción de tales medidas, al mantenerse inmune al respecto.

---

*d) Sentencia N° 1048 de fecha 18 de mayo de 2006*

Finalmente, en esta Sentencia en el capítulo V denominado Obiter Dictum, implícitamente establece los lineamientos y las razones por las que la Asamblea Nacional, debía acoger el Anteproyecto de Código de Ética del Juez y Jueza Venezolanos presentado por la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial a la Sala Constitucional. En consecuencia declaró:

1. La inconstitucionalidad por omisión legislativa de la Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela, con motivo del procedimiento legislativo iniciado para sancionar el denominado Proyecto de Código de Ética y Disciplina del Juez Venezolano o Jueza Venezolana, elaborado por dicha instancia legislativa en el año 2003, que no fuera finalmente promulgado.
2. Fija un período de un año para que la Asamblea Nacional realice las consultas necesarias con todos los sectores del país, dada la trascendencia de la materia ético-judicial.
3. Exhorta a la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial prestar toda su asesoría y cooperación a la Asamblea Nacional con el fin de desarrollar en armonía el trabajo legislativo que permita la sanción y puesta en vigencia del Código disciplinario judicial.
4. Exhorta a la Asamblea Nacional considerar debidamente el Anteproyecto de Código de Ética del Juez o Jueza Venezolana, elaborado por la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial.

Por último, cabe señalar que la Asamblea Nacional tres años después en que se declaró la inconstitucionalidad por omisión, fue que dictó el Código de Ética del Juez, el cual fue promulgado el 6 de agosto de 2009.

#### **4.12 ¿Puede la Sala Constitucional integrar el orden normativo en el caso concreto?**

De la norma constitucional, no se desprende la posibilidad de que la Sala pueda dictar medidas que protejan al accionante ante la omisión legislativa.

En este sentido, señala acertadamente el profesor Casal (2003), que debido al carácter popular y abstracto de la acción de directa contra omisiones legislativas, impide la posibilidad de que la Sala integre el ordenamiento jurídico en el caso concreto; pues se entiende que las razones que condujeron al ejercicio de la acción, fueron jurídicas, con el propósito de mantener incólume la integridad de la norma suprema. Al contrario de lo que sucede por ejemplo en el ordenamiento jurídico de la provincia de Río Negro (Argentina), que quien interpone la acción, es quien se siente afectado en un derecho individual o colectivo, razón por la cual la Constitución faculta al órgano judicial para que, en caso de incumplimiento de la orden judicial de legislar, integre el orden normativo en el caso concreto. O como sucede en Alemania, la sentencia por omisión fija un plazo para que el legislador actúe, de no hacerlo el Tribunal Constitucional procederá a resolver el caso concreto.

Estima Casal (2003), que en todo caso la integración del orden normativo en casos concretos pueden realizarla los jueces al conocer de acciones de amparo o incluso en el ejercicio ordinario de su función jurisdiccional.

Sin embargo, la Sala Constitucional ha establecido que sí es posible en la sentencia de la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa, solucionar casos concretos, pudiendo indicar ciertas reglas que regirían para el caso. Así pues, en Sentencia 1043 del 31 de mayo de 2004, caso: Ley Orgánica del Poder Público Municipal, admitió que la omisión en la sanción de textos legales es compleja pues difícilmente puede la Sala suplirla en su totalidad, pero que por el contrario, sí está facultada para proporcionar soluciones a aspectos concretos, incluso para la adopción de reglas generales que ocupen temporalmente el lugar de las normas ausentes, pero no para corregir por completo la inactividad del legislador y dictar las normas que se requieran.

Ahora bien, revisemos en qué casos la Sala ha resuelto casos concretos:

a) *Sentencia 1043 del 31 de mayo de 2004, caso: Ley Orgánica del Poder Público Municipal*

La Sala declaró que la falta de sanción de la ley sobre régimen municipal dentro del plazo previsto en la Disposición Transitoria Cuarta de la Constitución constituye violación del Texto Fundamental, por ello ordenó a la Asamblea Nacional preparar, discutir y sancionar, dentro del plazo máximo de tres (3) meses constados a partir de la notificación del fallo, una ley sobre el régimen municipal que se adapte a las previsiones del Capítulo IV del Título IV de la Constitución.

La Asamblea Nacional no cumplió la orden dictada por la Sala Constitucional, señalando que si bien estaba en incapacidad jurídica y técnica para dictar la ley que debe regir la materia municipal, sí podía resolver el caso concreto. Es así que aduce textualmente lo siguiente: *“ante un caso como el de autos la Sala debe adoptar dos decisiones: una referente a la omisión de ley; otra para resolver el caso concreto que dio lugar al conflicto, que no es otro que la posibilidad de dictar una ley de división político-territorial que cree nuevos Municipios.”*

En cuanto a la omisión de sancionar la ley que regule el Poder Público Municipal, exhorto nuevamente a la Asamblea Nacional a dictar la ley.

Sobre el caso concreto, es decir, la posibilidad de los Estados para crear nuevas entidades locales, señaló que el mantenimiento de la suspensión temporal del poder estatal para dividir su territorio, ha devenido en desmedro de los propios intereses locales. Por lo que estimó necesario, por no existir otra manera de dar cumplimiento a las normas constitucionales que establecen las competencias de los órganos del Poder Público (en este caso el Parlamento Estatal) que a través de la aplicabilidad de la Ley Orgánica de Régimen Municipal (la cuál conforme a la Disposición Transitoria Cuarta número 7 de la Constitución, limitó el poder de los Estados, ejercitable por sus Consejos Legislativos, de manera que se les impide organizar su territorio mientras la

Asamblea Nacional no sancione una ley general sobre el régimen municipal.), no obstante, señala no pueden los Estados esperar indefinidamente la sanción del texto legal correspondiente por parte de la Asamblea Nacional.

La Sala declaró que mientras la Asamblea Nacional dicte la Ley que regule el ámbito municipal, los Estados están en la posibilidad de dividir su territorio, siempre que lo hagan con base en los requisitos previstos en el artículo 18 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, y con el régimen referendario establecido en la Constitución, a propósito de la participación ciudadana en las materias de interés.

Dejando claro entonces, que la creación de entidades locales se regirá por la Ley Orgánica de Régimen Municipal y por el artículo 71 de la Constitución, en consecuencia el Consejo Legislativo del Estado Zulia, convocará la realización de un referéndum consultivo, en un lapso no mayor de 30 días anteriores a la toma de decisión de ese organismo, de crear un nuevo municipio.

---

*b) Sentencia 91 de fecha 02 de marzo de 2005, caso: PROVEA- Ley del Régimen Prestacional de Empleo*

La acción se inicia ante la ausencia de una ley que regulara el régimen prestacional de empleo, pues la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social, derogó el decreto que permitía el cobro mensual de las contribuciones especiales que realiza el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (IVSS) a los trabajadores y empleados para procurar el beneficio de paro forzoso, quedando sin base legal y perdiendo el carácter obligatorio que antes tenía. Este limbo jurídico afectaba negativamente el beneficio de paro forzoso que percibían los trabajadores despedidos, desprotegiéndoles de sus derechos laborales y a la seguridad social adquiridos y lesionando los principios de irrenunciabilidad y de progresividad de los derechos humanos.

Es así que la Sala declaró la omisión legislativa en relación con el régimen prestacional de empleo, puesto que la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social, reguló de manera programática el referido régimen prestacional y no estableció cómo se otorgarían esas prestaciones y beneficios sociales mientras se dicte la ley.

Añade, que la ausencia de desarrollo legislativo por parte del legislador venezolano en relación con el régimen prestacional de empleo, trae como consecuencia inmediata la falta de cotización para el financiamiento de la prestación del beneficio social en caso de desempleo y, más grave aún, por cuanto implica la negación de otorgamiento de dicha prestación a los beneficiarios, comporta la existencia de una omisión legislativa que debe ser remediada, a través de la orden a la Asamblea Nacional, para que ponga fin a esta situación.

