

Artículos

*Control judicial de las omisiones legislativas a la luz de la jurisprudencia constitucional**

Daniela Urosa Maggi*
Abogado

Resumen: *El presente estudio analiza los aspectos fundamentales –sustantivos y procesales– de un tema incluido por la propia Constitución de 1999 en el sistema de la justicia constitucional, como lo es el control judicial de las omisiones legislativas, análisis que tiene como marco de referencia el alcance de esta materia en los sistemas comparados de justicia constitucional y los estudios de nuestra doctrina constitucionalista sobre el tema, pero que se centra especialmente en el desarrollo que la jurisprudencia constitucional venezolana le ha dado recientemente a este control por omisión.*

SUMARIO

INTRODUCCIÓN

- I. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES DEL CONTROL DE LAS OMISSIONES LEGISLATIVAS
- II. LA INACTIVIDAD LEGISLATIVA OBJETO DE LA PRETENSIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN
 1. *Determinación formal de la inactividad objeto de control: las inactividades verificadas en el ejercicio de funciones de ejecución directa de la Constitución.*
 2. *Determinación material de la inactividad objeto de control: la ausencia de ejercicio de la potestad legislativa.*
 3. *Requisitos de la inactividad controlable.*
 4. *Alcance de la inactividad controlable.*
- III. ASPECTOS PROCESALES FUNDAMENTALES DE LA DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN
 1. *Procedimiento a seguir.*
 2. *Legitimación procesal.*
 3. *Pretensiones deducibles.*
 4. *Contenido de la sentencia.*
 5. *Ejecución de la sentencia.*
- IV. REFLEXIÓN FINAL

INTRODUCCIÓN

El principio de legalidad que informa la actuación de los Poderes Públicos se erige, en nuestro ordenamiento jurídico, como pilar fundamental del Estado de Derecho. Principio que recoge la Constitución de 1999 en su artículo 137 y conforme al cual toda actuación de los órganos del Poder Público requiere, para considerarse como legítimamente ejercida, la existencia de base jurídica previa y suficiente que la sustente y condicione. Pero las consecuen-

* Texto de la ponencia presentada en las IV Jornadas de Derecho Público, dedicadas al Derecho Procesal Constitucional, Universidad Monteávila, Caracas, mayo de 2004, con actualización de la jurisprudencia hasta marzo de 2005.

* Abogado Summa cum laude, Universidad Católica Andrés Bello (1997). Diploma de Estudios Avanzados (DEA) en Derecho Administrativo, Universidad Complutense de Madrid (2001). Doctora en Derecho, sobresaliente cum laude por unanimidad, Universidad Complutense de Madrid, (2002). Profesora de Instituciones de Derecho Público III: Procedimiento administrativo y Contencioso Administrativo, Universidad Monteávila.

cias del principio de legalidad van más allá de ese enunciado de la vinculación positiva y formal: el Poder Público se ejerce a través de potestades, las cuales son, en los términos de Giannini y Santi Romano, un verdadero poder-deber que no solo puede ejercerse, sino que, además, *debe* ser ejercido en interés ajeno al propio beneficio de su titular y, en definitiva, en aras del interés general¹.

En consecuencia, no solo por exceso sino también por defecto de actuación los órganos del Poder Público -incluidos evidentemente los del Poder Legislativo- pueden incurrir en contrariedad a Derecho y ante esa situación debe actuar el órgano jurisdiccional como garantía de la observancia del ordenamiento constitucional y, también, del respeto de las situaciones jurídico-subjetivas de los particulares.

El control jurisdiccional de las omisiones del Poder Ejecutivo -Administración Pública- y del Poder Judicial, es asunto aceptado de manera pacífica -aunque con ciertas restricciones- en nuestro ordenamiento jurídico y, en general, en el Derecho comparado. No así el control jurisdiccional de la inactividad del Poder Legislativo, tema polémico y de restringida aceptación, pero recientemente incluido en nuestro Texto Fundamental en el marco de la justicia constitucional. El mayor impulso que se ha dado al control de las pasividades del legislador ha sido el valor normativo de la Constitución, en el sentido de que si ésta no es sólo un conjunto de principios generales sino que es verdadera norma jurídica vinculante, y por ende directamente aplicable y exigible, la ausencia de desenvolvimiento debido de la norma constitucional por causa de la inacción del legislador es, siguiendo a Bidart Campos, forzosamente enjuiciable².

El control de las omisiones legislativas corresponde, lo decíamos ya, a la justicia constitucional; y es que ciertamente, si a la jurisdicción constitucional compete, conforme al artículo 334 de la Constitución de 1999, el control de los actos del Poder Público *dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución o que tengan rango de Ley*, es evidente que también le corresponderá controlar la ausencia de tales actos o actuaciones. De allí que podemos definir a las ‘omisiones legislativas’ como *el incumplimiento por omisión de las potestades que los órganos del Poder Público –en especial los del Poder Legislativo- deben cumplir en ejecución directa e inmediata de la Constitución*.

Con fundamento en tales consideraciones podemos entonces delimitar el tema de nuestro estudio: el *control judicial de las omisiones legislativas*, cuestión a la que, de manera imprecisa, se le denomina en ocasiones como el *control de la inconstitucionalidad por omisión*, aun cuando ésta es una expresión que se orienta más hacia el motivo de impugnación -razones de inconstitucionalidad- que al rango del acto -o en este caso omisión- cuyo control se pretende.

De manera que analizaremos algunos de los aspectos *fundamentales del control de las omisiones legislativas en el Derecho Procesal Constitucional Venezolano*: comenzando por sus fundamentos constitucionales y legales, ha de analizarse cuál es el ámbito de esas inactividades que pueden ser materia de control y, en definitiva, cuáles son los aspectos procesales de una de las vías jurisdiccionales que permite controlar estas pasividades: la “demanda de inconstitucionalidad por omisión”.

Análisis que tiene como marco de referencia el alcance de esta materia en los sistemas comparados de justicia constitucional, y los escasos pero importantes estudios que sobre este tema ha venido realizando nuestra doctrina constitucionalista, todo lo cual nos

1. La postura de esta doctrina italiana puede verse en Rondón de Sansó, Hildegard, *Teoría general de la actividad administrativa*, segunda edición, Caracas, 1995, pp. 43 y ss.

2. Bidart Campos, Germán J., “Algunas Reflexiones sobre las omisiones inconstitucionales”, A.A.V.V. *Inconstitucionalidad por omisión*, Temis, Bogotá, 1997, pp. 3 y ss.

permite centrarnos en el desarrollo que la jurisprudencia constitucional venezolana le ha dado recientemente a este control por omisión, ante la ausencia de una Ley Orgánica que regule a la Jurisdicción Constitucional en Venezuela.

I. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES DEL CONTROL DE LAS OMISIONES LEGISLATIVAS

El artículo 336, numeral 7 de la Constitución de 1999 establece que es atribución de la Sala Constitucional “Declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del poder legislativo municipal, estatal o nacional, cuando haya dejado de dictar las 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”.

Se trata de una atribución ciertamente innovadora que incorporó el Texto Fundamental de 1999, que no consigue antecedente en nuestra historia constitucional. Sí tiene como precedente el Anteproyecto de Ley Orgánica de la Jurisdicción Constitucional que se elaboró en el seno de la Comisión Redactora designada por la Sala Plena de la entonces Corte Suprema de Justicia bajo la Coordinación del Magistrado Dr. Humberto J. La Roche. En ese Anteproyecto se incluía, en términos casi idénticos a los señalados, la facultad de la Sala Constitucional de controlar las omisiones legislativas.

En todo caso, nótese que tal innovación existe en tanto se contempla ahora el control de las pasividades legislativas a través de una demanda de naturaleza condenatoria, pero desde décadas atrás existen en nuestro ordenamiento otros modos de control jurisdiccional de las omisiones legislativas; concretamente, la acción de amparo constitucional, cuando una inactividad legislativa viole o amenace de violación cualquier derecho fundamental. Y asimismo, a través de las demandas patrimoniales contra los entes públicos, en concreto, cuando en virtud de una omisión legislativa se causaren daños y perjuicios susceptibles de reparación económica. De manera pues, que ya era posible, aunque limitada e infrecuente, la tutela de derechos frente a las omisiones legislativas.

