

Jesús M. Casal H. (Venezuela) *

La protección de la Constitución frente a las omisiones legislativas

I. Introducción

Encontrándonos en la etapa fundacional del modelo de justicia constitucional contemplado en la Constitución venezolana de 1999, es fundamental estudiar las nuevas instituciones jurídicas que en este ámbito han sido introducidas, entre las cuales sobresale la figura de la declaratoria de la inconstitucionalidad de las omisiones legislativas prevista en el numeral 7 del artículo 336 de la Carta Magna. Ésta ostenta una especial importancia práctica en la actualidad, dada, entre otras razones, la instauración de una Constitución no siempre coincidente en sus contenidos con la anterior, lo cual impone la necesidad de adecuar la legislación al reciente marco constitucional.

Dicha figura es, en parte, objeto de este trabajo. Su adecuado tratamiento obliga, no obstante, a detenerse en el análisis del concepto de omisión legislativa o de inconstitucionalidad por omisión, rodeado de grandes discrepancias doctrinales, como categoría de la teoría del control de la constitucionalidad, originada en el marco de los instrumentos tradicionales de la jurisdicción constitucional y en el seno de ordenamientos que carecen de una específica acción de inconstitucionalidad por omisión, como Alemania e Italia. Ello exigirá también la consideración de las principales objeciones formuladas contra la admisión del control judicial de las omisiones legislativas.

Asimismo, es preciso situar la facultad contemplada en el numeral 7 del artículo 336 de la Constitución en el contexto general de la protección de la Constitución frente a las omisiones legislativas, lo cual permite, por un lado, reconocer la función específica que aquélla ha de desempeñar en el sistema de justicia constitucional, del

* Decano y Profesor de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello. Doctor en Derecho. Vicepresidente de la Asociación Venezolana de Derecho Constitucional y miembro de la Comisión Andina de Juristas.

cual no es más que un elemento y, por otro lado, captar la diversidad de instrumentos judiciales que pueden ser empleados, y de hecho lo han sido, en Venezuela o en otros ordenamientos para remediar las inconstitucionalidades derivadas de la pasividad del legislador.

Este enfoque lo consideramos esencial, pues de lo contrario se desconocería la amplitud de nuestro sistema de justicia constitucional, pudiendo formarse la idea errónea de que la acción que cabe deducir del numeral 7 del artículo 336 es la única vía judicial por la cual es posible combatir las omisiones legislativas o sus efectos.

Igualmente, una visión de conjunto de las omisiones del legislador que pueden traducirse en inconstitucionalidad, y de los remedios judiciales correlativos, además de facilitar la comprensión de la facultad atribuida a la Sala Constitucional por dicho precepto, puede estimular la activación de mecanismos tradicionales de la justicia constitucional que están llamados a cumplir una función capital en el control de constitucionalidad de las omisiones legislativas, tal como lo enseña la experiencia comparada.

Esta aproximación a la problemática jurídica planteada por el control judicial de las omisiones legislativas conduce a apreciar la riqueza de los esfuerzos realizados en distintos ordenamientos para asegurar la vigencia de la Constitución a pesar de la inactividad censurable del legislador, los cuales no consisten o no se agotan en una particular acción de inconstitucionalidad por omisión, que, sin perjuicio de su importancia, es sólo una manifestación específica, y de formación más reciente, de las soluciones aportadas para articular dicho control.

De este modo, se pretende contribuir al estudio de la facultad establecida en el numeral 7 del artículo 336, a la vez que se procura evidenciar la relevante función que instrumentos ya existentes en nuestro ordenamiento pueden desempeñar para asegurar la primacía y la fuerza normativa de la Constitución frente a las omisiones del legislador, el cual no es, en forma alguna y en ningún caso, dueño de la Constitución ni artífice de su normatividad y fuerza jurídica. La garantía de la supremacía y de la fuerza normativa de la Constitución obliga a afinar el instrumental jurídico apto para arrostrar las inconstitucionalidades originadas en la pasividad del legislador, tanto como es preciso hacerlo para combatir sus actos contrarios a la Carta Fundamental.

Conviene asimismo observar que la transición entre Constituciones, en el mejor sentido de la expresión, plantea no sólo el problema de la adaptación de la legislación anterior a los nuevos dictados constitucionales, sino también el de la manera de dar operatividad al Texto naciente hasta que el legislador actúe.

A partir de estas ideas, intentaremos poner de relieve las principales omisiones legislativas que comportan o pueden traducirse en una vulneración de la Constitución, así como los principales remedios judiciales que ofrece el ordenamiento jurídico venezolano o el Derecho comparado para afrontar esas omisiones. Dejamos de lado los posibles medios no judiciales de defensa de la Carta Magna ante omisiones legislativas, tales como la intervención de la Defensoría del Pueblo, que puede desempeñar

una relevante función mediante la exigencia del cumplimiento de los mandatos normativos vinculados a los derechos constitucionales, así como abogando por la satisfacción de pretensiones individuales o colectivas relacionadas con derechos constitucionales que reclaman un desarrollo legislativo aún no realizado.

El análisis de la temática esbozada conduce inevitablemente a abordar cuestiones capitales de la teoría de la Constitución y del control de la constitucionalidad, que alcanzan toda su agudeza cuando se examinan las distintas aristas jurídicas de las omisiones legislativas. Así, el estudio de las soluciones judiciales idóneas para remediar tales omisiones replantea la problemática sobre las posibles distinciones entre normas constitucionales, en lo que a su operatividad respecta, además de colocar en un primer plano las tensiones entre la jurisdicción constitucional y el legislador —en este caso silente—, así como entre la labor de interpretación y aplicación de la Constitución propia de todos los jueces, que en ocasiones los lleva a colmar lagunas derivadas de los silencios del legislador, y la función de libre configuración normativa del Parlamento. Los principios medulares del Estado democrático de Derecho entran en juego, por tanto, en el tratamiento del tema escogido, obligando a compatibilizar la exigencia de vigencia plena e inmediata de la Constitución con el necesario respeto del reparto constitucional de las funciones públicas que este tipo de Estado presupone.

II. Los obstáculos para la aceptación del control judicial de las omisiones legislativas y la tendencia a su superación

1. Consideraciones previas

No es nueva en la doctrina constitucional la preocupación por las violaciones a la Constitución que pueden derivarse de la inactividad del legislador en relación con un mandato constitucional de legislar. A ello se refirieron Jellinek y Kelsen, y a partir de allí varios autores.¹ La conciencia sobre la vulnerabilidad de la Norma Suprema por omisiones legislativas no es, pues, exclusiva de la doctrina contemporánea.