Declara la omisión de la Asamblea Nacional porque no se ha dictado la Ley especial que regule el Régimen Prestacional de Empleo, ordenando en consecuencia a la Asamblea Nacional la preparación, discusión y sanción, dentro del plazo máximo de tres (3) meses computables desde la notificación del fallo de la Ley que regule el Régimen Prestacional de Empleo, o en su defecto, de un régimen transitorio que solvete la situación lesiva al derecho constitucional a la seguridad social.

Asimismo, determinó que debido a la gravedad de la situación jurídica que se plantea como consecuencia de la omisión legislativa, y en atención a la urgencia que reviste su reparación, y con el fin, además de evitar un indeseado incumplimiento de las obligaciones internacionales que ha asumido la República, la Sala acordó medida cautelar innominada mediante la cual suspendió los efectos del artículo 138 de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social, el cual derogaba el Decreto que regulaba el Paro Forzoso, sin que estableciera un régimen transitorio.

En consecuencia, para llenar el vacío, declaró la ultraactividad del Decreto con Rango y Fuerza de Ley que Regula el Subsistema de Paro Forzoso

y Capacitación Laboral (G.O 5392 Extraordinario, de 22/10/1999), y, por ende cautelarmente vigente a partir del pronunciamiento y hasta cuando la Asamblea Nacional ponga fin a la situación de mora legislativa.

Valga acotar, que la Ley del Régimen Prestacional del Empleo fue promulgada seis meses después.

En este sentido, estimo pertinente señalar que realmente era necesario que la Sala Constitucional integrara el ordenamiento jurídico, ante la omisión legislativa que ocasionaba un perjuicio latente y continuo en la progresividad de los derechos laborales de todos los trabajadores.

#### **4.13 ¿Puede la Sala Constitucional sustituir al legislador frente al incumplimiento del plazo acordado?**

Con meridiana claridad se desprende de la norma constitucional, la imposibilidad que tiene la Sala de sustituir al legislador; situación que ha sido rechazada por la doctrina ante la posibilidad de resquebrajamiento del principio constitucional de la separación de poderes. (Escudero, 2005).

Al respecto señala Brewer (2008), que la Sala Constitucional no puede sustituirse en el Legislador y dictar la ley respectiva, pues obviaría los pasos fundamentales que pueden permitir la sanción de una ley, y que son,

Primero, la intervención del órgano de representación popular integrado por diputados electos, sin lo cual un acto normativo nunca podría llegar a ser ley (salvo que se emita por delegación legislativa); segundo, que para la sanción se siga el procedimiento constitucionalmente prescrito para la formación de las leyes, con dos discusiones de los diputados; y tercero, que se garantice el derecho ciudadano a la participación política mediante la consulta popular previa de los proyectos de ley antes de la sanción (arts. 203 y ss). (Pág. 273).

Por otro lado, aduce Brewer, con respecto a las omisiones legislativas derivadas del incumplimiento por parte de la Asamblea Nacional, en designar a los altos funcionarios del Estado, que así como la Sala no puede legislar en

sustitución de la Asamblea, “tampoco puede realizar los nombramientos de los titulares de los Poderes Públicos en sustitución de la misma. También, en este caso, hay una serie de pasos constitucionales que sólo el órgano de representación popular puede cumplir, y que ningún otro órgano del Estado puede suplir.”.(Pág. 274).

Sin embargo, la posibilidad de sustituir al legislador ya fue experimentado por la Sala Constitucional, en la emblemática sentencia N°2073 del 04 de agosto de 2003, mediante la cual declara la omisión legislativa ante la falta de nombramiento de los rectores electorales por parte de la Asamblea Nacional y procede a designarlos, sustituyendo de esa manera al legislador.

En este sentido, es importante referirnos a la triada de sentencias que precedieron a la precitada sustitución del legislador, a saber:

*a) Sentencia 1582 del 12 de junio de 2003, caso: Hermann Escarrá-Nombramiento de los Rectores del Consejo Nacional Electoral.*

En fecha 12 de junio de 2003, se admite la acción de inconstitucionalidad por omisión contra la Asamblea Nacional, por el retraso en la designación de los integrantes del Consejo Nacional Electoral, por parte de la Asamblea Nacional, considerando necesario la existencia de un Consejo Nacional Electoral constituido que dirija y reglamente los procesos electorales.

---

*b) Sentencia 2073 del 04 de agosto de 2003*

Mediante esta sentencia declara la omisión legislativa de la Asamblea Nacional en el nombramiento de los rectores del Consejo Nacional Electoral, fijándole un plazo de diez continuos a la Asamblea Nacional para que procediera efectuar el nombramiento de los Rectores del Consejo Nacional Electoral, o en su defecto procedería la Sala hacer el nombramiento de los

mismos en un lapso de diez continuos. De esta sentencia cabe destacar lo señalado por la Sala:

Si fenecido el plazo, la Asamblea, o el órgano de que se trate, no cumple, la Sala puede delinear diversos correctivos a la situación; pero en materias donde puede surgir una mora en la designación de los Poderes Públicos, el correctivo -a juicio de la Sala- es el nombramiento provisorio de los integrantes del Poder Público, hasta que el órgano competente cumpla, caso en el que, de inmediato, cesan las funciones de los provisorios, mas no la legalidad y validez de los actos por ellos realizados que cumplan los requisitos legales. Se trata de una situación casuística que permite, caso a caso, variaciones en el correctivo que resuelve la Sala. Así ya lo ha declarado esta Sala en fallo de 23 de septiembre de 2002 (caso: Julián Isaías Rodríguez).

Corresponde a la Sala garantizar la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales y, cuando un mandato constitucional se incumple o se hace inefectivo, la Sala, obrando conforme al propio texto de la Carta Fundamental, debe imponer la Constitución.

También debe apuntar la Sala que la omisión consiste en el incumplimiento de un acto, conducta, negocio de una autoridad ordenado por la Constitución, sea ella total o parcial y que, para que proceda, basta que se constate la falta de cumplimiento de la actividad prevista, motivo por el cual a la Sala le es indiferente que ella haya o no comenzado a realizarse, siendo lo importante que lo prevenido en la Constitución, no ha culminado.

Establecido lo anterior, la Sala puntualiza que, en caso de omisión de nombramientos, las designaciones no pueden ser sino provisorias, acompañadas o no de los lineamientos que según este sentenciador se consideren necesarios para el cumplimiento de la función, y que los nombrados cesan en sus funciones cuando el órgano competente asume su competencia y hace el nombramiento, en el tiempo que lo crea conveniente; o cuando la propia Sala -por motivos justificados- les revoca el cargo conferido.

Para realizar tales nombramientos -provisorios- la Sala debe adaptarse a las condiciones que la Ley exige al funcionario (en este caso al rector electoral), pero debido a la naturaleza provisorio y a la necesidad de que el órgano funcione, no requiere cumplir paso a paso las formalidades legales que exige la Ley al elector competente, ya que lo importante es llenar el vacío institucional, hasta cuando se formalice lo definitivo.

---

*c) Sentencia 2341 del 25 de agosto de 2003*

La Sala Constitucional procedió a designar a los Rectores del Consejo Nacional Electoral. Igualmente, en fecha 20 de enero de 2005, la Asamblea

Nacional no había efectuado aún los nombramientos de los rectores, por lo que la Sala Constitucional procedió a reestructurar el Consejo Nacional Electoral.

Cabe destacar, que este no es solamente el caso, en el cual la Sala Constitucional suple la falta de nombramiento de algunos miembros de otros poderes. Así verbigracia, en un recurso de interpretación interpuesto por el ex Fiscal General de la República, sobre quien suplía sus faltas temporales o accidentales, la Sala procedió a nombrar un suplente al Fiscal General, hasta que la Asamblea Nacional procediera a designar el suplente definitivo.

Finalmente, en resumen podemos decir, que en las aludidas sentencias la Sala Constitucional dejó asentado lo siguiente:

1. Que ante la inejecución voluntaria de la orden judicial de legislar o de actuar ella puede establecer diversos lineamientos ante la omisión.
2. Entre los correctivos que puede utilizar la Sala ante la falta de ejecución voluntaria de la sentencia está la sustitución por parte de la Sala en la actuación omitida por el legislador.
3. Aclara que la sustitución será provisoria, hasta que el ente legislativo con competencia constitucional para actuar efectivamente actúe.