Por su parte, la reciente Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia³, también estableció dentro de las competencias de la Sala Constitucional, el control de las omisiones legislativas. Incluso, puede afirmarse que esta Ley amplió sustancialmente el radio de control de las inactividades legislativas, tal como analizaremos de seguidas. En concreto, son los numerales 12 y 13 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia los que recogen estas competencias de la Sala Constitucional, de la manera siguiente:

“12. Declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del Poder Legislativo Municipal, Estatal o Nacional cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, o las haya dictado en forma incompleta, y establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos generales esenciales para su corrección, sin que ello implique usurpación de funciones de otro órgano del Poder Público, o extralimitación de atribuciones;

13. Declarar la inconstitucionalidad de las omisiones de cualquiera de los órganos que ejerzan el Poder Público de rango nacional, respecto a obligaciones o deberes establecidos directamente por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”.

3. Publicada en la *Gaceta Oficial* n° 37.942, de 20 de mayo de 2004.

II. LA INACTIVIDAD LEGISLATIVA OBJETO DE LA PRETENSIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

1. *Determinación formal de la inactividad objeto de control: las inactividades verificadas en el ejercicio de funciones de ejecución directa de la Constitución*

Uno de los aspectos cardinales en el tema que hoy nos ocupa es el de la determinación de las inactividades legislativas sometidas a este control jurisdiccional, esto es, *cuáles son las omisiones que pueden ser objeto de la pretensión de declaratoria de inconstitucionalidad por omisión y consecuente condena a actuación legislativa.*

Siendo una facultad propia de la jurisdicción constitucional, debemos partir de un criterio formal: *ha de tratarse del control de inactividades verificadas en el ejercicio de funciones de ejecución directa e inmediata de la Constitución.* Recuérdese que a la jurisdicción constitucional compete el control concentrado de las actuaciones –y ausencia de actuaciones– realizadas en ejecución directa e inmediata del Texto Constitucional, criterio de distinción que se remonta a las decisiones de la Sala Político-Administrativa, de 14 de septiembre de 1993 y de la Sala Plena de la entonces Corte Supremo de Justicia de 25 de enero de 1994 (caso *CAP*), y que posteriormente asumió la Constitución de 1999 en su artículo 334, abandonando así la postura que establecía que el ámbito de competencias de la jurisdicción constitucional se determinaba según los motivos de impugnación –en este caso motivos de inconstitucionalidad– que se alegaren en contra de los actos del Poder Público.

Por tanto, lo decíamos ya, no es del todo preciso hablar del “control de inconstitucionalidad por omisión”, sino del “control jurisdiccional de las omisiones legislativas” o, con mayor rigor, del “control jurisdiccional de las omisiones relativas al ejercicio de potestades en ejecución directa e inmediata de la Constitución”, es decir, de actos de rango legal. Precisamente por ello, la jurisprudencia ha señalado que *no es procedente*, a través del control de la demanda de inconstitucionalidad por omisión, *la exigencia del cumplimiento de actos dictados por el propio órgano legislativo*, esto es, del cumplimiento o desarrollo de actos o preceptos distintos a la norma constitucional. Concretamente, en sentencia de la Sala Constitucional de 12 de junio de 2003 (caso *Carlos Alberto Guevara*) se declaró la inadmisibilidad de la demanda porque lo que se pretendía era que la Asamblea Nacional ejecutara un acto emanado de ella misma⁴. Por esa misma razón, aquellas inactividades del Poder Legislativo que se verifican ante *la ausencia de ejercicio de las potestades administrativas que a éste correspondan*, por ejemplo, las omisiones verificadas en el seno de las relaciones jurídicas con sus funcionarios, también estarán excluidas del “control de inconstitucionalidad por omisión”, caso en el cual, siguiendo un criterio funcional o material, es la jurisdicción contencioso-administrativa la competente para su control, con independencia, insistimos, de que sean omisiones orgánicamente legislativas.

La nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en sus normas antes transcritas, ha sido coherente con la línea delimitadora de las competencias del juez constitucional, en el sentido de que se trate de potestades en ejecución directa de la Constitución, pues considera como “omisiones legislativas” controlables aquellas “*omisiones de cualquiera de los órganos que ejerzan el Poder Público de rango nacional, respecto a obligaciones o deberes establecidos directamente por la Constitución...*”, lo que excede, con mucho de las obliga-

4. En ese caso concreto se pretendía de la Sala Constitucional “...designar al Quinto integrante de la Directiva del Consejo Nacional Electoral de manera provisional, tal como fue acordado y decidido por la Asamblea Nacional en el Acto Legislativo contenido en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela n° 37.579 de fecha 27 de noviembre de 2002...”. No obstante, tratándose del incumplimiento de un acto dictado por la propia Asamblea Nacional, y no de la inexecución de un precepto constitucional, la Sala declaró la inadmisibilidad de la demanda.

ciones derivadas del ejercicio de la función legislativa *stricto sensu*. Así lo ha reconocido también la jurisprudencia de la Sala Constitucional, en reciente sentencia de 2 de marzo de 2005 (caso *PROVEA II*), al afirmar que bajo el imperio de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia “*el control de la constitucionalidad por omisión, en el marco de la jurisdicción constitucional venezolana, no se limita al control de las omisiones formalmente legislativas, 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*”.

2. *Determinación material de la inactividad objeto de control: la ausencia de ejercicio de potestades legislativas (lato sensu)*

El artículo 336, numeral 7 de la Constitución, antes referido, sólo hace referencia al control por omisión del ejercicio de la función legislativa en sentido estricto, que sería el control de la inactividad del legislador “*cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de esta Constitución*”. No obstante, la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia expandió objetiva y subjetivamente ese ámbito de control, al incluir, además, el control por omisión del incumplimiento “*obligaciones o deberes directamente establecidos en la Constitución*” que competan a “*cualquiera de los órganos que ejerzan el Poder Público de rango nacional*”.

Con fundamento en tales premisas, pueden determinarse cuáles son las potestades cuya falta de ejercicio da lugar a este control de inconstitucionalidad por omisión.

A. *Ausencia de ejercicio de la función legislativa*

Las pasividades legislativas –utilizando el término en su sentido más amplio– abarcan (i) en primer lugar, aquellas que implican una ausencia de ejercicio de la *función legislativa*. Caso típico es la falta de discusión, sanción y promulgación de una determinada Ley, sea que se trate de una omisión *total o parcial* según analizaremos de seguidas. Asimismo, los artículos 336, numeral 7 de la Constitución y 5, numeral 12 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, prevén la posibilidad de controlar no sólo la mora del legislador nacional, sino también de los legisladores estatales y municipales, esto es, de la Asamblea Nacional, los Consejos Legislativos y los Concejos Municipales.

B. *Ausencia de ejercicio de la función legislativa del Ejecutivo Nacional*

En segundo lugar, las omisiones legislativas no se limitan a la falta de sanción y promulgación, por parte de los órganos legislativos, de leyes en sentido formal. En efecto, también sería una inactividad legislativa la *ausencia de ejercicio por parte del Poder Ejecutivo de sus competencias extraordinarias de naturaleza legislativa*, específicamente cuando debe dictar un decreto ley o un decreto legislativo, en los términos y bajo las condiciones que exige la Constitución. Se trata, así, de la ausencia de un acto de rango legal en ejercicio de la función legislativa.

C. *Ausencia de ejercicio de la función de control*

En tercer lugar, también constituirían inactividades legislativas cualquier incumplimiento del resto de las potestades del poder legislativo, fundamentalmente la *función de control* que al mismo corresponde respecto de los demás órganos del Poder Público. Caso paradigmático de nuestro acontecer político es la falta de nombramiento, por parte de la Asamblea Nacional, de los Rectores del Consejo Nacional Electoral, facultad que la Asamblea Nacional ejerce en virtud de sus potestades de fiscalización, no propiamente de legislación, en ejecución directa de la Constitución. Otro ejemplo que arroja la jurisprudencia en este sentido, es el caso admitido en sentencia de 20 de noviembre de 2002 (caso *Felipe Muji-*

ca y otros) en el cual se alegó la inconstitucionalidad de la omisión de la Asamblea Nacional de no haber controlado, mediante Ley aprobatoria, la entrada en vigencia de un Convenio Internacional⁵.