El tema ha cobrado, sin embargo, especial relevancia al hilo del constitucionalismo social, así como en virtud del robustecimiento de los mecanismos de control judicial de la constitucionalidad de las leyes. 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 han estimulado la reflexión sobre el modo de articular el control judicial de su cumplimiento. Asimismo, el fortalecimiento de la justicia constitucional, que ha ido ocupando progresivamente mayores espacios en el control de la inconstitucionalidad legislativa, ha puesto de

¹ Cf. Ignacio Villaverde Menéndez, *La inconstitucionalidad por omisión*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, pp. 23 y ss.

relieve la necesidad de examinar y combatir desde una óptica jurídica la inactividad del legislador que lleve aparejada una vulneración de la Constitución.

La novedad y, al mismo tiempo, la polémica vinculada a la inconstitucionalidad por omisiones legislativas (o inconstitucionalidad por omisión sin más) se origina básicamente en la determinación de las respuestas jurídicas que tal pasividad del legislador merece. Para algunos, la inactividad del legislador, particularmente la de carácter absoluto, ha de tener una lectura básicamente política, por lo que deben ser políticas las vías empleadas para superarla.² Otros, sin negar la virtualidad jurídica de dichas omisiones, han dudado de la viabilidad, en términos prácticos, de su control jurídico.³

A continuación nos referiremos a los principales obstáculos dogmáticos o prácticos que han sido invocados para rechazar el control judicial de las omisiones legislativas y pondremos de manifiesto su debilidad o inconsistencia, concluyendo con una advertencia sobre los riesgos que ahora se ciernen sobre ese control, en un contexto más propicio a su desarrollo.

Conviene aclarar que al examinar estas objeciones doctrinales debe distinguirse entre aquellas referidas al control judicial de las omisiones legislativas y las que se circunscriben a una modalidad específica, poco extendida en el Derecho Comparado, de ese control, como lo es la acción directa de inconstitucionalidad por omisión, que ahora encuentra respaldo en nuestra Constitución (artículo 336, numeral 7). La aclaratoria resulta pertinente, pues en ocasiones se confunden las objeciones al control judicial de las omisiones legislativas con las referidas a la existencia en un ordenamiento de una acción directa de inconstitucionalidad por omisión. Una cosa es sostener, por ejemplo, que las cortes o tribunales constitucionales invaden la competencia constitucional del legislador cuando extienden a un sector omitido por la ley un beneficio contemplado en ella, con fundamento en el principio de igualdad, y otra muy distinta es afirmar que no corresponde a los órganos judiciales valorar, a través de un medio constitucional específico, la oportunidad adecuada para la aprobación de leyes relacionadas con preceptos que algunos siguen calificando como programáticos.

La incidencia de ambas formas de control judicial en las relaciones entre la jurisdicción constitucional y el legislador no es necesariamente igual, además. En un sistema en el que el máximo órgano de la justicia constitucional, al conocer de la acción directa de inconstitucionalidad por omisión, sólo pueda “declarar” la existencia de una omisión legislativa contraria a la Constitución, como sucede en el Derecho portugués, sin estar facultado para integrar la laguna jurídica que haya podido observar ni para impo-

² Cf. la posición de Georg Jellinek, reseñada por Villaverde, op. cit., pp. 25 y ss.; cf. igualmente Manoel Ferreira Filho, “Uma Falácia: a inconstitucionalidade por omissão”, en *O Estado de São Paulo*, 25 de junio de 1987, p. 32; citado por Francisco Fernández Segado, “La inconstitucionalidad por omisión: ¿cauce de tutela de los derechos de naturaleza socioeconómica?”, en Víctor Bazán (coord.), *Inconstitucionalidad por omisión*, Temis, Bogotá, 1997, p. 13.

³ Véase Hans Kelsen, *Teoría general del Derecho y del Estado*, UNAM, México, 1979, p. 310.

ner plazos o lineamientos para la corrección de la inconstitucionalidad, la repercusión del control judicial sobre la esfera de actuación del legislador será menor que la que puede originarse en una sentencia “aditiva”, dictada en el marco de procesos tradicionales de inconstitucionalidad, por la cual se extienda una disposición legal a supuestos no comprendidos en su texto. Luego volveremos sobre algunos de estos asuntos.

2. *Las dificultades de implementación y los condicionamientos socioeconómicos*

Un primer grupo de argumentos contrarios al control judicial de las omisiones legislativas resalta la imposibilidad o dificultad de articular dicho control en lo que concierne a la capacidad para dobligar una eventual renuencia del legislador a regular alguna materia o a las restricciones económicas que pueden hacer inviables ciertas “promesas” constitucionales.

Ya en los inicios del sistema concentrado de control de la constitucionalidad, Kelsen observó:

Hay una notable diferencia técnica entre los preceptos de la Constitución que prohíben cierto contenido y los que prescriben un determinado contenido en relación con leyes futuras. Por regla general, los primeros tienen efectos jurídicos, no así los segundos. Si el órgano legislativo expide una ley cuyos contenidos están prohibidos por la Constitución, se producen todas las consecuencias que de acuerdo con la Constitución van enlazadas a una ley inconstitucional. Sin embargo, si el órgano legislativo deja simplemente de expedir la ley prescrita por la Constitución, resulta prácticamente imposible enlazar a esa omisión consecuencias jurídicas.⁴

Ciertamente, la declaratoria de la inconstitucionalidad de una ley puede implicar su inmediata anulación y, con ello, su expulsión del ordenamiento jurídico, mientras que la remoción de una omisión del legislador es más compleja, sobre todo si se trata de una omisión absoluta. Conviene, no obstante, diferenciar entre las variadas hipótesis posibles para evidenciar lo relativo de la objeción mencionada.

Las omisiones relativas o parciales del legislador a veces son reparadas mediante instrumentos tradicionales del control de la constitucionalidad de las leyes, como ocurre cuando se suprime del precepto legal impugnado un término o frase que atribuía a cierta categoría de personas un beneficio, para hacerlo extensible a otros sujetos. Así, el Tribunal Constitucional español suprimió la expresión “la viuda” de un precepto de la legislación de seguridad social, para que los viudos también pudieran disfrutar, en las condiciones legalmente establecidas, de la pensión allí contemplada.⁵

⁴ *Ibidem*.

⁵ STC 103/1983; al respecto Véase Javier Jiménez Campo, “La declaración de inconstitucionalidad de la ley”, en Francisco Rubio Llorente y Javier Jiménez Campo, *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, p. 125.

En otros supuestos, ante una omisión relativa o parcial, los tribunales constitucionales se han aventurado a extender mediante su sentencia a la categoría de sujetos o a los casos no previstos por la ley el beneficio o regulación legal, como después exponaremos. Esta clase de sentencias puede ser cuestionada desde el punto de vista de su peligrosa penetración en la esfera funcional del legislador, pero no cabe duda alguna sobre su efectividad.