En relación a dicha sustitución del legislador por la Sala Constitucional, es importante considerar las acertadas críticas efectuadas por Brewer (2008) según el cual:

1. La Sala Constitucional excedió de los límites en cuanto al control de las omisiones del legislador, usurpando la función legislativa, puesto que la designación de los Rectores del Consejo Nacional Electoral, se configuró en la Constitución de 1999 como un proceso complejo sometido a estrictos límites, al someterse a determinadas condiciones tanto la postulación de los candidatos como su designación, requiriéndose en definitiva el voto de las 2/3 partes de los diputados integrantes del órgano de representación popular. Por tales

motivos argumenta, un acto de tal naturaleza solo podría ser adoptado por la Asamblea Nacional, ya que ni la representación popular ni el voto de las 2/3 partes de los diputados electos podría ser sustituido por ningún otro órgano del Estado.

2. La Sala Constitucional además se extralimitó en el ejercicio de las funciones usurpadas, al limitar injustificada e ilegítimamente la propia autonomía del Consejo Nacional Electoral, al proceder a designar ella misma, quién sería su Presidente y su Vicepresidente, violando expresamente lo establecido en el artículo 296 constitucional, según el cual “Los o las integrantes del Consejo Nacional Electoral escogerán de su seno a su Presidente o Presidenta, de conformidad con la Ley.”

Como conclusión de la actuación desplegada por la Sala, determina categóricamente Brewer que “Como consecuencia de este proceso, el Poder electoral en Venezuela perdió toda autonomía e independencia, pasando a ser controlado por el Poder Ejecutivo que controla a su vez a la Asamblea Nacional.”

Finalmente, considera que el único efecto jurídico que pudiera derivarse de la omisión legislativa en hacer los nombramientos de los miembros de Consejo Nacional Electoral, sería la continuidad en sus cargos de los miembros del precitado órgano público que habían sido designados con anterioridad.

#### **4.14 ¿Qué debe hacer la Sala Constitucional frente a las omisiones legislativas inconstitucionales?**

Como se ha venido señalando a lo largo del presente trabajo, el carácter normativo de la Constitución, implica la inmediata y directa aplicación de todos sus preceptos constitucionales; por lo que en todo caso, lo que debe imperar en la actuación de la Sala Constitucional al momento de sentenciar, es el de asegurar en la medida de lo posible, la protección del contenido mínimo

de derecho, cuando está violentando derechos fundamentales de los ciudadanos. (Escudero: 2005).

Por su parte, Casal (2003) considera que si bien es cierto, la Sala Constitucional no estaría autorizada para legislar con carácter provisional, no obstante, sí podría establecer criterios jurídicos para la inmediata aplicación judicial de la norma constitucional afectada por el silencio legislativo, criterios que solo serían aceptables cuando se originen en métodos jurídicos de interpretación o integración normativa. De modo tal, señala el autor lo siguiente:

Cuando la naturaleza de la norma constitucional lo permite y, concretamente, cuando la Constitución no reserva al legislador la realización de una valoración y elección política en temas económicos o sociales, las omisiones legislativas pueden ser arrostradas mediante la aplicación inmediata y directa del precepto constitucional no desarrollado, aunada en ocasiones a la integración de la laguna normativa que esa omisión haya generado. (Casal: 2003, pág. 64)

En el derecho comparado como es el caso de Alemania y España, han superado las omisiones legislativas, mediante la aplicación directa del “contenido mínimo” del derecho constitucional.

Como ejemplo de ello, podemos traer a colación, la sentencia del Tribunal Constitucional Español (15/1982), dictada ante la falta de desarrollo legislativo del derecho de objeción de conciencia (artículo 30.2 de la Constitución española), el cual permite que sean eximidos del cumplimiento de obligaciones militares quienes rehúsen hacerlo por razones de conciencia, en los términos legalmente establecidos, en la cual afirmó:

Es cierto que cuando se opera con esa reserva de configuración legal el mandato constitucional puede no tener, hasta que la regulación se produzca, más que un mínimo contenido que en el caso presente habría de identificarse con la suspensión provisional de la incorporación a filas, pero ese mínimo contenido ha de ser protegido, ya que de otro modo el amparo previsto en el artículo en el artículo 53.2 de la Constitución carecería de efectividad y se produciría la

negación radical de un derecho que goza de la máxima protección constitucional en nuestro ordenamiento jurídico. La dilación en el cumplimiento del deber que la Constitución impone al legislador no puede lesionar un derecho reconocido en ella.

Para cumplir el mandato constitucional es preciso, por tanto, declarar que el objetor de conciencia tiene derecho a que su incorporación a filas se aplaze hasta que se configure el procedimiento que pueda conferir plena realización a su derecho de objetor.

Comenta al respecto el profesor Casal (2003), que en dicha sentencia se garantizó el “contenido mínimo” inmediatamente aplicable, de ese derecho constitucional, respetando a la vez la “reserva de configuración legal”; pues sin llegar a establecer que debe reconocerse como objetor a todo aquel que alegue tal condición, al margen de toda regulación, otorga protección al derecho constitucional hasta que el legislador intervenga.

Igualmente, estima el precitado autor que la Sala también puede recurrir a la analogía como técnica de integración, pues resulta aceptable que en ocasiones el juez acuda a “la analogía para hacer viable algún precepto constitucional aún no legislado, a pesar que la solución “extrapolada” no necesariamente se deduce de la Constitución, hasta el punto que el legislador pueda apartarse de ella cuando regule la materia.” (Casal, 2003, pág. 66).

Además, señala Sagües, citado por Antela (2004), que puede recurrirse a los principios generales del Derecho contemplados en el ordenamiento local, a los principios jurídicos generales, a los valores jurídicos y, de ser necesario, al Derecho extranjero.

En nuestro ordenamiento jurídico, podemos citar como ejemplo del uso de la analogía ante la ausencia de desarrollo legislativo, el caso referente al amparo constitucional previsto en el artículo 49 de la Constitución de 1961; pues luego de que la Corte Suprema de Justicia reconociera la operatividad del amparo y ante la mora del legislador en la aprobación de la regulación del amparo, tuvieron los Tribunales de la República que acudir a la analogía para determinar las reglas de competencia y de procedimientos aplicables hasta que

fuera dictada la ley respectiva. (Sentencia del 20 de octubre de 1983, caso: Andrés Velásquez).

Ahora bien, la violación de la Constitución por omisión legislativa, no debe permanecer inmune, pero eso no obsta, para que el juez constitucional se filtre y sustituya al órgano legislativo o margine su discrecionalidad política. En otras palabras como señala Casal (2003), se requiere de la articulación de un sistema eficiente de protección de la Constitución ante las omisiones legislativas, que a la vez sea respetuoso del reparto constitucional de las funciones públicas y del principio democrático. Por tanto se exige de los jueces firmeza en el aseguramiento de la fuerza normativa de la Constitución, así como conciencia de los límites de sus poderes y de una prudente aplicación de éstos.

En virtud de lo anteriormente expuesto, se considera que la Sala Constitucional, puede garantizar cuando lo estime necesario y viable, lo que se ha denominado en el Derecho Comparado el “contenido mínimo” del derecho afectado por la omisión, mediante el establecimiento de criterios jurídicos, sin necesidad de sustituir al legislador. Advirtiéndose además, que discrecionalidad no significa arbitrariedad, para lo cual debe servirle de parámetro lo dispuesto en el artículo 23 del Código de Procedimiento Civil, el cual es del tenor siguiente:

Cuando la ley dice: "El Juez o Tribunal puede o podrá", se entiende que lo autoriza para obrar según su **prudente arbitrio, consultando lo más equitativo o racional, en obsequio de la justicia y de la imparcialidad.** (Subrayado y resaltado propio).

Por lo que, en aras de lograr los precitados lineamientos es prudente, que la Sala Constitucional antes de proceder a establecer los criterios jurídicos para hacer operativo el precepto constitucional afectado por la falta de desarrollo legislativo, en pro de lograr un prudente arbitrio, en la medida de lo posible puede verificar el test propuesto por el autor argentino Victor Bazán (2006), a saber:

- a) Normatividad y primacía
- b) Connotaciones axiológicas del derecho alegado o de la situación jurídica contraria a la Constitución que la omisión genera.
- c) Lapso por el que viene manteniéndose la inactividad del órgano silente.
- d) Margen de acción (o de inacción del legislador).
- e) Espectro de posibilidades al alcance de la judicatura para disponer la efectivización de una solución material y financieramente posible.
- f) El deber de ejercer cabalmente el control de constitucionalidad.