D. Ausencia de ejercicio de la función de gobierno

En cuarto lugar, cabría analizar la procedencia del control constitucional de las inactividades que se verifican ante la falta de ejercicio de la *función de gobierno*. Función propia de las máximas autoridades del Poder Ejecutivo, evidentemente ajena a la potestad legislativa, pero que por su naturaleza y rango está sujeta a la justicia constitucional. Asunto distinto es la procedencia y operatividad de ese control, si se toma en cuenta que, de ordinario, el ejercicio de la función de gobierno no es obligatorio y que además se encuentra dotado de amplios parámetros de discrecionalidad que llevan a plantear si existe o no una verdadera obligación que haya de cumplirse en el marco de esa función.

3. Requisitos de la inactividad controlable

En relación con los requisitos que ha de cumplir la inactividad legislativa para que resulte admisible su control jurisdiccional, debemos analizar cómo nuestra jurisprudencia ha ido delineando tales exigencias. En concreto, mediante la sentencia de 9 de julio de 2002 (caso *Alfonso Alborno y Gloria de Vicentini*), el cual es el primer pronunciamiento de la Sala Constitucional sobre esta materia, se estableció que “*el presupuesto de hecho necesario será la abstención, 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*”. De allí que podemos desglosar la exigencia de varios supuestos:

A. Carácter concreto de la obligación incumplida

En primer lugar, ha de tratarse del incumplimiento de una *obligación concreta*. En este sentido, el autor español Francisco Fernández Segado enseña que para que sean controlables, las omisiones legislativas deben ser concretas en cuanto a su *contenido y oportunidad*, pues de lo contrario existiría un incumplimiento del órgano legislativo, pero éste no sería exigible jurisdiccionalmente, pues se configuraría como un “deber abstracto de legislación”. En cuanto a su contenido, el carácter concreto de la obligación implica que debe estar establecida expresamente o al menos desprenderse suficientemente del Texto Constitucional la obligación del órgano legislativo de dictar una determinada Ley que regule una materia en concreto.

Pongamos un ejemplo en nuestro Derecho: el artículo 18 de la Constitución dispone que “Una ley especial establecerá la unidad político-territorial de la ciudad de Caracas que integre en un sistema de gobierno municipal a dos niveles, los Municipios del Distrito Capital y los correspondientes del Estado Miranda. Dicha ley establecerá su organización, gobierno, administración, competencia y recursos, para alcanzar el desarrollo armónico e integral de la ciudad. En todo caso, la ley garantizará el carácter democrático y participativo de su gobierno”. De tal ejemplo se desprende claramente la existencia de una obligación legislativa concreta en su contenido, pues el legislador no podría regular libremente el régimen jurídico de la ciudad de Caracas, sino que ha de contemplar determinada unidad político territorial y su organización, gobierno, administración, competencia y recursos garantizando además el carácter democrático y participativo de su gobierno.

5. Tal demanda resultó posteriormente declarada inadmisibile por inepta acumulación de pretensiones, mediante sentencia de 24 de agosto de 2004, que analizaremos de seguidas.

De otra parte, la obligación legislativa *-debe cumplirse en un plazo predeterminado o razonable-*. Así, y en cuanto a su oportunidad, podemos hablar de varios niveles de concreción de la obligación jurídica: (i) en primer lugar, la *máxima concreción* existirá cuando la propia Constitución establece que en un plazo específico deberá dictarse determinada Ley, sin reducto alguno de discrecionalidad u opcionalidad del legislador en cuanto al momento del ejercicio de su función. Es el supuesto típico que se deriva de las Disposiciones transitorias de nuestra Constitución de 1999 y que ha dado lugar a la mayoría de las demandas de inconstitucionalidad por omisión planteadas desde el año 2000 hasta hoy. Por ejemplo, cuando la Disposición transitoria tercera establece que *“La Asamblea Nacional, dentro de los primeros seis meses siguientes a su instalación aprobará: (1°) Una reforma parcial del Código Penal para incluir el delito de desaparición forzada de personas, previsto en el artículo 45 de esta Constitución (...)”*.

Es también ejemplo en este sentido el caso decidido en sentencia de la Sala Constitucional de 15 de junio de 2004 (caso *FENATRIADE*), en el que se declaró la inconstitucionalidad de la omisión de la Asamblea Nacional *“al 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”*, inactividad que se constató de manera objetiva al verificar el transcurso del tiempo (un año) expresamente exigido por la Disposición transitoria cuarta, numeral 3 de la Constitución⁶.

(ii) En segundo lugar, el *nivel medio* de concreción será aquel en el cual la norma constitucional constriñe al legislador a dictar una determinada Ley, pero no establece plazo cierto para su cumplimiento –tal como sucede en el ejemplo que exponíamos antes en relación con la ley especial del Distrito Capital-. En estos casos, existe una obligación legislativa concreta pero dotada de cierta discrecionalidad respecto al cuándo u oportunidad de su cumplimiento, ante lo cual, creemos que la procedencia del control jurisdiccional exigirá la aplicación de *técnicas de reducción de esa discrecionalidad*, determinando así *cuál es el plazo de tiempo –razonable-* en el cual el legislador debió actuar para que la norma constitucional resultara operativa.

Es precisamente este el supuesto que se planteó en el caso resuelto por la Sala Constitucional mediante sentencia de 2 de marzo de 2005 (caso *PROVEA II*), antes citado. En esa oportunidad se estableció que *“no todas las obligaciones legislativas tienen un plazo expresamente establecido para su cumplimiento, caso en el cual estaríamos ante el máximo nivel de concreción respecto del cuándo de la obligación. En muchos casos, 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”*, y con fundamento en ese criterio, dicha Sala analizó si la inercia de la Asamblea Nacional al no dictar la Ley del Régimen Prestacional de Empleo, a más de año y medio de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social, constituye o no una omisión legislativa reprochable, tomando en cuenta que dicha Ley Orgánica no previó un plazo determinado para que se dictaran las leyes de los regímenes prestacionales especiales. En este sentido, concluyó la sentencia que, efectivamente, *“se ha prolongado en exceso el tiempo que razonablemente*

6. Dicha norma transitoria del Texto Constitucional establece que *“Cuarta. Dentro del primer año, contado a partir de su instalación, la Asamblea Nacional aprobará: (...) Mediante la reforma de la Ley Orgánica del Trabajo, un nuevo régimen para el derecho a prestaciones sociales reconocido en el artículo 92 de esta Constitución, el cual integrará el pago de este derecho de forma proporcional al tiempo de servicio y calculado de conformidad con el último salario devengado, estableciendo un lapso para su prescripción de diez años. (...)”*.

ameritaría la aprobación y promulgación de tales leyes, fundamentalmente, y para lo que en este caso se refiere, de la Ley del Régimen Prestacional de Empleo, que es la que, en la actualidad, carece de régimen transitorio para la prestación de dicho beneficio”.

(iii) En tercer lugar, el nivel último de concreción sería aquel en el cual el constituyente deja a la libertad del Legislador la escogencia del cómo y el cuándo del desarrollo de algún principio constitucional. Por ejemplo, cuando en su único aparte el artículo 111 constitucional prevé que “La ley establecerá incentivos y estímulos a las personas, instituciones y comunidades que promuevan a los y las atletas y desarrollen o financien planes, programas y actividades deportivas en el país”. Tal ejemplo se refiere, como lo define Marcos Gómez Puente, a una “ley graciable” o como apunta Fernández Segado, a un *deber abstracto o genérico* que difícilmente puede exigirse de manera imperativa por una razón simple: porque no hay incumplimiento u omisión alguna, salvo que, acotamos nosotros, la naturaleza de la norma constitucional que deba desarrollar esa Ley sea de tal entidad –principalmente por estar referida a la operatividad y desarrollo de derechos fundamentales- que pierde importancia el factor oportunidad y se impone su exigibilidad judicial. Sin embargo, tal determinación procederá en cada caso concreto.