Si la omisión relativa o parcial se quiere reparar a través de una sentencia simplemente declarativa de la inconstitucionalidad, sumada a algunas exhortaciones al legislador sobre el tiempo y el modo en que tal reparación debe producirse, la efectividad del fallo es menor, pero no nula, pues a menudo esta clase de sentencias supone una oportunidad dada al órgano legislativo para la corrección de la inconstitucionalidad, antes de que sea planteado nuevamente el asunto, caso en el cual el tribunal podría dictar, esta vez sí, un fallo anulatorio.

El problema de la posible ineficacia o inviabilidad del control de constitucionalidad de los silencios legislativos se contrae, pues, básicamente, a la corrección de las omisiones absolutas mediante acción judicial directa (control abstracto). Es cierto que a través de este instrumento procesal es más difícil remediar la inconstitucionalidad legislativa (pasiva). El reconocimiento judicial de la existencia de un mandato constitucional de legislar inobservado, con valor meramente declarativo, como acontece con la acción de inconstitucionalidad por omisión en el Derecho portugués,⁶ o la inclusión en la sentencia de una orden de legislar dirigida al Parlamento, como algunos entienden posible en el Derecho brasileño,⁷ no garantizan la aprobación de la ley requerida por la Constitución.

Pero la relativa eficacia de los pronunciamientos judiciales respectivos no es argumento suficiente para descartar su valor e importancia jurídica. Conviene recordar que la sola declaración judicial de la inconstitucionalidad de una acción u omisión del legislador representa una consecuencia jurídica que no debe ser despreciada. Así lo han demostrado la doctrina y la praxis constitucional comparada en lo relativo a las sentencias simplemente declarativas de la inconstitucionalidad de un precepto legal (no anulatorias): “Al juez de la ley cabrá sólo pedirle en muchos casos, y así será bastante, que constate el vicio denunciado y lo declare, rompiendo así la presunción de constitucionalidad de la ley. Tal es el contenido mínimo y esencial de su tarea”.⁸ Algo similar ocurre en relación con el control abstracto de constitucionalidad de las omisiones absolutas del legislador, pues, ante la imposibilidad de anular el silencio del legislador, puede emitirse una declaración judicial de inconstitucionalidad de la

⁶ Cf. José Julio Fernández Rodríguez, *La inconstitucionalidad por omisión*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 263-264.

⁷ *Ibidem*, pp. 286-287.

⁸ Jiménez Campo, *op. cit.*, p. 114.

omisión legislativa, cuya consecuencia natural será la adopción de la ley correspondiente por el órgano legislativo moroso.

Al margen del control abstracto de constitucionalidad, la solución explorada por el Derecho argentino, en la provincia de Río Negro, al regular la acción directa de inconstitucionalidad por omisión, consistente en facultar al Superior Tribunal de Justicia para integrar el orden normativo en el caso concreto, si la orden o intimación judicial de legislar no es atendida en el plazo fijado, e incluso para imponer una reparación indemnizatoria cuando la integración normativa no sea posible,⁹ así como la previsión de la Constitución de Brasil que faculta a ciertos tribunales para proteger mediante amparo (*mandado de injunção*) a quienes sufran lesiones en sus derechos constitucionales u otras garantías, a causa de la ausencia de las normas de desarrollo necesarias,¹⁰ demuestran, además, que es posible establecer mecanismos jurídicos que aseguren una eficacia nada desdeñable en el control judicial de las omisiones legislativas.

En particular, la aplicación directa de la Constitución por los tribunales en casos concretos, admitida de manera general en los ordenamientos constitucionales en relación con las normas que ostenten total o parcialmente carácter autoaplicativo, a la que después nos referiremos, abre grandes posibilidades de protección judicial de la Constitución ante omisiones legislativas relativas o absolutas.

El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas alcanzaría su mayor eficacia si la máxima instancia de la justicia constitucional estuviera facultada para establecer, con efectos *erga omnes* aunque con carácter transitorio, la regulación imprescindible para dar operatividad al precepto constitucional no desarrollado legislativamente. Esta posibilidad, aunque propugnada por algunos autores,¹¹ tiende a ser descartada por la doctrina¹² y no ha sido admitida en la legislación comparada relativa a la jurisdicción constitucional, por lo que la dejamos momentáneamente de lado. Luego veremos, sin embargo, que en ocasiones la jurisprudencia constitucional, al toparse con una omisión legislativa, ha procedido a integrar el orden normativo hasta que el legislador intervenga —entre nosotros últimamente bajo la denominación de *jurisdicción normativa*—, lo cual, dentro de los estrechos límites que más adelante intentaremos esbozar, resulta aceptable.

En otro orden de ideas, antes apuntábamos que se ha puesto en duda la viabilidad del control de constitucionalidad de las omisiones legislativas en consideración a las restricciones económicas que con frecuencia impiden desarrollar mandatos cons-

⁹ Véase Néstor Pedro Sagüés, “La acción de inconstitucionalidad por omisión en la Constitución de la Provincia de Río Negro”, en Bazán, op. cit., pp. 109 y ss.

¹⁰ Véase Fernández Rodríguez, op. cit., p. 288 y ss.

¹¹ Cf. Jose Da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, Malheiros, San Pablo, 1992, p. 49, citado por Fernández Rodríguez, op. cit., pp. 286-287.

¹² Cf., por todos, Fernández Rodríguez, op. cit., pp. 173 y 287; Villaverde, op. cit., pp. 2-5 y 183 y ss.

titucionales de contenido social,¹³ por lo que una intervención del Poder Judicial dirigida a imponer su cumplimiento carecería de virtualidad práctica y llegaría a comprometer su autoridad.

Al respecto, es preciso aclarar que el control de constitucionalidad de omisiones legislativas, en sus plurales manifestaciones, no siempre se enfrenta con el problema señalado; éste se plantea sobre todo en relación con la acción específica y directa de inconstitucionalidad por omisión legislativa. Pero el reconocimiento de tal acción no implica que se crea en una especie de fuerza taumatúrgica de las sentencias, como tampoco es una invitación a que el Poder Judicial adopte decisiones políticas o de gobierno que no le competen. Es cierto que las restricciones económicas pueden obstaculizar el desarrollo de mandatos constitucionales legislativos, pero ello no prueba que el control de constitucionalidad de las omisiones legislativas esté desprovisto de sentido práctico. A menudo, a pesar de existir recursos disponibles, el legislador omite el cumplimiento de esos mandatos constitucionales, lo cual puede dar lugar al ejercicio del control de constitucionalidad, aunque con las limitaciones arriba mencionadas, en lo que respecta a su eficacia.