Decimos, que queda a discrecionalidad del juez constitucional, la posibilidad de garantizar el contenido mínimo del derecho afectado, por cuanto además de verificar los parámetros anteriores, debe ponderar y determinar la viabilidad y consecuencias fácticas de la decisión adoptada, en aras de no trastocar la paz social y la seguridad jurídica. En este sentido, podemos citar como ejemplo la sentencia N° 625 de fecha 20 de marzo de 2006, caso: FENETRIADE, en la cual la Sala Constitucional consideró que:

La Ley Orgánica del Trabajo y su reforma constituyen por su mismo contenido económico-social, que involucra a los trabajadores y patronos o empresarios, un asunto de política legislativa complejo, que requiere de consultas a todos los niveles, por lo que pronunciarse sobre la precitada solicitud de prórroga en un sentido u otro de la Asamblea Nacional, haciendo uso de la inmediatez en detrimento de la prudencia, no resulta lo más saludable para la reforma de un texto legal de esa envergadura.

Asimismo, como bien se señalara previamente, para colmar el contenido mínimo del precepto constitucional, se insiste, solo puede hacerlo mediante las técnicas de integración e interpretación del ordenamiento jurídico; valer decir, mediante la aplicación directa de la norma constitucional afectada, la analogía, los principios generales del derecho, a los valores superiores del ordenamiento jurídico (artículo 2 constitucional) y, en todo caso al Derecho Comparado.

Vale acotar, que paradójicamente, la figura objeto del presente trabajo, es decir, la acción de constitucionalidad por omisión legislativa, ha sido configurada con

fundamento al Derecho Comparado, en sentencia N° 1556 de fecha 09 de septiembre de 2002, caso: Alfonso Albornoz Niño.

En todo caso, el establecimiento de criterios jurídicos para darle operatividad al derecho constitucional limitado, debe efectuarse en la sentencia mediante la cual se declare la inconstitucionalidad de la omisión y con efectos erga omnes, por cuanto en primer lugar, se dicta en ejercicio del control de la constitucionalidad y en segundo lugar, está garantizando de manera general el contenido de un precepto constitucional que vincula y afecta por igual a todos los habitantes de la República, garantizando de esa manera la supremacía y normatividad de la Constitución.

#### **4.15 Tipos de sentencias**

Del artículo 33.7 constitucional, se colige que la Sala Constitucional puede declarar la inconstitucionalidad de la omisión legislativa, por lo que sería una sentencia *declarativa*, pero adicionalmente la Sala fija un plazo y le ordena al órgano legislativo que corrija la omisión y de ser necesario le dictará los lineamientos a seguir, por lo que constituye una sentencia de *condena*.

En Derecho Comparado, tanto en Portugal como en Brasil y Costa Rica, las sentencias son meramente declarativas, pues al declararse la inconstitucionalidad del órgano por omisión, solo puede el juez constitucional, darle a conocer al órgano legislativo, la declaratoria de inconstitucionalidad con el objeto de que éste corrija la omisión.

Especial mención merecen las sentencias que se pueden dictar, con ocasión a las omisiones relativas, acudiendo para ello al Derecho Comparado. Cabe destacar, si bien es cierto, en países como Alemania, Austria, España e Italia, no configuran las omisiones legislativas en sus Textos Fundamentales, han tenido por medio de la jurisprudencia constitucional un importante despliegue para controlar las omisiones legislativas relativas. De tal manera, han utilizado diversas vías que suponen la reparación inmediata de la omisión por la propia sentencia del Tribunal Constitucional, así por ejemplo la

jurisprudencia italiana mediante la distinción dogmática entre disposición y norma ha dado lugar a las sentencias interpretativas, sentencias de recomendación, sentencias aditivas y sustitutivas, pues mediante la interpretación de los principios constitucionales le permite a la Corte Constitucional integrar mediante sentencia la legislación omitida.

En Colombia desde 1996 la Corte Constitucional viene adoptando la figura de la omisión legislativa relativa, acogiendo en sus sentencias la tesis de la doctrina italiana de las sentencias sustitutivas e integradoras, ya que en la parte resolutive de la Sentencia, la Corte puede corregir la legislación objeto de control integrando el precepto cuando vulnera los principios enunciados.

En este sentido señala Casal (2003):

Los tribunales constitucionales han encarado, sin embargo, estas omisiones legislativas, [relativas] bien sea a través de los pronunciamientos meramente declarativos de la inconstitucionalidad omisiva de la ley, que remiten por entero al legislador la corrección de la inconstitucionalidad, bien sea mediante sentencias que, adicionalmente, exhortan a los jueces ordinarios para integrar en los casos concretos las lagunas generadas hasta que se produzca la intervención legislativa, o extienden inmediatamente los efectos de la ley a las situaciones indebidamente preteridas (...)

De tal manera, ante esa diversidad de decisiones que puede adoptar el juez constitucional, es importante poner de relieve las denominadas por la doctrina italiana sentencias manipulativas.

Sentencias manipulativas, son aquellas, en que el tribunal constitucional manipula el enunciado legal a los efectos de mantenerla vigente. Dentro de esta categoría de sentencias cobran especial relevancia en el control de las omisiones legislativas, las denominadas sentencias aditivas y las sentencias reductoras. Mediante estas sentencias se declara la inconstitucionalidad de la omisión del legislador, debido a que dejó de mencionar algo o porque incluye en su texto a personas o situaciones indebidamente, o porque excluye a cierto colectivo o grupo de personas, con lesión al principio de igualdad.

De manera que el juez constitucional, manipula el enunciado legal en su interpretación literal, agregando lo omitido o suprimiendo el exceso. Es así, que tras la declaratoria de la omisión, debe entenderse obligatoriamente, que la disposición manipulada comprende ahora lo omitido o dar por eliminado aquello injustamente abarcado.

Finalmente, debe advertirse que las precitadas sentencias, han sido claramente aceptadas, pero dejando claro que estas tienen sus riesgos pues según Aragón Reyes, su excesiva utilización pueden conducir a consecuencias contrarias a las que precisamente le sirven de fundamento, debiendo precisarse que la búsqueda de una interpretación que conserve la ley, tiene sus límites en los propios métodos de la interpretación jurídica, límites que no deben traspasarse para acudir a una extensiva o elástica interpretación política, o se altere radicalmente el sentido de la disposición, haciéndole decir lo que no dice.

#### **4.16 Efectos de la sentencia**

Señala Casal (2005), siguiendo a Calamandrei, que la eficacia natural de toda sentencia consiste, en declarar oficialmente la certeza del derecho incierto o controvertido, y en llevar esa declaración a su realización concreta. Al respecto expresa el autor, que en las sentencias constitucionales, ello se traduce en la declaración de certeza sobre la conformidad con la Constitución, bien sea por actos u omisiones.

Las sentencias constitucionales se caracterizan peculiarmente por la mutabilidad de sus efectos, pues como señala Rivera (2006), tienen la forma y contenido jurídico, pero también tienen efectos de carácter político de diversa índole, además dichos efectos se extienden al ámbito social y económico. Por lo que, señala el precitado autor, frente a tal situación las sentencias constitucionales no pueden adoptar una modalidad única en cuanto a su contenido ni en cuanto a sus efectos; al contrario deben adoptar distintas modalidades, ya sea desde el punto de vista de sus efectos temporales o desde

el punto de vista del dimensionamiento de los efectos en el tiempo, o desde el punto de vista de los efectos en cuanto a las personas.

Así pues, en algunos supuestos la declaración de certeza sobre la conformidad con la Constitución, acarreará la anulación de la disposición, mientras que en otros puede desembocar en una sentencia interpretativa o aditiva, asimismo, pueden tener una eficacia pro futuro (ex nunc) o retroactiva (ex tunc), vale decir, son diversos los efectos que pueden surgir de los procesos constitucionales, siendo determinados a la postre por la propia Sala Constitucional, atendiendo al resguardo de los valores superiores, así como el principio de la seguridad jurídica y los derechos fundamentales de las personas.