B. *Carácter expreso o implícito de la obligación incumplida*

La obligación cuyo cumplimiento habrá de controlarse puede estar expresa o implícitamente prevista en la Constitución. Los ejemplos anteriores nos sirven también para ilustrar cuándo existe una obligación legislativa expresa en la Constitución. Pensemos entonces en una obligación implícita del legislador. Cuando el artículo 90 constitucional contempla en su único aparte que “Los trabajadores y trabajadoras tienen derecho al descanso semanal y vacaciones remunerados en las mismas condiciones que las jornadas efectivamente laboradas”, es evidente que la operatividad de ese derecho al descanso laboral exige de una norma legal que lo concrete y que establezca en qué condiciones materiales y económicas ha de ejercerse, aun cuando la Constitución no exhorte *expresamente* al legislador a que lo regule. Ciertamente, a mayor exigencia expresa del constituyente mayor será la concreción de la obligación y, en la misma medida, más fácil resultará la declaración judicial de inconstitucionalidad de la omisión con la consecuente orden de cumplimiento.

C. *Necesidad de la actuación legislativa como garantía del cumplimiento de la Constitución*

Por último, *la obligación legislativa ha de ser necesaria para el cumplimiento o ejecución de preceptos constitucionales*, pues según la letra del artículo 336 numeral 7 de la Constitución, la inconstitucionalidad se declarará cuando el legislador “haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de esta Constitución”. Según decíamos con anterioridad, la justificación primaria del control de las pasividades legislativas es que éstas traigan como consecuencia directa la ineficacia de un precepto constitucional ante la ausencia de su desarrollo legislativo.

Caso paradigmático en este sentido, y así lo pone de relieve la doctrina, es el de la falta de desarrollo por parte del legislador de las normas que reconocen preceptos de naturaleza socioeconómica, los cuales requieren de cierto desarrollo legislativo que los concrete en prestaciones determinadas para ser exigibles por sus titulares⁷.

7. Al respecto *vid.* Fernández Segado, Francisco, “La inconstitucionalidad por omisión: ¿cauce de tutela de los derechos de naturaleza socioeconómica?”, en A.A.V.V. *Inconstitucionalidad por omisión*, cit., pp. 7 y ss. En Venezuela, el problema de si es posible derivar directamente de la Constitución la existencia y exigencia de obligaciones de contenido prestacional, como contrapartida de los referidos derechos fundamentales ha sido analizada por Linares Benzo, Gustavo, “Derechos prestacionales y separación de poderes”, A.A.V.V. *Constitución y Constitucionalismo hoy*, Fundación Manuel García-Pelayo, Caracas, 2000, pp. 413 y ss.

4. Alcance de la inactividad controlable

En cuanto su alcance, la doctrina constitucionalista –siguiendo al autor alemán Wessels– suele clasificar las omisiones legislativas en absolutas y relativas⁸, conceptos que se han trasladado a nuestro Derecho como omisiones legislativas *totales o parciales*.

El primer caso –inactividad total– se refiere a la ausencia absoluta de legislación, esto es, cuando falta totalmente la sanción y promulgación de determinada ley, y el segundo –inactividad parcial– se refiere a la insuficiencia de la legislación, es decir, que habiéndose dictado la ley, ésta posee una regulación incompleta o deficiente, e incluso, la doctrina extranjera ha llegado a considerar (Víctor Bazán) que existe omisión parcial cuando el legislador no reforma una ley preconstitucional o de vieja data para adecuarla al marco constitucional vigente⁹.

Un ejemplo de inactividad parcial es el que refleja la sentencia de la Sala Constitucional de 2 de marzo de 2005 (caso *PROVEA II*), en la cual se estimó una demanda de inconstitucionalidad por omisión porque al dictar la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social, la Asamblea Nacional reguló de manera incompleta el Régimen Prestacional de Empleo, dejando sin base legal la contribución especial de paro forzoso y causando serias lesiones a los derechos fundamentales de los trabajadores.

Asimismo, es importante destacar que resulta irrelevante el hecho de que se trate de una *obligación legislativa de medios o de resultados*. Así, ha señalado nuestra jurisprudencia constitucional (sentencia de 4 de agosto de 2003, caso *CNE*, y que se reiteró en la sentencia de 6 de noviembre de 2003, caso *Ley Orgánica del Poder Municipal*) que “*La omisión del nombramiento, es un hecho objetivo, que se constata por el sólo transcurso del tiempo...*”, incluso, ha sido irrelevante para la jurisprudencia si ya comenzó o no a realizarse la actuación, “*siendo lo importante que lo prevenido en la Constitución, no ha culminado*”, por lo que, con independencia de que se constate que el órgano legislativo hizo todo lo posible para la aprobación de una Ley, la demanda ha de estimarse si se comprueba objetivamente el incumplimiento.

III. ASPECTOS PROCESALES FUNDAMENTALES DE LA DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

Determinado el alcance de las inactividades controlables, debemos ahora referirnos a los aspectos procesales fundamentales de este control jurisdiccional. La tutela judicial frente a las omisiones legislativas resulta posible a través de distintas vías procesales, todas pertenecientes, evidentemente, al Derecho Procesal Constitucional.

En primer lugar, tal como ha precisado Jesús María Casal, los distintos medios procesales constitucionales –fundamentalmente el recurso de nulidad, el recurso de revisión de sentencias firmes y la solicitud de interpretación constitucional– tienen alcance suficiente para proteger la Constitución frente a las omisiones legislativas. Además, y según señalábamos con anterioridad, tal protección es posible a través de la acción de amparo constitucional. En segundo lugar, y en adición a estos medios constitucionales, nuestra jurisprudencia constitucional ha admitido la posibilidad de controlarlas a través de una suerte de “*control difuso por omisión*” en el curso de cualquier demanda que se intente ante la Sala Constitucional.

8. Escudero León, Margarita, “Declaratoria Judicial de inconstitucionalidad por omisión legislativa”, A.A.V.V. *Bases y Principios del Derecho Constitucional Venezolano*, Tomo II, Asociación Venezolana de Derecho Constitucional, San Cristóbal, 2001, p. 210.

9. Bazán, Víctor, “Hacia la plena exigibilidad de los preceptos constitucionales: el control de las omisiones inconstitucionales. Especial referencia a los casos de Brasil y Argentina”, A.A.V.V. *Inconstitucionalidad por omisión, cit.*, p. 64.

En efecto, mediante sentencia de 6 de noviembre de 2003 (caso *Ley Orgánica del Poder Municipal*) la Sala Constitucional estableció que “*así como existe un control difuso, que permite a los jueces apartarse del texto expreso de una ley, incluso de oficio, si colidiese con una norma contenida en la Constitución, la Sala Constitucional –y solo ella- puede declarar la inconstitucionalidad de una omisión del órgano que ejerza el poder legislativo, siempre que lo haga en el curso de un proceso*”. De manera que la Sala Constitucional consideró que puede, de oficio, declarar e incluso corregir la inconstitucionalidad de las omisiones legislativas en el curso de un proceso principal cuyo objeto sea distinto al del control de tal omisión. Más que de un control difuso se trataría, en nuestro criterio, de un control incidental que, en definitiva, pondría fin a la situación de inactividad del legislador.

En tercer lugar, el control de las omisiones legislativas es posible a través de una demanda autónoma cuyo objeto es la declaratoria y consecuente condena al cumplimiento de la obligación constitucional que tiene el legislador, medio procesal que nuestra jurisprudencia ha denominado “*demanda de inconstitucionalidad por omisión*”, que es, precisamente, el objeto de este estudio. Así, a partir de la sentencia de 9 de julio de 2002 (caso *Alfonso Albornoz y Gloria de Vicentini*) la Sala Constitucional entendió que del artículo 336, numeral 7 de la Constitución de 1999 se deriva la existencia de una “*acción o demanda de inconstitucionalidad por omisión*” cuyo objeto es “*la inconstitucionalidad, no 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*”¹⁰.