Es pertinente recordar que, en materias vinculadas a muchas exigencias constitucionales de desarrollo legislativo, los Estados han asumido obligaciones internacionales, como sucede en el ámbito de los derechos económicos, sociales y culturales. En este campo los respectivos tratados internacionales admiten que el grado de cumplimiento de las obligaciones correspondientes dependerá de los recursos disponibles, pero esto no significa que tales tratados carezcan de fuerza jurídica, por cuanto no se exime a los Estados del deber de satisfacer esos derechos tanto como sus recursos lo permitan y de asegurar un contenido mínimo en relación con ellos.

3. *La supuesta violación del principio de separación o división de los poderes*

La mayoría de las objeciones al control judicial de las omisiones legislativas pueden reconducirse al supuesto desconocimiento del reparto constitucional de las funciones públicas que comporta.

Así, en relación con la previsión de una acción de inconstitucionalidad por omisión se ha señalado que atentaría 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 un precepto constitucional. Ello alcanzaría especial importancia en el ámbito de las disposiciones relativas a los fines del Estado en materia económica o social, muy frecuentes en las Constituciones contemporáneas, por cuanto el órgano legislativo sería el único idóneo para valorar las circunstancias

¹³ Cf. las referencias de Fernández Rodríguez, op. cit., pp. 179 y ss.

imperantes en tales áreas y para decidir, en función de éstas, la oportunidad de las leyes de desarrollo, según las prioridades trazadas y los recursos disponibles, y conforme a las necesidades de la población.¹⁴

Incluso, se ha llegado a sostener que puede resultar conveniente reconocer al legislador la posibilidad de dejar en suspenso previsiones constitucionales poco realistas que hayan sido aprobadas en medio del fragor revolucionario o del utopismo que a menudo acompaña la labor de las asambleas constituyentes. En este sentido, se ha expresado:

Una alteración radical de la legalidad existente, producto de una acción de corte revolucionario, trae como consecuencia la aparición de un nuevo orden constitucional basado en principios antitéticos a los que regían con anterioridad. Las élites políticas de antaño caen y las sustituye una clase dirigente que responde y se mueve por pautas absolutamente enfrentadas a las anteriores. Los nuevos líderes pueden buscar, de manera consciente o inconsciente, la instauración de pretenciosos objetivos con los que alterar de forma sustancial todo el sistema anterior ya superado. Y fruto de estos fines políticos y de semejante programa de actuación quizá sea la instauración en la Carta Magna, con la que se intenta abrir la nueva época, de desmedidos encargos al legislador, dotados de una fuerte idea de obligatoriedad con el deseo de que no se frustre el ansia de construcción de la futura realidad, diseñada por contraste con la anterior.

En un supuesto así el devenir de los acontecimientos puede templar la radicalidad inicial e imponer moderación ante el convencimiento de que se actuó por simple reflejo frente a lo anterior, y no por propia convicción de la bondad del nuevo programa constitucional. Este contexto nacido de la crítica constructiva a los extremismos del cambio revolucionario, esto es, de una racionalidad *a posteriori* frente a la irracionalidad inicial, pone en serios problemas la justificación de la omisión inconstitucional. ¿Resultaría adecuada una institución que obligase a realizar aquello que aún resta por hacer cuando ya no se aviene con las ideas dominantes? [...] ¹⁵

Por otro lado, ha suscitado cierto rechazo la posibilidad de que los órganos judiciales colmen lagunas jurídicas derivadas de la falta de sanción de leyes necesarias para la plena efectividad de preceptos constitucionales. Ello implicaría una amenaza a las funciones propias del legislador y colocaría a los jueces en riesgo permanente de incurrir en usurpación de atribuciones. Especial reserva ha sido formulada, desde la perspectiva de un sistema concentrado de control de la constitucionalidad erigido sobre la tradicional desconfianza hacia los órganos del Poder Judicial, en relación con la posibilidad de que los jueces ordinarios estén facultados, mediante el amparo constitucional, el control difuso de la constitucionalidad u otros medios procesales, para cumplir esa tarea integradora.¹⁶

Por último, se ha observado que el control judicial de las omisiones legislativas entraña un enorme peligro de politización de la jurisdicción constitucional, más aún

¹⁴ Véase, entre otros, Ferreira Filho, op. cit., p. 32.

¹⁵ Fernández Rodríguez, op. cit., p. 174.

¹⁶ Villaverde, op. cit., pp. 160 y ss.; Fernández Rodríguez, op. cit., pp. 49-50.

cuando la omisión legislativa no es producto de una inadvertencia del legislador, sino de una decisión deliberada.¹⁷

Las objeciones señaladas, si bien ponen de manifiesto lo delicado del terreno que se pisa cuando se ejerce el control de constitucionalidad de las omisiones legislativas, no resultan fundadas cuando se pretende negar la posibilidad o conveniencia de articular dicho control. Objeciones análogas se esgrimieron en su día contra el control judicial de constitucionalidad de las leyes, que han servido para subrayar las peculiaridades de este control y sus límites, no para negar su procedencia.

La división de los poderes no puede ser concebida como la atribución, con carácter de exclusividad, de cada una de las principales funciones públicas a conjuntos orgánicos determinados, por cuanto son múltiples los supuestos de interrelación y de mutua influencia entre cada uno de éstos. La razón fundamental que sigue proporcionando justificación a ese principio reside en el necesario aseguramiento de un equilibrio entre los poderes, en resguardo de la libertad y de la democracia. En tal sentido, el establecimiento por la Constitución de un tribunal o corte constitucional, u otra máxima instancia especializada en el control de la constitucionalidad, implica por definición un condicionamiento externo de la acción del legislador, que no tiene de suyo nada criticable, pues con ello se garantiza la supremacía de la Constitución y de los derechos que consagra, sin perjuicio del abuso en que puede eventualmente incurrirse en el ejercicio de ese control.

La aceptación de la fuerza normativa de la Constitución, hoy indiscutible, obliga a proteger la Norma Suprema de toda acción u omisión de los poderes públicos violatoria de sus disposiciones, sin que sea lícito reconocer al legislador un espacio de inmunidad al control judicial cuando el desconocimiento de la Constitución se origina en su inactividad. Frente a lo que ha sido denominado expresivamente como “agresión omisiva”¹⁸ de la Constitución, el ordenamiento jurídico no puede mantenerse pasivo, sino que debe abrir caminos para la aplicación del control judicial de la constitucionalidad de la omisión legislativa y, de manera general, para asegurar la vigencia de la Constitución ante el proceder omisivo de uno de los poderes constituidos.