En este sentido, para hacer referencia a la determinación de los efectos de las sentencias constitucionales, Nogueira Alcalá (2005), hace alusión a la sentencia C-113 de 1993, emitida por la Corte Constitucional de Colombia, en la que revisó el decreto 2067 de 1991 (“Minicódigo” del procedimiento ante la Corte Constitucional), señalando lo siguiente:

Declaró inconstitucional la disposición que precisaba taxativamente los casos donde la Corte podía otorgar efecto retroactivo a sus fallos. La Corte Constitucional, en la sentencia citada, fuera de declarar inconstitucional el artículo referido, ya que los efectos de los fallos del Tribunal no podían ser regulados por ley, siendo una competencia propia de la Constitución o, en su defecto, de la propia Corte Constitucional, determinando, además que, conforme a la Constitución, correspondía a la propia Corte Constitucional determinar libremente los efectos de sus fallos

Efectuadas tales precisiones, revisemos a continuación los efectos de las sentencias emanadas en los procesos de las acciones del control constitucional de las omisiones legislativas, los cuales se abordaran teniendo en consideración si se tratan de omisiones absolutas o totales o de omisiones relativas o parciales.

Empero, primeramente, se debe señalar que las sentencias que declaren la inconstitucionalidad bien sea por omisiones totales o por omisiones

parciales, surten efectos de cosa juzgada, es decir, conforme señala el profesor Casal “(...) la virtualidad jurídica específica de la cosa juzgada es la de representar un impedimento para la introducción de un nuevo recurso o la prosecución de un nuevo proceso en relación con el mismo litigio o caso previamente resuelto.” (2005: 248).

Así también lo ha sostenido la Sala Constitucional, en decisión N° 2405 de fecha 28 de agosto de 2003, caso: Democracia Renovadora, al declarar inadmisibile una demanda cuya pretensión era la declaratoria de inconstitucionalidad de una omisión de la Asamblea Nacional que ya había sido resuelta y condenada por la Sala, señalando por lo tanto, que dicha decisión tuvo efectos erga omnes y, por ende cosa juzgada material, aun cuando no se tratase de las mismas partes.

#### **4.16.1 Efectos de las sentencias cuando se declara la inconstitucionalidad legislativa por omisión absoluta o total.**

Recordemos que la inactividad total, se refiere a la ausencia absoluta de legislación, es decir, cuando falta totalmente la sanción y promulgación de una determinada ley. En cuyo caso, el alcance de la sentencia será la declaratoria de la inconstitucionalidad de la omisión legislativa, y la condena a al órgano legislativo silente para que en un plazo perentorio actúe y corrija la omisión inconstitucional. De manera, podemos señalar que los efectos de tales sentencias son:

**4.16.1.2 Efectos provisionales:** Es decir, la declaratoria de inconstitucionalidad, así como el establecimiento de criterios jurídicos para la inmediata aplicación judicial del precepto constitucional vulnerado por el silencio del legislador, perduraran hasta tanto el órgano silente dicte la ley y por ende corrija de esa manera la omisión. En todo caso, los efectos se mantienen si el órgano legislativo persiste en su incumplimiento.

#### ***4.16.1.3 Efectos generales o erga omnes***

Los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta, son los mismos otorgados a las sentencias de anulación de normas, vale decir, efecto erga omnes. La Sala Constitucional ha señalado que el efecto erga omnes, implica que los efectos de la decisión:

se extienden sobre la esfera de derechos y deberes de todas las personas que habitan o residen en el territorio de la República, ya que en tal supuesto aquella actúa como “legislador negativo”, al dejar sin validez una o varias disposiciones legales que no obstante haber sido dictadas por el órgano legislativo competente para ello mediante el procedimiento establecido en la Constitución, son contrarias al sentido, propósito y razón de la Norma Suprema del ordenamiento jurídico. (vid. Sentencia N° 497 de fecha 12 de marzo de 2003, caso: Ramón Alfredo Aguilar y otros).

En fin, como señala Antela (2004), el efecto erga omnes se traduce que no es necesario que otra persona ejerza la acción de inconstitucionalidad de alguna omisión legislativa para obtener la misma declaratoria de inconstitucionalidad, según el autor es “ un reflejo del carácter popular de la acción de inconstitucionalidad por omisión.”

En todo caso, es necesario resaltar que la Sala Constitucional en sentencias derivadas de la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa, ha integrado el orden normativo para el caso concreto, señalando que si bien es cierto no puede dictar una sentencia que sustituya la ley omitida, pero que si puede resolver el caso concreto adoptando las reglas que sean necesarias (Vid. Sentencia N° 1043 de fecha 31 de mayo de 2004, caso: Ley Orgánica del Poder Público Municipal).

De tal manera, que en estos casos, el fallo tiene eficacia erga omnes, en cuanto a la declaratoria de inconstitucionalidad de la omisión, pero eficacia inter-partes de la decisión adoptada para resolver el caso concreto que dio lugar al conflicto.

Por otro lado, ante la posibilidad que la Sala Constitucional establezca criterios jurídicos para facilitar la operatividad inmediata del precepto constitucional afectado, mediante la integración del orden normativo que se logra como ya lo señaláramos previamente, a través de la aplicación directa de la Constitución, a la aplicación de la analogía, a los principios generales del Derecho, a los principios jurídicos generales y, de ser necesario, al Derecho extranjero (Sagües (1997), citado por Antela (2004).); dicha decisión tendría efecto erga omnes, por cuanto estaría garantizando de manera general la supremacía y eficacia de la Constitución, ya que la omisión del legislador conlleva a que su eficacia se encuentre limitada, restringiendo de esa forma los derechos de todos los habitantes de la República.

#### **4.16.2 Efectos de las sentencias cuando se declara la inconstitucionalidad legislativa por omisión relativa o parcial.**

La omisión parcial, se materializa cuando la regulación de algún precepto constitucional, es efectuada por el legislador de manera parcial o incompleta aún cuando la Constitución exigía que tuviera mayor alcance, afectando así el principio de igualdad y no discriminación.

Conforme se mencionara anteriormente, la Sala Constitucional puede adoptar diversas decisiones cuando se encuentra frente a una omisión parcial. Decisiones que van desde la simple declaratoria de inconstitucionalidad, o se dictan fallos recurriendo a las denominadas sentencias manipulativas o aditivas por la doctrina italiana; las cuales consisten en extender al sector o a las situaciones omitidas la regulación legal.

Ahora bien, efectuadas tales precisiones debemos señalar que los efectos de la sentencia, donde se declara la omisión parcial son los siguientes:

Si la Sala Constitucional opta por solo declarar la inconstitucionalidad por omisión, los efectos serían con las mismas connotaciones que se señalaron

anteriormente para la declaratoria de inconstitucionalidad por omisiones absolutas, vale decir, efectos provisionales y efectos erga omnes.

Pero, si la Sala opta por extender los efectos legales al sector omitido o a los supuestos omitidos, los efectos tendrían las siguientes connotaciones:

#### ***4.16.2.1 Efectos temporales:***

La extensión efectuada por el legislador bien sea para incluir a los sectores omitidos o para exceptuar ciertos supuestos de la regulación legal, perduran en el tiempo hasta que el legislador decida subsanar la omisión; es decir, la ley incurra en inconstitucionalidad por omisión continuara vigente, con la extensión añadida por la Sala.

De manera, si el legislador decide corregir la omisión, podría suprimir sin más el beneficio, si la Constitución lo permite, al considerar excesiva la carga presupuestaria que supondría extenderlo a todos los sectores que según la sentencia merecen igual tratamiento, como también reducir la cuantía o magnitud del beneficio, para hacerlo extensivo a todos ellos. (Casal: 2003).

Por otra parte, pudiera el legislador nunca interesarse en subsanar la omisión, por lo que subsistirán los efectos de la sentencia en el tiempo.

#### ***4.16.2.2 Efectos erga omnes:***

En principio la declaratoria de inconstitucionalidad por omisión relativa, surte efectos generales o erga omnes; pero eso no obsta para que la Sala pueda excluir de la aplicación de la regulación legal a ciertos colectivos o sectores, que resulten afectados por encontrarse en supuestos que el legislador no tuvo en consideración cuando dicto la ley; en cuyo caso los efectos de la decisión comprenderían solo a ese grupo o colectivo excluido de la regulación legal.