Ahora bien, siendo que no se ha dictado aún la Ley que ha de regular a la jurisdicción constitucional, tal demanda de inconstitucionalidad por omisión no cuenta con regulación procesal alguna, pues la norma constitucional que la regula se limitó a contemplar tal atribución de control de la Sala Constitucional. Por su parte, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia tampoco estableció procedimiento especial alguno en este sentido¹¹. En consecuencia, ha sido la jurisprudencia la que ha venido estableciendo el procedimiento a seguir. En concreto, en la referida decisión de 9 de julio de 2002, la cual fue reiterada en sentencia de 19 de agosto de 2002 (caso *William Ojeda*), la Sala Constitucional estableció que mientras no se dicte la Ley reguladora de la jurisdicción constitucional, a ella corresponde determinar *todos* los aspectos procesales de dicha demanda, ello en ejercicio de la “*jurisdicción normativa*” que, no sin pocos cuestionamientos, se ha atribuido la Sala Constitucional, y que consiste en que la misma, mientras no se dicten las leyes que desarrollan un determinado precepto constitucional –en este caso el 336, numeral 7 de la Constitución-, regulará normativa y provisionalmente la materia, dando así vigencia inmediata a la norma constitucional¹².

1. Procedimiento a seguir

En relación con la tramitación procedimental, la jurisprudencia constitucional ha señalado que debe aplicarse en estos casos el procedimiento de nulidad de actos de efectos generales que establecían los artículos 112 y siguientes de la Ley Orgánica de la Corte Su-

10. Postura reiterada pacíficamente por la jurisprudencia de la Sala Constitucional. Entre otras muchas, en sentencia de 15 de junio de 2004 (caso *FENATRIADE*).

11. Dejando a salvo las disposiciones generales que establecen los artículos 18 y 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia en relación con las acciones y recursos que se planteen ante el Tribunal Supremo de Justicia.

12. Sobre el tema de la jurisdicción normativa *vid.* entre otras muchas, la sentencia de la Sala Constitucional de 22 de agosto de 2001 (caso *Asodeviprilara*). Asimismo, *vid.* las críticas que a esta potestad que se atribuyó la Sala Constitucional realiza Pesci-Feltri, Mario, “La jurisdicción normativa y los artículos 335 y 336 de la Constitución”, en A.A.V.V. *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI, Estudios en Homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, Tomo I, Civitas, Madrid, 2003, p. 1029 y ss.

prema de Justicia y ahora el artículo 21 de la Ley Orgánica que rige al Tribunal Supremo de Justicia, incluidas las causales de inadmisibilidad que al respecto contemplaba el artículo 84 de dicha Ley derogada y ahora el artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. En este sentido se pronuncian también, entre otras, las sentencias de 19 de agosto de 2002, caso *William Ojeda*; de 6 de noviembre de 2002, caso *Ricardo Antela* y de 15 de julio de 2003, caso *Noe Peña*.

2. Legitimación procesal

La regulación pretoriana ha determinado también la legitimación procesal. Así, la jurisprudencia de la Sala Constitucional ha establecido que “*La acción de inconstitucionalidad de la omisión del órgano legislativo podría considerarse como una subespecie, de reciente creación, de la acción popular de inconstitucionalidad, atendiendo a lo cual, considera esta Sala, que en el presente caso debe aplicarse el criterio antes referido*”, es decir, que cualquier sujeto de derecho con capacidad procesal posee legitimación activa para intentar esta acción de inconstitucionalidad por omisión.

El tratamiento de la demanda como acción popular parece cónsono con la tendencia que en materia de legitimación ha imperado en nuestra justicia constitucional; no obstante, no ha sido así en el Derecho Comparado. Tanto en la Constitución de la República Socialista Federativa de Yugoslavia de 1974 –primer precedente constitucional en la materia-, en la Constitución de Portugal de 1976, y su posterior reforma de 1982 y en la Constitución Brasil de 1988, la legitimación procesal ha estado sumamente restringida, de hecho, es una legitimación *ex lege* que se prevé únicamente a favor de determinados órganos del Poder Público, estando así vedada la posibilidad de accionar de los particulares, incluso de los que a título personal se vean lesionados en su esfera jurídico-subjetiva.

Tampoco el Anteproyecto de Ley Orgánica de la Jurisdicción Constitucional al que antes nos referíamos lo regulaba como una acción popular, sino que exigía que el demandante ostentara un interés jurídicamente relevante frente a la omisión legislativa, postura que, además, ha asumido parte de la doctrina venezolana, entre otros, Margarita Escudero León¹³. No obstante, compartimos la opinión que ha expuesto Jesús María Casal, para quien no existe “*razón alguna por la cual las posibilidades de acceso al control de las omisiones del legislador deban ser distintas a las del control de los actos legislativos*”, pues en definitiva, podrían considerarse dos caras de una misma moneda.

3. Pretensiones deducibles

Aspecto cardinal que impone el estudio del control jurisdiccional de las omisiones legislativas es el de las pretensiones que pueden hacerse valer por esta vía, es decir, qué es lo que puede pedirse del juez constitucional a través de una demanda de inconstitucionalidad por omisión: si la misma se limita a la declaratoria de esa inconstitucionalidad, lo que implica un exhorto o consejo al legislador para que la subsane, o si además puede pedirse al juez constitucional que ordene e incluso condene al cumplimiento de la conducta debida. De ello dependerá que se trate de una pretensión declarativa o condenatoria.

La redacción de la norma constitucional nos aclara que no se trata de una pretensión mero declarativa, sino que abarca también una orden o condena que han de cumplirse en un plazo determinado y siguiendo ciertos lineamientos, por lo que es una orden que va más allá de una simple recomendación entre poderes públicos. Solución distinta a la que han aportado otros sistemas de justicia constitucional, por ejemplo los de Portugal y Brasil, que solo admiten la pretensión de *declaratoria* de inconstitucionalidad de una determinada inactividad

13. Escudero León, Margarita, “Declaratoria Judicial de inconstitucionalidad por omisión legislativa”, A.A.V.V. *Bases y Principios del Derecho Constitucional Venezolano*, Tomo II, cit., pp. 195 y ss.

legislativa, lo que implicaría, a lo sumo, un exhorto o recomendación al legislador. Además, el tema de la pretensión nos lleva forzosamente a analizar si a través de la demanda de inconstitucionalidad por omisión pueden plantearse pretensiones subjetivas, esto es, dirigidas a proteger y restablecer las lesiones que se hubieren causado a determinado sujeto, y que van más allá del control objetivo de inconstitucionalidad. Concretamente, se trataría de pretensiones cautelares, indemnizatorias y de restablecimiento de las situaciones subjetivas lesionadas por la omisión.

En nuestra opinión, el control de constitucionalidad de las omisiones legislativas, el cual se trata incluso como una acción popular, es un control objetivo difícilmente individualizable en un determinado sujeto. Por tanto, en principio, las pretensiones indemnizatorias o de restablecimiento individual, son ajenas a este control por omisión. No obstante, y en aplicación de los lineamientos generales que en este sentido se siguen en el marco de la justicia constitucional, habrá que determinar en cada caso si proceden o no tales peticiones, según existan sujetos subjetiva y especialmente lesionados frente a la omisión legislativa.

De otra parte, en este tema de las pretensiones deducibles, ha de tenerse en cuenta el criterio de la jurisprudencia de la Sala Constitucional en el sentido de que no es posible, por inepta, la acumulación de la pretensión de inconstitucionalidad por omisión con la pretensión de nulidad, cuando ambas se refieran a una misma actuación legislativa, lo que deriva en la declaratoria de inadmisibilidad de la demanda. Es el caso de la sentencia de dicha Sala de 24 de agosto de 2004 (caso *Felipe Mujica y Leopoldo Puchi*) en el cual se demandó la nulidad del Convenio Integral de Cooperación entre la República de Cuba y la República Bolivariana de Venezuela, suscrito en octubre de 2000, “*por no haber sido aprobado por la Asamblea Nacional mediante Ley Especial o porque no fue debidamente autorizado*”, y asimismo se planteó como pretensión “*se declare la inconstitucionalidad de la omisión de la Asamblea Nacional, al no efectuar el control indispensable para garantizar el cumplimiento de la Constitución*”.