El legislador no está facultado para disponer sobre la obra del poder constituyente, ni siquiera cuando ésta pueda parecer en el futuro errada o inconveniente en sus consecuencias. Sin perjuicio de las posibilidades de adaptación de la Constitución a nuevas circunstancias, de la interpretación progresiva de sus preceptos e incluso de la mutación constitucional, la apelación al poder constituyente es la única vía válida para enmendar las disposiciones constitucionales que se estimen equivocadas, sin que sea lícito erigir al legislador en juez de la pertinencia y aplicabilidad de los preceptos constitucionales.

¹⁷ Cf. las referencias de Villaverde, *op. cit.*, pp. 31-32.

¹⁸ Víctor Bazán, “Hacia la plena exigibilidad de los preceptos constitucionales: el control de las omisiones inconstitucionales”, en Bazán (coord.), *op. cit.*, p. 45.

En el ejercicio del control de constitucionalidad de las omisiones legislativas debe reconocerse al legislador un amplio margen de apreciación en la determinación de los recursos disponibles para el desarrollo de los preceptos constitucionales, así como para el establecimiento de las prioridades en materia económica y social y la fijación de la oportunidad de ese desarrollo legal, pero ello no ha de conducir a negar la viabilidad y licitud de tal control en un Estado social y democrático de Derecho. La posibilidad de armonizar las exigencias de control de constitucionalidad de las omisiones legislativas con el reparto constitucional de las funciones públicas se ha puesto de relieve en ordenamientos que poseen la acción específica y directa de inconstitucionalidad por omisión, como el Derecho portugués, en el que el Tribunal Constitucional ha reconocido al legislador cierta discrecionalidad en la determinación del momento en que debe ser dictada una regulación legal requerida por la Constitución “en lo tocante a una jerarquización y definición de prioridades de realización de los diversos fines estatales o de las diversas necesidades públicas”.¹⁹

Lo que no puede aceptarse, como luego expondremos, es que el legislador ostente libertad para determinar si desarrolla los preceptos constitucionales y en qué medida lo hace, cualquiera sea su tipo o naturaleza, pues todos son componentes de un conjunto jurídico de normatividad inobjetable frente al legislador y demás órganos del poder público.

4. *La supuesta vulneración del principio de legalidad y de la reserva legal*

En íntima conexión con la objeción antes reseñada, se aduce que una intervención judicial dirigida a colmar una omisión legislativa representaría también un quebrantamiento del principio de legalidad y de la reserva legal, ya que los jueces no actuarían con sujeción a la ley sino, precisamente, en ausencia de ella, y establecerían, mediante sus sentencias, los criterios jurídicos aplicables en la materia carente de regulación legislativa, aun cuando ésta fuera de la expresa reserva legal. Según esta posición, claramente reseñada por Villaverde:

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

¹⁹ Sentencia 276/1989, citada por Fernández Rodríguez, op. cit., p. 155.

principios es el de asegurar el carácter insustituible de la ley como mediadora entre la Constitución y el Estado y la Sociedad, y su función concretadora de las normas constitucionales en el seno del ordenamiento jurídico.²⁰

Huelga apuntar que tal advertencia doctrinal descansa, en algunos aspectos, sobre una concepción de las relaciones entre los jueces y la legislación propia de los sistemas de control concentrado de la constitucionalidad, particularmente en lo que atañe al alcance que se atribuye a la presunción de constitucionalidad de la ley, que eximiría a ésta del control de los jueces ordinarios, sólo facultados para plantear la cuestión de inconstitucionalidad si estiman que la ley en principio aplicable al caso es contraria a la Constitución. Pero la objeción tiene una significación más general cuando se refiere a la tarea integradora que los jueces podrían desempeñar ante las omisiones legislativas, pues la existencia en un ordenamiento de un sistema de control difuso (o mixto) de la constitucionalidad no excluye la vigencia del principio democrático y del Estado de Derecho, en virtud de los cuales el órgano legislativo, como instancia deliberante y representativa, políticamente responsable, debe adoptar las decisiones jurídico-políticas de mayor trascendencia, las cuales, al quedar plasmadas en leyes, trazan el marco dentro del cual los tribunales han de cumplir la función jurisdiccional. Ello cobra especial importancia cuando se trata de las materias cuya regulación está constitucionalmente reservada al Parlamento.

Sin embargo, el principio de legalidad y la reserva legal no deben ser entendidos como un obstáculo a la labor de interpretación e integración del Derecho que los jueces están llamados a cumplir cotidianamente. El Estado de Derecho presupone la existencia de un Poder Judicial capaz de administrar justicia con independencia y de tutelar de manera efectiva los derechos constitucionalmente reconocidos, lo cual con frecuencia exigirá atemperar el texto de las disposiciones legales, en vista de las particularidades del caso, o reinterpretarlo a la luz de la Constitución, como también acudir a preceptos que regulen situaciones similares o a los principios generales del Derecho. Nada de esto choca con los principios señalados.

Pero la labor integradora desempeñada por los jueces ante las omisiones legislativas puede ir más allá, es preciso observarlo, de las facultades indicadas, que hoy son consustanciales a la función judicial. Este *plus* estriba en que, ante la falta de regulación legislativa en una materia que constitucionalmente la requiere, el juez, a partir de los datos que le ofrece el ordenamiento constitucional y legal pero sin que aquél predetermine una única solución como válida, procedería a cubrir la omisión legislativa para dotar de eficacia al precepto constitucional, con efectos en principio limitados al caso concreto pero que se generalizarían en virtud de reglas jurídicas que puedan entrar en juego, como la del precedente o la que establece, en nuestro Derecho, el carácter vinculante de las interpretaciones constitucionales sentadas por la Sala Constitucional.

²⁰ Villaverde, op. cit., p. 28.

Es aquí donde debe situarse el *quid* de la cuestión; no en la posibilidad de que los jueces integren lagunas *de la ley*, ante la necesidad de resolver un caso no previsto expresamente en ella pero que está comprendido por su programa normativo, lo cual está fuera de discusión, sino en la facultad de los tribunales para colmar una laguna *de la legislación* —que de acuerdo con la Constitución no debería existir—, ante la necesidad de resolver un caso respecto del cual la Constitución sólo establece algunos parámetros de solución, sin descender a todos los detalles, cuya determinación ha sido encomendada al legislador. Analizaremos con mayor detenimiento esta problemática cuando nos refiramos a lo que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha denominado la “jurisdicción normativa”. Por lo pronto, conviene afirmar que, si bien en principio sólo resulta lícito a los jueces constitucionales integrar lagunas *de la legislación* cuando es posible deducir de la Constitución la única solución correcta para el caso concreto sometido a su consideración, no puede descartarse completamente que, para no desconocer la eficacia del contenido mínimo o básico de alguna norma constitucional y dentro de los límites que se mencionarán, los tribunales deban integrar provisionalmente los parámetros constitucionales para dotarla de operatividad.