La jurisprudencia Argentina ofrece muestras de cómo puede excluirse a determinados grupos de la regulación legal. En este sentido, Bouzat (1998),

hace referencia a sentencia 24-493 caso, lachemet, M.L. vs. Armanda Argentin de la Corte Suprema Argentina, sobre la cual señala:

El Congreso argentino dictó una ley por la que se dispuso que la deuda que el Estado mantiene con los jubilados y pensionados sea pagada con bonos públicos que tienen un plazo de vencimiento de dieciséis años. Muchos jubilados plantearon la inconstitucionalidad de dicha ley alegando la violación del derecho de propiedad y de los derechos de seguridad social de seguridad social. La Corte Suprema consideró que la ley es constitucional, porque en el marco de la emergencia económica y los recursos con que cuenta el Estado, el Congreso legisló teniendo en cuenta de manera imparcial los intereses de los jubilados en relación a la situación financiera y recursos públicos. *Sin embargo, en el caso planteado por una jubilada que tenía noventa y dos años, la Corte varió su posición, y declaró la inconstitucionalidad de la norma, para ese solo caso, en virtud de que, por razones biológicas, dicha señora muy difícilmente iba a vivir para cobrar su crédito, y que, por consiguiente, el punto de vista particular de ese señora no había sido tenido en cuenta por el legislador al sancionar la ley.* (Resaltado propio).

En consecuencia, frente a aquellos supuestos que no fueron tomados en consideración por el legislador, la Sala puede excluir la aplicación de esa norma a cierto colectivo, para de esa manera efectivamente garantizar el principio de igualdad; surtiendo dicha decisión efectos solo para ese colectivo.

#### **4.17 Ejecución de la sentencia**

Por último haremos referencia a la ejecución y efectivo cumplimiento de la sentencia, uno de los puntos más controvertidos del control constitucional de las omisiones legislativas.

Señala Urosa (2005), que así como el principio de separación de poderes constituye un límite fundamental al contenido y alcance de la sentencia que declara la inconstitucionalidad de la omisión, se traslada también como límite a la ejecución del fallo.

Recordemos que la obligación impuesta al órgano silente o inactivo, es una actuación de hacer que solo puede ser ejecutada por éste, debido a que dentro del Estado de Derecho, es quien ostenta constitucionalmente la

atribución para hacerlo y es el representante directo de la soberanía popular; como lo es sancionar y promulgar la ley en determinado plazo, la designación de determinadas autoridades, ejercicio de una actuación de control que requieren que se cumplan a través de actos jurídicos concretos y formales. (Urosa: 2005).

Por tanto, es por tales motivos que el principio de separación de poderes se configura como un límite a la ejecución de la sentencia dictada en los juicios del control de la constitucionalidad de las omisiones legislativas, puesto que el órgano judicial no puede sustituir al legislador. De allí que la ejecución y efectivo cumplimiento de la sentencia, depende de la voluntad política y discrecionalidad del Legislador, en cumplir la orden en el plazo concedido por la Sala.

En consecuencia, ante el eventual incumplimiento de la sentencia por parte del órgano legislativo, la misma no puede ser ejecutada forzosamente, pues no tiene sanción jurídica directa en la Constitución, y se insiste, porque el juez no puede sustituirse en la función legislativa.

La ejecución de la sentencia, por parte de la Sala ha consistido, en ratificar el exhorto al legislador para que dicte la ley, por estimar que no puede sustituirse en el legislador y dictar la ley. Así lo expreso en sentencia 1043 del 31 de mayo de 2004, caso: Ley Orgánica del Poder Público Municipal; quien luego de constatar el incumplimiento voluntario de la Asamblea Nacional de la sentencia dictada en fecha 6 de noviembre de 2003, mediante la cual se declaró la inconstitucionalidad de la omisión de dicho órgano en dictar oportunamente la ley que regulara el régimen municipal; habiéndole concedido un plazo de tres meses para que la Asamblea Nacional corrigiera su inactividad; exhortó nuevamente a la Asamblea para que cumpliera con la orden de dictar la ley, igualmente la Sala Constitucional en dicha sentencia, determinó cual es el alcance de las potestades del juez constitucional, en fase de ejecución, en los procesos de inconstitucionalidad por omisión; señalando lo siguiente:

La omisión en la sanción de textos legales presenta una complejidad especial para la jurisdicción constitucional, pues difícilmente puede la Sala suplirla en su totalidad. La Sala está facultada para proporcionar soluciones a aspectos concretos, incluso por medio de la adopción de reglas generales que ocupen temporalmente el lugar de las normas ausentes, pero no para corregir por completo la inactividad del legislador y dictar las normas que se requieran.

Un caso como el de autos lo pone de manifiesto: la Sala está en incapacidad-jurídica y técnicamente-para preparar todo el conjunto de disposiciones que deben regir la materia municipal venezolana. Es constitucionalmente imposible incluso para esta Sala, pese a su amplia competencia constitucional, transformarse en legislador y proporcionar a la colectividad las normas que exige. De hacerlo, desatendería su misión y trastocaría su naturaleza. Sí es posible, en cambio, a fin de solucionar casos concretos, que la Sala indique ciertas reglas que regirán para ese caso, con el único propósito de dar solución a controversias concretas.

(...)

La desobediencia de la Asamblea Nacional no tiene sanción jurídica directa en la Constitución, pero sí podría dar lugar a eventuales declaratorias de responsabilidad. Ahora, incluso sin sanción, la Asamblea Nacional se halla obligada a apegarse a las decisiones del Máximo Tribunal, al ser ello uno de los postulados centrales de régimen constitucional. No es dable a los órganos del Poder Público obviar la satisfacción de sus deberes, pues se atenta así contra una de las bases del Estado y, en casos como el presente, se genera un indeseado conflicto entre órganos, carente de otra resolución que no sea la voluntad política.

El Estado se mantiene no sólo por mecanismos jurídicos, sino que se requiere toda la disposición política para alcanzar ciertos propósitos constitucionales. De nada valdrían continuas declaratorias de incumplimiento por parte de esta Sala, si la Asamblea Nacional, escudada en que el Tribunal Supremo no se convierte en legislador – más que para adoptar reglas concretas y temporales-, permaneciera en constante inactividad.

Por otro lado, recordemos que en sentencia N° 1186 de fecha 15 de junio de 2004, caso: FENATRIADE, la Sala Constitucional declaró la inconstitucionalidad de la omisión de la Asamblea Nacional, por no dictar oportunamente la ley de reforma de la Ley Orgánica del Trabajo contentiva del nuevo régimen del derecho de prestaciones sociales, concediéndole un plazo de seis meses para que la Asamblea subsanara la inactividad. Ahora bien, la Asamblea Nacional, informó mediante oficio a la Sala Constitucional, que era imposible dictar la referida ley en el plazo concedido, puesto que la

complejidad que representa el régimen de prestaciones sociales exige la realización de un estudio técnico minucioso, así como de un proceso de consultas, aún incompleto, con todos los sectores involucrados, cuales serían el empresarial, el sindical y el sector público; ante lo cual solicitaron prórroga.

Es así, que mediante decisión N° 625 de fecha 20 de marzo de 2006, caso: FENATRIADE, la Sala señaló, que la Asamblea Nacional como órgano titular de la potestad legislativa a nivel nacional, es la más apta para determinar en qué plazo puede dictar la ley, siendo además un asunto de política legislativa compleja, no resulta lo más saludable pronunciarse sobre la prórroga solicitada. Por ende, en ejecución de la sentencia dictada en fecha 15 de junio de 2004, se limitó a solicitar a la Asamblea Nacional, informara sobre el estatus del Proyecto de Reforma Parcial de la Ley Orgánica del Trabajo, así como de los pasos que se han dado y que se darán en cuanto a los señalados estudios técnicos y las consultas a que se hizo alusión la Asamblea Nacional en la comunicación remitida a la Sala Constitucional.