Ante tal situación, la Sala declaró la inadmisibilidad de la demanda por “inepta acumulación de acciones” (*rectius*: pretensiones) porque “*son excluyentes entre sí, en virtud de que las resultas de una para con la otra, no se ajustan a la obligación que tiene el dispositivo de un fallo de resolver en un solo sentido; aparte de que dichas acciones no se pueden ventilar en un solo proceso, porque la consecuencia jurídica llevaría por direcciones distintas un mismo asunto, y se crearía una inseguridad jurídica respecto a la resolución del mismo a, saber, el citado Convenio Integral de Cooperación entre la República de Cuba y la República Bolivariana de Venezuela, suscrito el 30 de octubre de 2000*”.

4. Contenido de la sentencia

Pero los aspectos procesales que, sin duda alguna, revisten mayor importancia en este campo son los relativos al contenido y la ejecución de la sentencia que declare la inconstitucionalidad de la inactividad del poder legislativo.

En relación con el contenido de la decisión, ha de señalarse que su límite primario es el común al de cualquier sentencia judicial: el *principio de congruencia declarativa*, requisito formal que exige la *adecuación entre la pretensión y la sentencia*, evitando así una lesión al principio del contradictorio y al derecho a la defensa. En consecuencia, si lo que puede pretenderse a través de esta demanda es la declaratoria de inconstitucionalidad de la pasividad y además la condena al cumplimiento de determinada actuación, la sentencia definitiva deberá restringirse a esas dos peticiones.

Ahora bien, y en cuanto a los límites materiales de la decisión: *¿puede el juez además de ordenar al órgano legislativo que proceda a subsanar la omisión, establecer cuál ha de ser el contenido de esa actuación debida?*. En otros términos, *¿puede el juez sustituirse en el*

cómo y el cuándo del cumplimiento del órgano legislativo sin incurrir en violación del principio de separación de poderes?, y en esa medida ¿cuál es entonces el límite de la sustitución judicial declarativa?

La respuesta preliminar a estas interrogantes nos la aporta la propia norma constitucional, pues el artículo 336 numeral 7 otorga a la Sala Constitucional competencia para controlar las omisiones del legislador y para “establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección”. Ahora bien, establecer los lineamientos no puede implicar una absoluta sustitución judicial en relación con el contenido de la actuación del legislador. Y no puede implicarlo pues existen aspectos cuya concreción, por su propia naturaleza, corresponden al arbitrio del legislador quien determinará el alcance del contenido de la norma a ser dictada, siendo sus únicos límites el marco constitucional y el bloque de la legalidad. De allí precisamente que el artículo 5, numeral 12 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia especifique que se trata de “los lineamientos generales esenciales para su corrección, sin que ello implique usurpación de funciones de otro órgano del Poder Público, o extralimitación de atribuciones”, de manera que el legislador exige medida del Juez constitucional al establecer tales indicaciones al órgano condenado por omisión.

En abundancia, creemos que el juez constitucional no podría señalar cuál es el contenido específico de la ley que ha de dictarse pues la obligación legislativa no incluye que la ley tenga un contenido específico, sino únicamente que la misma se promulgue y que respete unos lineamientos constitucionales mínimos. Por tanto, si el juez constitucional determinara completamente el contenido de la ley que ha de dictarse, violaría el principio de separación de poderes, pues invadiría el reducto de discrecionalidad que corresponde al legislador en relación con el contenido de la Ley a dictar. Violación del principio de separación de poderes que, cabe aclarar, no implica una negación por nuestra parte de la posibilidad misma de controlar las omisiones legislativas, es decir, que la invasión de un poder sobre otro no derivaría, en modo alguno, del hecho en sí de que el juez controle las omisiones del legislador; por el contrario, tal invasión se produciría si ese control fuera más allá de la determinación y condena de las pasividades legislativas y se adentrara incluso en el contenido y términos de la ley a dictarse, pues se insiste, tales aspectos, propios del arbitrio legislativo, no son parte de la obligación incumplida¹⁴.

Asimismo, ha de señalarse que la jurisdicción normativa que para otros asuntos la Sala Constitucional ha entendido puede ejercer conforme a los artículos 335 y 336 de la Constitución de 1999, y a la cual nos referíamos anteriormente, no puede, en modo alguno, facultarla para que se sustituya en el contenido de la Ley a ser dictada, más allá de los solos “lineamientos para su corrección”. En este sentido, y tal como ha señalado Mario Pesci-Feltri, “... ‘Fijar los lineamientos de la corrección’ significa señalar cuáles son los principios constitucionales que el órgano debe tomar en cuenta para dictar las normas o medidas indispensables que garantizan la aplicación de la Constitución, pero, en ningún caso, bajo pretexto alguno, puede la Sala substituirse al órgano competente para dictar las normas jurídicas correspondientes”¹⁵.

El criterio mantenido por nuestra jurisprudencia constitucional se ha inclinado por esta postura de restricción de los lineamientos que la sentencia puede establecer al órgano del Poder Público condenado. Así, en las pocas decisiones de la jurisprudencia en las que se ha declarado la inconstitucionalidad de una omisión (sentencias de 4 de agosto de 2003, de 6 de

14. *Vid.* En este sentido las consideraciones de Casal H., Jesús María, “La protección de la Constitución frente a las omisiones legislativas”, A.A.V.V. *Bases y Principios del Derecho Constitucional Venezolano*, Tomo I, *cit.*, pp. 382 y ss.

15. Pesci-Feltri, Mario, “La jurisdicción normativa y los artículos 335 y 336 de la Constitución”, *cit.*, p. 1042.

noviembre de 2003, de 15 de junio de 2004 y de 2 de marzo de 2005), la Sala Constitucional se ha limitado a declarar la inconstitucionalidad de la mora legislativa y a ordenar el cumplimiento de la obligación en un plazo determinado por la propia sentencia; asimismo, ha establecido como “lineamientos generales de la corrección” la referencia a las normas constitucionales que el legislador debe observar¹⁶.

Especialmente relevante en este sentido es la decisión de 15 de junio de 2004 (caso *FENATRIADE*), en la que la Sala Constitucional se refirió expresamente al alcance que han de tener tales *lineamientos* generales:

“Detectada la existencia de la omisión inconstitucional del Poder Legislativo Nacional (...)debe esta Sala corregir dicha inconstitucionalidad legislativa, a través del establecimiento de los lineamientos correctivos necesarios para evitar que tal conducta negativa del Órgano Legislativo Nacional se mantenga, en perjuicio de la eficacia de la Constitución y del goce y disfrute efectivo por los trabajadores del derecho protegido por el artículo 92 constitucional, *lineamientos que en modo alguno pueden consistir en la indicación expresa de principios, normas o criterios técnicos compatibles con la Constitución vigente que deben ser obligatoriamente acogidos por el legislador nacional, no sólo porque dicha indicación con pretensión vinculante constituiría un desconocimiento del principio de técnica fundamental que es el principio de división en ramas del Poder Público -que atiende tanto a la necesidad de distribuir el Poder para evitar la arbitrariedad como a la atribución de funciones a órganos especializados por materias en el acto o actividad a desarrollar- al disminuir la libertad de opciones políticas y económicas que puede considerar la Asamblea Nacional al momento de establecer conforme a la Constitución el nuevo régimen del derecho a prestaciones sociales, sino también porque el mismo podría implicar un pronunciamiento previo acerca del tipo de régimen legal especial que resultaría compatible con la Constitución vigente, afectando con ello la imparcialidad de la Sala al momento de ejercer el control a posteriori de la legislación laboral que sea aprobada en definitiva, de ser requerido dicho control*” (Destacado nuestro).

De manera que, en lo que se refiere al contenido de la sentencia de inconstitucionalidad por omisión, la Sala no ha ejercido su jurisdicción normativa, sino que se ha limitado a señalar los lineamientos generales al legislador.

Por último, las sentencias mediante las cuales se declare la inconstitucionalidad de una determinada omisión legislativa tendrán efectos *erga omnes*. Así se estableció en decisión de 28 de agosto de 2004 (caso *Democracia Renovadora*) en la cual se demandó la inconstitucionalidad de una omisión de la Asamblea Nacional que ya había sido resuelta y condenada por la Sala y por tanto se declaró inadmisibile la demanda pues aquella decisión tuvo alcance *erga omnes* y carácter de cosa juzgada material.