5. *El abandono del supuesto axioma de la jurisdicción constitucional como legislador negativo*

Con frecuencia se aduce, para fundamentar el rechazo a ciertas modalidades de control de la constitucionalidad de las omisiones legislativas, que los tribunales constitucionales deben mantenerse dentro del ámbito de su función específica, la cual consistiría, guardando fidelidad con el pensamiento de Kelsen, en actuar como un legislador negativo.

Es sobradamente conocida la caracterización kelseniana de los tribunales constitucionales como legisladores negativos, conforme a la cual la anulación de una ley como consecuencia necesaria de la declaratoria de su inconstitucionalidad sería una manifestación, e incluso un ejercicio, de poder legislativo, pero de signo negativo o abrogatorio. Al Parlamento, como legislador positivo, estaría reservada la creación de la ley, mientras que el Tribunal Constitucional participaría de la función legislativa negativamente, al anular las leyes que declare contrarias a la Constitución.

Al respecto, este autor sostuvo:

El órgano al que está encomendada la anulación de las leyes inconstitucionales, aunque reciba —por la independencia de sus miembros— la organización propia de un Tribunal, no ejerce, sin embargo, verdaderamente una función jurisdiccional. En la medida en que se puede distinguir entre ellas, la diferencia entre la función jurisdiccional y la función legislativa reside ante todo en que ésta crea normas generales mientras que aquélla sólo crea normas individuales. (Puede dejarse aquí de lado el hecho de que incluso esta distinción de principio y, en particular, que el legislador —especialmente el Parlamento— puede dictar también normas individuales.) Ahora bien, anular una ley es dictar una norma general; porque la anulación de una ley tiene el mismo carácter de

generalidad que su producción y no es, por así decirlo, sino producción con un signo negativo y, por tanto, una función legislativa. *Un Tribunal que tiene el poder de anular las leyes es, por consiguiente, un órgano con Poder Legislativo*. La anulación de las leyes por un Tribunal puede, pues, interpretarse con igual razón más como reparto del Poder Legislativo entre dos órganos que como una intrusión en el Poder Legislativo²¹ [sic].

Obsérvese que Kelsen, con el ánimo de hacer más aceptable la introducción de la justicia constitucional en Europa y de obviar los reparos que ello podía generar desde una visión rígida de la separación de los poderes, aproximó los tribunales constitucionales cuya instauración preconizaba al Poder Legislativo, aunque sin perder de vista completamente la diferencia entre las funciones propias del Parlamento y las de los tribunales constitucionales. Él mismo aclararía que no pueden identificarse, pues la libre creación del Derecho para la que aquél está facultado difiere de la labor de un tribunal que, al anular una ley, debe actuar fundamentalmente en aplicación de las normas de la Constitución.²²

Con todo, el pensamiento del autor sobre este asunto, inevitablemente teñido por su concepción general sobre el Derecho y la jurisdicción, no separaba cualitativamente el ámbito de la decisión política perteneciente al legislador de la esfera interpretativa e integradora del Derecho propia de los tribunales, incluyendo a los constitucionales. Al igual que en relación con las sentencias de tribunales que conozcan de cualquier otra materia (civil, penal o mercantil), y aún en mayor grado, los pronunciamientos dictados en ejecución del control de constitucionalidad de las leyes contendrían importantes elementos políticos: “Entre el carácter político de la legislación y el de la jurisdicción hay sólo una diferencia cuantitativa, no cualitativa”.²³

Ahondando en esta idea, Kelsen agregaría:

La posibilidad de que una ley expedida por el órgano legislativo sea anulada por otro órgano, constituye una notable restricción al poder del primero. Esta posibilidad significa que, al lado del positivo, existe un legislador negativo, un órgano que puede integrarse de acuerdo con un principio totalmente diferente del que sirve de base a la elección del parlamento por el pueblo. En esta hipótesis, casi resulta inevitable un conflicto entre los dos legisladores, el positivo y el negativo. La pugna puede aminorarse si se establece que los miembros del tribunal constitucional deberán ser electos por el parlamento.²⁴

Esta visión kelseniana de la afinidad entre la función de los parlamentos y la de los tribunales constitucionales, ambas significativamente unidas al tejido de la política, menosprecia la sustancia propiamente jurisdiccional del control judicial de la constitucionalidad de las leyes y no se corresponde con la evolución de la justicia constitucional en el Derecho comparado, signada más bien por el afinamiento de la técnica jurídica y por la búsqueda de la autoridad a través del Derecho. Sin embargo,

²¹ Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 37-38.

²² Kelsen, “La garantie juridictionnelle de la Constitution”, *Revue de droit public*, 1928, p. 226.

²³ Kelsen, *¿Quién debe ser...?*, op. cit., p. 19.

²⁴ Kelsen, *Teoría...*, op. cit., p. 318.

históricamente ha tenido enorme repercusión la caracterización de la jurisdicción constitucional como legislación negativa, en el sentido de conferir a los órganos que ejercen dicha jurisdicción una misión revisora de leyes ya dictadas, encaminada a depurar el ordenamiento jurídico de aquellas contrarias a la Norma Fundamental.

Ello también ha incidido en la temática en estudio, pues nada o muy poco tendría que decir la jurisdicción constitucional ante la ausencia, total o parcial, de una previsión legal que de acuerdo con la Constitución debería existir. Ya no se trataría del cuestionamiento de una norma dictada, con el propósito de expulsarla del ordenamiento, sino de proteger la Constitución ante la omisión del legislador. El acervo conceptual sobre el cual se levantaron los tribunales constitucionales europeos, que ha influido significativamente en muchos países latinoamericanos, no era el adecuado para responder a esta exigencia de la supremacía y, sobre todo, de la fuerza normativa de la Constitución.

Pero la visión de la jurisdicción constitucional como legislación negativa, aunque ha repercutido poderosamente en el devenir de la justicia constitucional y ocasionalmente reaparece por inercia en la jurisprudencia, ha sido solamente un mito, que hoy se encuentra francamente superado.