La Sala Constitucional en la precitada decisión señaló expresamente lo siguiente:

la Sala está más interesada en que la Asamblea Nacional elabore un proyecto de Reforma que satisfaga las expectativas constitucionales dentro de un plazo razonable, y no en el solo cumplimiento incondicionado y formalista de un plazo que la propia Asamblea Nacional (que cabe recordar es el órgano titular de la potestad legislativa a nivel nacional, y, por tanto, el más apto para hacer este tipo de diagnósticos) estima imposible de cumplir.

Si bien la Sala ha tomado partido por la agilización de la promulgación de la Reforma Parcial de la Ley Orgánica del Trabajo, tal iniciativa, que también es constitucionalmente válida, debe tomar en cuenta los procedimientos legislativos y las consultas que deben preceder necesariamente a la sanción de la misma, y que, también es bueno recordar, vienen constitucionalmente señaladas desde que el derecho a la participación ciudadana ha sido ampliamente reconocido por dicho texto (ver como una muestra de ello al artículo 70 constitucional). La Ley Orgánica del Trabajo y su reforma constituyen por su mismo contenido económico-social, que involucra a los trabajadores y patronos o empresarios, un asunto de política legislativa complejo, que requiere de consultas a todos los niveles, por lo que pronunciarse sobre

la precitada solicitud de prórroga en un sentido u otro de la Asamblea Nacional, haciendo uso de la inmediatez en detrimento de la prudencia, no resulta lo más saludable para la reforma de un texto legal de esa envergadura.

Por lo tanto, la Sala es del parecer que la exigencia del cumplimiento de ciertos plazos, cuando su logro es imposible o compromete gravemente principios político-constitucionales o bienes comunes constitucionalmente consagrados, debe atemperarse, sin que se descuide por ello la meta perseguida. En esta línea de pensamiento es que se solicitará, como fue anunciado en líneas anteriores, a la Asamblea Nacional por órgano de su Junta Directiva, informe el estatus del Proyecto de Reforma Parcial de la Ley Orgánica del Trabajo, así como de los pasos que se han dado y que se darán en cuanto a los señalados estudios técnicos y las consultas a que se hizo alusión en la comunicación de la Asamblea Nacional del 13 de diciembre de 2004

Como corolario de lo expuesto, podemos aducir que la Sala Constitucional por lo menos en lo que respecta, al control de la omisión en el ejercicio de la función propiamente legislativa, siguiendo a Urosa (2005), ha asumido la postura que sostiene la doctrina general, es decir, la imposibilidad jurídica y fáctica de la plena sustitución del juez en fase de ejecución de las sentencias que ordena el dictado de una ley, esto, es la imposibilidad que el juez constitucional dicte la ley omitida.

En definitiva, la imposibilidad de ejecutar forzosamente la sentencia, justifica que la Sala Constitucional, garante de la Supremacía Constitucional, establezca criterios jurídicos como medidas provisionales, para la inmediata aplicación judicial del precepto constitucional afectado por el silencio del legislador, tal y como lo viene sosteniendo el profesor Casal (2003) y como sucede en el Derecho Comparado, específicamente en el caso de Alemania y España; pero siempre con fundamento en la técnicas de integración e interpretación del ordenamiento jurídico; esto significa, que la Sala Constitucional no está facultada para legislar con carácter provisional.

Criterios jurídicos, que deben ser definidos por la Sala Constitucional en la sentencia que declare la inconstitucionalidad de la omisión legislativa, de manera que ante el eventual incumplimiento del órgano legislativo, ya el contenido mínimo del derecho afectado, ha quedado cubierto por la integración

efectuado por el Juez Constitucional. Cabe destacar, la fijación de esos criterios queda a la discrecionalidad de la Sala Constitucional, en los parámetros que fueron señalados previamente.

La Sala Constitución dentro de los pocos casos que ha conocido sobre el control de las omisiones legislativas, en dos ha procedido a establecer criterios jurídicos como medidas provisionales para darle operatividad a la norma constitucional afectada por la omisión; y lo hizo en los siguientes términos:

En sentencia N° 1043 del 31 de mayo de 2004, caso: Ley Orgánica del Poder Público Municipal, estableció como medida provisional que:

(...) mientras la Asamblea Nacional dicte la ley que en este proceso se le ha exigido, los Estados están en la posibilidad de dividir su territorio, siempre que lo hagan con base en los requisitos previstos en el artículo 18 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, y con el régimen referendario establecido en la Constitución, a propósito de la participación ciudadana en las materias de interés.

Asimismo, en sentencia N° 91 de fecha 02 de marzo de 2005, caso: PROVEA, estableció como medida provisional la siguiente:

(...) en atención a la gravedad de la situación jurídica que se plantea como consecuencia de la omisión legislativa que se declara en esta decisión, en atención a la urgencia que reviste su reparación, y con el fin, además, de evitar un indeseado incumplimiento de las obligaciones internacionales que ha asumido la República, en los términos que antes se expusieron, la Sala acuerda, de conformidad con el artículo 19, párrafo 11, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, medida cautelar innominada mediante la cual se suspenden los efectos del artículo 138 de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social y, en consecuencia, se declara la ultra actividad del Decreto con Rango y Fuerza de Ley que Regula el Subsistema de Paro Forzoso y Capacitación Laboral, que fue publicado en la Gaceta Oficial no. 5392 Extraordinario, de 22 de octubre de 1999, y, por ende, cautelarmente vigente a partir de este pronunciamiento y hasta cuando la Asamblea Nacional ponga fin a la situación de mora legislativa en los términos de este fallo; medida preventiva que no obsta para que, en caso de un eventual incumplimiento de este veredicto en fase de ejecución voluntaria, esta Sala complemente tal cautela con las medidas provisionales y correctivas que sean necesarias para evitar mayores

perjuicios al orden público constitucional y al sistema de seguridad social venezolano. Lo anterior se dispone con estricto apego a los límites del juez constitucional, en los supuestos de ejecución forzosa de fallos de control de omisiones legislativas, tal como se expuso en la sentencia de esta Sala de 31 de mayo de 2004 (caso Ley Orgánica del Poder Municipal). Así se decide.

Como corolario de lo expuesto, culminamos señalando que realmente el Poder Legislativo ha hecho caso omiso a los plazos concedidos por la Sala Constitucional, dictando la ley en el mejor de los casos, mucho tiempo después. Pues en otros, sigue en mora como es el caso de la Reforma de la Ley Orgánica del Trabajo, cuya omisión legislativa fue declarada mediante sentencia 1168 de fecha 15 de junio de 2004; es decir, han transcurrido seis años desde tal declaratoria y el legislador sigue silente.

Así por ejemplo, la Constitución de la provincia de Río Negro (Argentina), se faculta al órgano judicial para que, en caso de incumplimiento de la orden judicial de legislar, integre el orden normativo en el caso concreto e incluso fije, si la integración no es posible, una indemnización a favor de quien haya sufrido daños en sus derechos a causa de la omisión legislativa.

Finalmente, podemos citar como ejemplo en cuanto a la ejecución de los fallos con respecto a las omisiones legislativas, en el Derecho Comparado, a la Constitución Ecuatoriana de 2008, la cual en su artículo 436 inciso 10, establece que la Corte Constitucional podrá:

Declarar la inconstitucionalidad en que incurran las instituciones del Estado o autoridades públicas que por omisión inobserven, en forma total o parcial, los mandatos contenidos en normas constitucionales, dentro del plazo establecido en la Constitución o en el plazo considerado razonable por la Corte Constitucional. **Si transcurrido el plazo la omisión persiste, la Corte, de manera provisional, expedirá la norma o ejecutará el acto omitido, de acuerdo con la ley. (Resaltado propio).**

Nótese, que la propia Constitución habilita a la misma Corte Constitucional para que, de manera provisional, emita la norma ausente o ejecute el acto omitido, de conformidad con la ley.

No obstante señaló Sagües (2009), que la Constitución ecuatoriana convirtió a la Corte Constitucional, al darle la facultad de emitir la norma ausente, como un legislador suplente y precario. Ante lo cual, estima el autor, que ha sido una solución drástica dejar a la magistratura constitucional la cobertura transitoria de la norma faltante, aduciendo que además de poner en peligro el principio de separación de poderes, la inconveniencia de tal solución radica en lo siguiente:

*Argumento técnico:* Elaborar sentencias, es el objetivo primario de un tribunal constitucional, que no es lo mismo que elaborar normas generales. La preparación y redacción de la norma cuenta con técnicas específicas. El dictado de una norma general exige igualmente empalmar el nuevo texto con las normas afines, circunstancia que obliga a tener muy en cuenta normas preexistentes, o modificarlas.