5. Ejecución de la sentencia

Para finalizar, hemos de referirnos al punto nodal del control procesal de las inactividades legislativas: la ejecución y efectivo cumplimiento de la sentencia.

En el Derecho procesal es principio general que hasta tanto no se ejecute lo ordenado en la sentencia de condena, no se verá satisfecha la pretensión procesal, pues ella apareja una actuación posterior –de hacer, no hacer o dar- por parte del condenado. El tema es, ciertamente, de primer orden, pues la ausencia de garantía de la ejecución del fallo equivaldría,

16. En la referida sentencia de 6 de noviembre de 2003 la Sala Constitucional estableció: se “*declara la inconstitucionalidad de la omisión de la Asamblea Nacional, por no haber dictado, dentro del plazo fijado por el constituyente de 1999, una ley sobre régimen municipal y, en consecuencia, ORDENA a la Asamblea Nacional que, dentro de un plazo máximo de tres (3) meses a partir de la notificación que se le haga del presente fallo, prepare, discuta y sancione una ley sobre régimen municipal que se adapte a las previsiones del Capítulo IV del IV de la Constitución*”.

como ha afirmado la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español, a “...convertir las decisiones judiciales y el reconocimiento de los derechos que ellas comportan en meras declaraciones de intenciones...”¹⁷.

El principio de separación de poderes que, dijimos ya, surge como límite fundamental al contenido y alcance de la sentencia que declara la inconstitucionalidad de la omisión, se traslada también como límite al momento de la ejecución del fallo.

No puede ejecutarse nada más allá de los términos precisos del contenido del fallo, por lo que si el contenido de éste es limitado también lo ha de ser su ejecución. Es éste el principio de congruencia ejecutiva que postula la teoría general del proceso.

Ante la falta de ejecución voluntaria de cualquier sentencia de condena, el modo idóneo y natural para su ejecución forzosa es la *sustitución ejecutiva*, mediante la cual el juez procede –por sí mismo o a través de medios de colaboración- a la realización de la actuación debida, en lugar –y a costas- del sujeto condenado que no ha cumplido sus obligaciones. Ahora bien, la procedencia de esta ejecución por sustitución dependerá de la naturaleza y contenido de la prestación o actuación objeto de la condena a ejecutar. En el caso que nos ocupa –la inactividad legislativa- la obligación se refiere siempre a una actuación de hacer: la sanción y promulgación de una Ley, el ejercicio de una actuación de control, la designación de determinadas autoridades, entre otras, que se cumplen a través de actos jurídicos concretos y formales.

Pero ya antes decíamos que si bien la obligación legislativa puede ser concreta en el cuándo –oportunidad- de su cumplimiento, en el cómo –o modo- de cumplimiento es eminentemente discrecional, pues el órgano legislativo es el único con legitimidad para determinar el contenido de la ley que va a dictar. Se trata pues, aplicando *mutatis mutandis* la terminología *ius civilista* a estas lides constitucionales, de obligaciones personalísimas, que son aquellas en las que *la cualidad personal del deudor se hubiese tenido en cuenta al establecer la obligación y, en consecuencia, para su satisfacción al acreedor no le resulte indiferente la persona que la realice*, es decir, no es fungible o sustituible la actuación del deudor por la de un tercero o por la del propio juez.

Evidentemente, puede que para el demandante sea indiferente si la ley que ha de sancionarse es dictada por el órgano legislativo o por el juez, pero no así para la legalidad y la distribución constitucional del Poder Público, y de allí que es el Poder Legislativo –como representante directo de la soberanía popular- el que debe cumplir con la potestad legislativa y el que cuenta no sólo con los medios jurídicos, sino además con los medios técnicos y materiales para ello.

Por tanto, sostenemos que en caso de mora legislativa frente a la orden de ejecución voluntaria que dicte el juez constitucional, no será posible, en modo alguno, la ejecución forzosa de manera sustitutiva, es decir, que *no podrá el juez sustituirse plenamente en el Poder legislativo y dictar por sí mismo la Ley ordenada*, y no podrá hacerlo, se insiste, porque la sentencia de condena debió limitarse a establecer *ciertos señalamientos*, lo que no abarca el contenido absoluto y preciso de esa obligación y en consecuencia, la ejecución habrá de limitarse al contenido de esa sentencia marco o, si se quiere, genérica.

La imposibilidad del juez de sustituirse en la función legislativa, ha sido también la postura de nuestra jurisprudencia constitucional en sus más recientes decisiones. En concreto, mediante sentencia de 31 de mayo de 2004 (caso *Ley Orgánica del Poder Municipal II*) la Sala Constitucional constató la falta de cumplimiento voluntario, por parte de la Asamblea

17. Sentencia de 5 de abril de 2001 (Art. 3030).

Nacional, de la sentencia de 6 de noviembre de 2003, antes referida, que declaraba la inconstitucionalidad de la omisión de dicho órgano legislativo al no dictar oportunamente la Ley que regule el régimen municipal, y en consecuencia otorgaba un plazo de 3 meses para que la Asamblea Nacional procediera a dar fin a su inactividad. Ante la falta de oportuna ejecución voluntaria de dicho fallo, la comentada sentencia de 31 de mayo de 2004 planteó el tema de cuál es el alcance de las potestades del juez constitucional en fase de ejecución, en el marco de las demandas de inconstitucionalidad por omisión, y en ese sentido la Sala Constitucional concluyó que:

“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. Si 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. (...)*

Ha dejado claramente establecido la Sala que no puede dictar (por sí misma) una sentencia que sustituya la ley sobre régimen municipal, pero que sí puede resolver el caso concreto adoptando las reglas que sean necesarias. En este caso, no es posible permitir que la inactividad del legislador se convierta en impedimento para el ejercicio de los poderes que constitucionalmente tienen atribuidos los otros órganos estatales” (Destacado nuestro).

De manera que la Sala Constitucional –al menos cuando se trata del control de la omisiones en el ejercicio de la función propiamente legislativa- ha asumido la postura que sostiene la doctrina en general: la imposibilidad fáctica y jurídica de la plena sustitución del juez en fase de ejecución de las sentencias que ordenen el dictado de una ley, esto es, la imposibilidad de que el juez constitucional se sustituya en el legislador y dicte, él mismo, la Ley.

Ante tal imposibilidad, la única vía posible de ejecución forzosa es *la ejecución indirecta no sustitutiva* a través de la imposición de medidas coercitivas de cumplimiento, las cuales son aquellas que actúan sobre la voluntad del ejecutado, persuadiéndolo para que realice la prestación a la que está obligado. En concreto, creemos que en el caso de las omisiones legislativas lo que procedería es la imposición de multas pecuniarias o “*astreintes*”, comunes en el proceso civil y en ciertos casos en el Derecho procesal administrativo comparado¹⁸. Multas coercitivas y reiteradas a las autoridades u órganos obligados, dirigidas a lograr la efectividad de lo mandado, esto es, dirigidas a persuadirlos para que den cumplimiento en especie a la conducta ordenada. Evidentemente, se trata de medidas que tienen una eficacia bastante limitada, pues se restringen a ser medidas amistosas o indirectas, de persuasión, por lo que la ejecución definitiva sigue dependiendo del condenado reticente y no del juez.

En nuestro ordenamiento jurídico la imposición de tales sanciones es parcialmente procedente, de conformidad con la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Así, el artículo 23, numeral 2 de dicha Ley establece: “*El Tribunal Supremo de Justicia san-*

18. Sobre el alcance de la figura del *astreinte* en Francia, *vid.* también Chapus, René, *Droit administratif général*, Tomo I, 14ª edición, Montchrestien, París, 2000, pp. 804 y ss. En Alemania *vid.* González-Varas Ibáñez, Santiago, *La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 318 y ss. y Sommerman, Karl Peter, “La Justicia Administrativa Alemana”, en *La Justicia Administrativa en el Derecho Comparado*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 113-114.