Un mito, porque los postulados sobre los que se asienta el control de la constitucionalidad de las leyes, como lo son la garantía de la supremacía de la Constitución y de su fuerza normativa, y los principios que le imponen limitaciones, como la división de los poderes y el principio democrático, no exigen que los jueces o tribunales constitucionales actúen sólo negativamente, con pronunciamientos de efectos ablativos o supresores sobre la ley. Lo que reclaman es la protección de la Constitución frente a las acciones u omisiones legislativas, mediante instrumentos procesales que han de ejercerse sin usurpar la potestad legislativa, lo cual no necesariamente ha de lograrse, una vez que la inconstitucionalidad ha sido constatada, por medio de una sentencia anulatoria. La respuesta anulatoria puede en ocasiones resultar más dañina, desde la óptica de los bienes constitucionales involucrados y del principio de división de los poderes, que la supervivencia de la ley cuestionada hasta la intervención del legislador, en los términos y plazos que el propio fallo puede establecer; en otros casos, la anulación resulta simplemente imposible, como ocurre cuando nos hallamos ante una omisión absoluta del legislador.

Por éstas y otras razones que no sería pertinente abordar aquí, las cortes o tribunales constitucionales, europeos²⁵ y latinoamericanos,²⁶ acuden, cada vez con más frecuencia, a tipos de sentencia que difieren de la completa desestimación de la inconstitucionalidad y de la anulación inmediata del precepto, tales como las sentencias interpretativas, que determinan la significación que debe atribuirse al precepto para excluir la inconstitucionalidad o que desechan una interpretación del precepto consi-

²⁵ Jiménez Campo, op. cit., pp. 124 y ss.

²⁶ Germán Lozano Villegas, *El valor normativo de las sentencias de la Corte Constitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.

derada contraria a la Constitución; las de nulidad parcial cualitativa (para algunos una modalidad de las anteriores), que sustraen del ámbito de aplicación de un precepto, sin alterar su texto, situaciones que podían estimarse incluidas en él; las que difieren los efectos anulatorios; las aditivas, llamadas así por la doctrina italiana porque extienden el alcance de un precepto a supuestos no comprendidos en el enunciado legal; y las de incompatibilidad con la Constitución o meramente declarativas de la inconstitucionalidad de la norma legal, desprovistas de efectos anulatorios, a menudo acompañadas de recomendaciones o exhortaciones dirigidas al legislador.

De ahí que en la doctrina española se haya aseverado que, ante las sentencias mediante las cuales los tribunales constitucionales rompen con el molde artificial que equiparaba su función a una legislación negativa:

Poco han de valer exorcismos doctrinales en torno a una imagen del “legislador negativo” que no fue nunca realidad generalizada en sitio alguno y que hoy, resueltamente, carece de toda verosimilitud —por causa de la complejidad del ordenamiento— en cualquiera de los sistemas asentados de jurisdicción constitucional.²⁷

En este contexto, pierde consistencia cualquier crítica al control de constitucionalidad de las omisiones legislativas que intente apoyarse en una concepción de la jurisdicción constitucional como legislación negativa,²⁸ por carecer de respaldo teórico y estar alejada de la realidad.

Es preciso, sin embargo, advertir que la transformación producida en el funcionamiento de los órganos de la jurisdicción constitucional, en lo que concierne a la diversificación de los fallos de inconstitucionalidad, no debe crear la falsa impresión de que ahora se perfilan como legisladores positivos, en virtud de las facultades que se les reconocen para dictar, junto a las clásicas sentencias anulatorias del precepto legal inconstitucional, pronunciamientos que salvan la ley cuestionada mediante su reconstrucción interpretativa o mediante una simple declaración de inconstitucionalidad acompañada de directrices sobre la forma en que debe ser corregida.

La jurisdicción constitucional, si quiere seguir siéndolo, no puede asumir la posición del legislador en el proceso de creación del Derecho. No es legislador ni negativa ni positivamente, pues cuando anula un precepto legal lo hace porque la preservación de la supremacía de la Constitución impone la exclusión de una ley incompatible con sus disposiciones, y cuando acude a otras modalidades de sentencias lo hace por entender que son un medio más efectivo y razonable para proteger la Constitución globalmente considerada, no porque pretenda establecer la regulación jurídica que le parezca más conveniente en una determinada materia. Tanto en el primero como en el segundo caso, la intervención de la jurisdicción constitucional puede tener una inci-

²⁷ Jiménez Campo, *op. cit.*, p. 114.

²⁸ Como a veces se ha aseverado en la doctrina española; cf. las referencias de Fernández Rodríguez, *op. cit.*, pp. 423 y 427.

dencia positiva sobre el legislador, por cuanto la anulación de un precepto legal frecuentemente motiva la aprobación de un precepto sustitutorio, conforme con la Constitución, elaborado teniendo en cuenta los fundamentos de la sentencia correspondiente. En ambos, por otro lado, puede resultar alterada la distribución constitucional de las funciones públicas, ya que la libertad de configuración normativa o libertad política del legislador se ve menoscabada por todo pronunciamiento que abandone los parámetros jurídicos que el Derecho constitucional ofrece y se centre en valoraciones de oportunidad o conveniencia, o que produzca un efecto normativo no querido por el legislador ni exigido por la Constitución, sin que sea relevante la forma expresiva, positiva o negativa, empleada en la sentencia.

No se pretende negar la carga política que suele ir adosada a los fallos constitucionales. Pero ello no debe conducir a desconocer la especificidad de la labor jurisdiccional cumplida por las cortes o tribunales constitucionales u órganos similares, los cuales han de resolver las cuestiones planteadas dentro de los linderos de la interpretación constitucional y del Derecho que le sirve de base, sin perjuicio de los ingredientes políticos que puedan entrar en juego.

Estas observaciones poseen especial relevancia en relación con la regulación de la declaratoria de inconstitucionalidad por omisión en la Constitución venezolana, pues en ésta se alude a la facultad de la Sala Constitucional para indicar, de ser necesario, los “lineamientos” que ha de seguir el legislador para reparar la omisión inconstitucional constatada (artículo 336, numeral 7), facultad que debe ser ejercida con suma prudencia y siempre con base en el Derecho, como luego explicaremos. En modo alguno cabe ver en esa previsión constitucional una invitación al cumplimiento, por la Sala Constitucional, de funciones legislativas de las que carece.

III. El concepto de omisión legislativa (inconstitucional)

1. Precisión terminológica

Son múltiples las perspectivas desde las cuales se examina el concepto de omisión legislativa, sin que exista coincidencia siquiera en relación con la terminología empleada para identificar la figura.

Esto se explica bien por diferencias de criterio respecto de su significación o alcance, bien por la variada regulación del instituto, o la ausencia de ésta, en los distintos países en que ha sido objeto de estudio.