*Argumento político:* El oficio de legislar es políticamente muy significativo, por lo que en un Estado democrático, requiere deliberación, confrontación de posiciones, demandas colectivas e ideológicas, elaboración de fórmulas conciliatorias y transacciones entre los diferentes grupos políticos que conforman la sociedad. Situación que difícilmente se van a encontrar en el seno de una Corte Constitucional.

*Argumento funcional:* La asunción de roles normativos por una Corte Constitucional, pueden llegar a perturbar el desarrollo de las tareas jurisdiccionales corrientes de tal órgano; las cuales normalmente se encuentran atiborradas de pleitos, por lo que añadir la responsabilidad de legislar, se corre el riesgo de incumplir ambos cometidos.

## REFERENCIAS

---

- Antela, R. (2003). *Acción de inconstitucionalidad por omisión vs. Acción por carencia: contribución al estudio de sus diferencias procesales*. En revista de Derecho Constitucional. N° 9 Enero-Diciembre. Caracas-Venezuela.
- Aragón, M. (1998). *Sobre las nociones de supremacía y supralegalidad constitucional*. En Estudios de Derecho Constitucional. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Bazán, V. (2006). *La inconstitucionalidad por omisión en el derecho comparado, con particular referencia al sistema venezolano*. Disponible en: [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx). UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Bazán, V. (2000). *Entre las omisiones inconstitucionales de las autoridades públicas y la necesaria justiciabilidad de los derechos*. En revista de Derecho Constitucional. N° 3 julio-diciembre 2000. Semestral. Caracas-Venezuela.
- Bello, H. (1987) *Los trámites procesales en el nuevo Código de Procedimiento Civil*. Segunda edición. Mobilibros. Caracas-Venezuela.
- Brewer, A. (2004) *La Constitución de 1999*. Derecho Constitucional venezolano, T. II, 4ta ed. Aum. Y anot. Colección Textos Legislativos N° 20, Caracas: Jurídica Venezolana.
- Brewer, A. (2008) *El control de la constitucionalidad de la omisión legislativa y la sustitución del legislador por el juez constitucional y la sustitución del legislador por el juez constitucional: el caso del nombramiento de los titulares del Poder Electoral en Venezuela*. En Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. N° 10. Julio-Dic. 2008. Pág. 271-286.
- Brewer, A. *Los jueces constitucionales como legisladores positivos. Una aproximación comparativa*. Disponible en: <http://allanbrewercarias.com/>
- Bouzat, G. (1998) *La argumentación jurídica en el control constitucional. Una comparación entre la judicial review y el control preventivo y abstracto de constitucionalidad. (A propósito de la Sentencia 24-493 de la Corte Suprema Argentina, caso lachemet, M.L. vs. Armanda*

Argentina).” En Revista Española de Derecho Constitucional, N° 54 año 18 septiembre-diciembre.

Casal, J. (2006) *Los Derechos Humanos y su protección*. (Estudios sobre derechos humanos y derechos fundamentales). Caracas. Universidad Católica Andrés Bello. Publicaciones UCAB.

Casal, J. (2003) *La protección de la Constitución frente a las omisiones legislativas*. Disponible en: [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx). UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (2000). Publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.453 Extraordinaria del 24 de marzo de 2000.

Duque, R. (2008) *Los poderes del juez y el control de la actividad judicial*. Serie Estudios 72. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2008.

Escudero, M. (2005) *El control judicial de constitucionalidad sobre las ramas legislativa y ejecutiva del Poder Público*. Serie: Trabajo de Grado N° 1. Universidad Central de Venezuela. Editado por el Departamento de Publicaciones. Primera edición.

Fernández, F. (1998) *La inconstitucionalidad por omisión: ¿Cauce de tutela de los derechos de naturaleza socio-económica?* Disponible en: [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx). UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Fernández, F. (2009) *El control de la constitucionalidad de las omisiones legislativas. Algunas cuestiones dogmáticas*. Estudios constitucionales, versión On line. V 7 n.2 Santiago. Disponible en: [www.scielo.cl/](http://www.scielo.cl/)

Fernández, R. (1998) *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho Comparado. El caso español*. Madrid-España. Editorial Civitas, S.A.

García, D. (2004) *Ejecutabilidad de las sentencias constitucionales*. En Memorias II encuentro de derecho procesal constitucional iberoamericano y seminario de justicia constitucional, San José de Costa Rica, 8 y 9 de julio de 2004, CD-ROM.

García, E. (2000) *El valor normativo de la Constitución española de 1978*. En: García de Enterría, Eduardo (et al.). Constitución y constitucionalismo hoy. Cincuentenario del Derecho Constitucional

Comparado de Manuel García Pelayo. Caracas: Fundación Manuel García Pelayo.

Giacometto, A. (2007) *La prueba en los procesos de control constitucional. En perspectivas del derecho procesal constitucional*. Gabriel Hernández Villarreal-editor académico. Bogotá D.C.

Gozáini, A. (2010) *La prueba en los procesos constitucionales*. En Derecho Procesal Constitución Americano y Europeo (Dir. Víctor Bazán), tomo II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

Haro, J. (2004) El control difuso de la constitucionalidad en Venezuela: El estado actual de la cuestión. En revista de Derecho Constitucional. N° 9 Enero-Diciembre. Caracas-Venezuela.

Ibagón, M. (2002) *Control jurisdiccional de las omisiones legislativas en Colombia*. Disponible en: [www.bibliojuridica.org/libros/1/344/16.pdf](http://www.bibliojuridica.org/libros/1/344/16.pdf)

Linares, A. (2007) *Los poderes del Juez Contencioso-Administrativo en materia probatoria: ¿simple espectador o director del proceso?* En: Derecho Administrativo Iberoamericano. 100 autores en homenaje al postgrado de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello. Tomo II. Coordinación: Víctor Hernández –Mendible. Pág. 1401 Ediciones Paredes. Caracas-Venezuela.

Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (2010). Publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.522 de fecha 01 de octubre de 2010.

Picó, J (1997) *Las garantías constitucionales del proceso*. J.M Bosch Editor.España

Ramírez, G. (2006) *El control de constitucionalidad sobre las omisiones legislativas en Colombia*. Bogotá 26 de octubre de 2006. Disponible en línea: [icr.uexternado.edu.co/Documentos/ponencia1.pdf](http://icr.uexternado.edu.co/Documentos/ponencia1.pdf)

Rengel, A. (1992) *Tratado de Derecho civil venezolano*. Caracas-Venezuela

Sagües, P. (2007) *Novedades sobre inconstitucionalidad por omisión: La Corte Constitucional de Ecuador como legislador suplente y precario*. Estudios Constitucionales. N° 2, 2009. Pp. 71-79. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca.

Urosa, D. (2005) *Control Judicial de las omisiones legislativas a la luz de la jurisprudencia constitucional*. En Revista de Derecho Público. N° 101. Caracas-Venezuela.

http: [www.tsj.gov.ve](http://www.tsj.gov.ve)

Sin lugar a dudas los derechos sociales como derechos humanos, son exigibles en sede judicial, en consecuencia, ante la falta de desarrollo legislativo que menoscabe la plena operatividad de los mismos, puede ejercerse el control constitucional de las omisiones legislativas.

En este sentido, es importante referirnos a la sentencia N° 85 del 24 de enero de 2002, caso: ASODEVIPRILARA, en la cual la Sala afirmó, lo siguiente:

(...) las normas que crean los derechos prestacionales no son de carácter programático, muchos tienen límites difusos o son indeterminados, pero el juez constitucional para mantener la supremacía constitucional tiene el deber de aplicarlas y darles contenido mientras la legislación particular con relación a ellas se emite.

Como corolario de lo expuesto, nos permite concluir que el control de las omisiones legislativas, permite garantizar la plena exigibilidad de los derechos humanos.