*cionará con multa que oscilará entre el equivalente de mil unidades tributarias (1.000 U.T.) a tres mil unidades tributarias (3.000 U.T.), a los funcionarios de los órganos del Poder Público que, estando obligados a hacerlo, no acataren sus órdenes ni le suministraren oportunamente las informaciones, datos o expedientes que solicitare de ellos, sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar*¹⁹.

Sin perjuicio del elevado monto de la sanción, se trata de medidas de coerción insuficientes, desde que no se trata de la imposición de multas reiteradas dirigidas a lograr el cumplimiento voluntario, sino que se traducen en una única sanción a fin de castigar el incumplimiento. De manera que es tarea pendiente de la futura Ley reguladora de la jurisdicción constitucional la previsión de medios idóneos para lograr la ejecución forzosa –no sustitutiva– del fallo que condene al ejercicio de potestades legislativas o de rango de ley.

Asimismo, y tal como se ha previsto en algunos ejemplos del Derecho Comparado, el juez constitucional podría, en vía de ejecución forzosa, tomar ciertas medidas *puntuales* que de manera si se quiere tangencial, solventen *provisionalmente* la falta de efectividad de la norma constitucional causada por la pasividad legislativa²⁰. Conviene entonces analizar si ello también es posible en el marco de la justicia constitucional venezolana.

La doctrina se ha pronunciado favorablemente en este sentido. Así, señala Casal H. que en ausencia de ejecución voluntaria de la sentencia que ordene el ejercicio de la función legislativa, la Sala Constitucional podría “*establecer criterios jurídicos para la inmediata aplicación judicial de la norma constitucional afectada por el silencio legislativo, cuando el silencio legislativo conspira de alguna forma contra su plena eficacia y la naturaleza de la norma constitucional lo permita*”, no obstante, advierte el autor que “*estos criterios sólo serían aceptables cuando se originen en métodos jurídicos de interpretación e integración, por lo que la Sala Constitucional no estaría autorizada para legislar con carácter provisional*”²¹.

La posibilidad de dictar medidas provisionales y concretas frente al incumplimiento del órgano legislativo, también ha sido reconocida por nuestra jurisprudencia, concretamente, en la referida decisión de 31 de mayo de 2004, antes comentada. Ante la falta de ejecución voluntaria, aparte de las vías indirectas no sustitutivas (multas) antes referidas y de la responsabilidad patrimonial del funcionario, lo que el juez constitucional podría, según nuestra jurisprudencia, es tomar ciertas medidas que “*resuelvan el caso concreto adoptando las reglas que sean necesarias*”. A manera de ejemplo, en la mencionada sentencia se 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*”.

19. Sobre la virtualidad de estas medidas, a la luz de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, como modo de ejecución de las sentencias de hacer, *vid.* Brewer-Carías, Allan, “Contencioso Administrativo”, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Tomo II, 3ª edición, Editorial Jurídica Venezolana y Universidad Católica del Táchira, Caracas-San Cristóbal, 1997, p. 303.

20. Nos referimos así a la Constitución de la Provincia de Río Negro (Argentina), en la que se faculta al juez que conozca de demandas de inconstitucionalidad por omisión para que, en caso de incumplimiento de la sentencia que ordene legislar, *integre el orden normativo en el caso concreto*, a través de medidas específicas, pudiendo además acordar una indemnización a favor del sujeto lesionado por la inactividad legislativa.

21. Casal H., Jesús María, “La protección de la Constitución frente a las omisiones legislativas”, A.A.V.V. *Bases y Principios del Derecho Constitucional Venezolano*, Tomo I, *cit.*, p. 455. *Vid.* también las consideraciones de Escudero León, Margarita, “Declaratoria Judicial de inconstitucionalidad por omisión legislativa”, A.A.V.V. *Bases y Principios del Derecho Constitucional Venezolano*, Tomo II, *cit.*, pp. 223 y ss.

Otro reciente ejemplo en este sentido lo constituye la sentencia de 2 de marzo de 2005, antes comentada, en la cual la Sala Constitucional declaró la omisión legislativa de la Asamblea Nacional al no haber dictado, dentro de un plazo razonable, la ley especial que regule el Régimen Prestacional de Empleo. En esa oportunidad se acordó además, y hasta tanto la Asamblea Nacional solviente la omisión legislativa, la siguiente medida provisional:

“...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 n° 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”.

Asimismo, apuntó la Sala en esa decisión que la medida preventiva acordada “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”, no sin dejar de advertir que “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*)”, antes citada.

De manera que para evitar mayores perjuicios al efectivo ejercicio del derecho fundamental a la seguridad social, y para solventar provisionalmente el vacío legislativo en materia de régimen prestacional de empleo, la Sala Constitucional optó por la suspensión provisional del artículo 138 de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social, que contiene la Disposición Derogatoria del Decreto con Rango y Fuerza de Ley que Regula el Subsistema de Paro Forzoso y Capacitación Laboral, lo que implicó de suyo la reposición de la vigencia de dicho texto normativo derogado para que rijan interinamente el beneficio del paro forzoso –ahora régimen prestacional de empleo–, hasta que cese la mora legislativa.

Nótese que en ese reciente precedente, la Sala Constitucional fundamentó la medida provisional en el artículo 19, párrafo 11 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, que le permite acordar medidas innominadas *en todo estado y grado del proceso* para asegurar la eficacia del fallo definitivo, medidas que pueden acordarse incluso en fase de ejecución.

La procedencia de medidas provisionales hasta tanto el órgano condenado a legislar cumpla su obligación, ha sido también el criterio sostenido por el juez constitucional venezolano respecto del control de otras modalidades de omisiones del Poder Legislativo. En concreto, ante el incumplimiento voluntario de la decisión de la Sala Constitucional de 4 de agosto de 2003 (caso *Consejo Nacional Electoral*), antes referida, mediante la cual se declaró la omisión de la Asamblea Nacional por “la falta de nombramiento de todos los rectores electorales y suplentes”, dicha Sala, en decisión de 25 de agosto de 2004, procedió a sustituirse en el órgano legislativo y a nombrar “provisionalmente” los referidos funcionarios públicos.

Según ya señalábamos, la inactividad de la Asamblea Nacional tenía, en este caso, naturaleza distinta a la ausencia del ejercicio de la potestad propiamente legislativa, pues se trataba del nombramiento de los rectores de un órgano del Poder Público, como lo es el Consejo Nacional Electoral, lo que, *prima facie*, salva al menos la imposibilidad fáctica que subyace en el caso de que el juez pretenda dictar una Ley.

IV. REFLEXIÓN FINAL

Para finalizar, una última y breve reflexión acerca de la operatividad práctica de esta demanda autónoma de inconstitucionalidad por omisión. Un estudio de campo de nuestra jurisprudencia constitucional nos lleva a observar que sólo se han decidido en la definitiva cuatro de las demandas de inconstitucionalidad por omisión que se han intentado desde la vigencia de la Constitución de 1999, mientras que el resto de éstas continúan sustanciándose o pendientes de decisión, algunas incluso desde el año 2002. Es evidente que la tramitación procedimental que se ha otorgado a estas demandas no es cónsona con el principio de efectividad de la tutela judicial, como tampoco lo es, en muchos de los casos respecto de los juicios de nulidad de leyes. Por lo general, el control judicial de las inactividades requiere un mínimo de celeridad, más aún si lo que se busca con la definitiva es que se subsane la omisión.

Esta situación de ineficacia procedimental no resulta un problema teórico, por el contrario, en la práctica es fundamental, pues como ha señalado Casal H., la reciente vigencia del Texto Constitucional de 1999 plantea el “*problema de la adaptación de la legislación anterior a los nuevos dictados constitucionales y la manera de dar operatividad al nuevo Texto hasta que el legislador actúe*”²².

Queda pendiente, entonces, por parte del legislador nacional el deber de dictar la Ley Orgánica de la Jurisdicción Constitucional –deber que, paradójicamente, ha sido omitido–, la cual habrá de ordenar los medios de control de las pasividades legislativas y habrá de regular de manera óptima el tratamiento procesal de esta materia.

22. Casal H., Jesús María, “La protección de la Constitución frente a las omisiones legislativas”, A.A.V.V. *Bases y Principios del Derecho Constitucional Venezolano*, Tomo I, *cit.*, p. 370.