Se suele emplear la expresión *inconstitucionalidad por omisión* para referirse a la figura, pero hay diferencias importantes al definir el abanico de situaciones comprendidas en ella. Así, algunos autores emplean tal expresión para aludir a violaciones de la Constitución derivadas no de una acción sino de una omisión del legislador, y sólo de éste;²⁹ en cambio, otros, bajo la óptica del ordenamiento jurídico que analizan, incluyen dentro de la inconstitucionalidad por omisión los diversos supuestos de inconstitucionalidad originados en la falta de producción de normas jurídicas, aunque

no deban emanar del legislador, como sucede en la doctrina argentina, dado que la Constitución de la provincia de Río Negro, única que contiene en ese país una regulación específica sobre la materia, no limita la acción de inconstitucionalidad por omisión al ámbito de actuación del legislador (provincial).³⁰

Por otro lado, algunos consideran más exacta la alusión a la “dejación o inactividad” del legislador, por la vinculación del término *omisión* al Derecho penal y a la responsabilidad individual, mientras que para otros el vocablo *inactividad* posee una neutralidad de la que aquél carecería, al estar el concepto de omisión relacionado con la infracción de normas jurídicas, por lo que consideran preferible este último.³¹

En este sentido, es frecuente observar en la doctrina que el concepto de *omisión legislativa* implica por sí solo la inobservancia de la Constitución,³² mientras que se acude a los términos *inactividad* o *silencio* cuando la pasividad del legislador no es censurable constitucionalmente, dado que la Constitución a menudo faculta al legislador pero no lo obliga a legislar en una materia determinada, amén de la existencia de silencios del legislador que desde el punto de vista temporal pueden ser tolerados.

En vista de tales divergencias, resulta conveniente, antes que perderse en la multiplicidad de términos y concepciones relacionados con la materia objeto de estudio, reiterar que en este trabajo se analizan los silencios o la inactividad del legislador desde la perspectiva del control judicial dirigido a proteger la Constitución de las violaciones a sus preceptos que de aquéllos puedan derivarse. Escapa a nuestros fines el examen del control judicial de la inactividad de la administración o de otros órganos del poder público en la adopción de normas cuya aprobación imponga el ordenamiento jurídico. Esta delimitación del ámbito de estudio encuentra justificación en la peculiaridad y trascendencia jurídico-constitucional de los problemas que plantea el control judicial de las omisiones legislativas, así como en las previsiones de la Constitución venezolana, que al referirse a una de las manifestaciones de ese control, en el numeral 7 del artículo 336, alude a la declaración de la inconstitucionalidad de las omisiones “del poder legislativo municipal, estatal o nacional”. Por otro lado, la expresión *omisión legislativa* será usada como sinónimo de *inconstitucionalidad por omisión*, a menos que del contexto se desprenda que se emplea en el sentido neutral antes señalado. Seguidamente se ahondará en el concepto de omisión legislativa (inconstitucional).

²⁹ Fernández Rodríguez, op. cit., pp. 81 y ss.

³⁰ Cf. Sagüés, op. cit., pp. 109 y ss; y, del mismo autor, *La interpretación judicial de la Constitución*, Buenos Aires, Depalma, 1998, pp. 175 y ss.

³¹ Cf. Fernández Rodríguez, op. cit., pp. 68 y ss.

³² Cf. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, Almedina, Coimbra, 1995, p. 1089 y ss.

2. *La omisión legislativa (inconstitucional)*

Al aludir a la omisión legislativa obviamente nos estamos refiriendo a una inactividad del legislador en el desempeño de la función que, a pesar de las transformaciones operadas en el Estado constitucional, sigue marcando su distinción de las otras ramas del poder público: la de dictar leyes. La falta de aprobación de acuerdos u otros actos dictados en el cumplimiento de las demás funciones del Parlamento, con la denominación que en cada ordenamiento les corresponda, no queda comprendida dentro del concepto, lo cual no impide que el Derecho positivo extienda a estos supuestos el ámbito de ejercicio de la acción de inconstitucionalidad por omisión.

La omisión legislativa inconstitucional, o inconstitucionalidad por omisión, 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.

Partimos, pues, de un concepto amplio de inconstitucionalidad por omisión legislativa, ya que no la circunscribimos al incumplimiento de mandatos constitucionales concretos de legislar, ni forma parte del concepto la falta de desarrollo de tales preceptos durante un tiempo “excesivamente largo”.³³ Esta 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.

La omisión legislativa inconstitucional se produce no sólo cuando se desconocen mandatos concretos de legislar, sino también cuando se regula una materia de manera incompleta o deficiente desde el punto de vista constitucional. Un mandato concreto de legislar es, por ejemplo, el previsto en la Disposición Transitoria Cuarta de la Constitución, en su numeral 6, por citar sólo uno de ellos, que obliga a la Asamblea Nacional a dictar, dentro del año siguiente a su instalación, “Una ley que desarrolle la hacienda pública estatal [...]”. La falta de aprobación de esta ley dentro de ese lapso representa sin duda una omisión legislativa, censurable a través de la acción de inconstitucionalidad por omisión. Pero también se incurre en inconstitucionalidad por omisión cuando se regula una materia en forma incompleta o deficiente a la luz de los requerimientos de la Constitución. Esto es lo que sucede cuando, violando el principio (y derecho) de igualdad, se excluye, de manera silente, a una categoría de personas o a un sector social del disfrute de un beneficio sin justificación, o cuando una normativa legal relativa a un derecho fundamental no recoge todas sus implica-

³³ Como sostiene Fernández Rodríguez, op. cit., pp. 85-86, entre otras.

ciones sobre las situaciones reguladas, entre otros supuestos. En estos casos no necesariamente estamos ante el desconocimiento de un mandato concreto de legislar, pero sí ante una inconstitucionalidad por omisión.

Además, para la existencia de una inconstitucionalidad por omisión no siempre se requiere del transcurso de un tiempo “excesivamente largo”. Este elemento temporal es irrelevante cuando nos hallamos ante una omisión relativa del legislador fundada en la violación del principio de igualdad, por ejemplo. El factor temporal cobra relevancia ante las omisiones legislativas, absolutas o relativas, vinculadas al desarrollo de mandatos concretos de legislar, o encargos al legislador, en la terminología de Fernández Rodríguez. Pero no creemos que deba incluirse en el concepto de inconstitucionalidad por omisión la alusión al transcurso de un tiempo “excesivamente largo” o “demasiado largo”. Resulta preferible aludir, siguiendo a Sagüés, al concepto de “plazo razonable”,³⁴ no exento de contornos poco nítidos pero preferible a expresiones y visiones que ponen el acento en la discrecionalidad del legislador en la elección del momento en que ha de ser desarrollada una norma constitucional.

La alusión a la existencia de un mandato *concreto* de legislar, que tiene importancia en relación con algunas de las manifestaciones de la inconstitucionalidad por omisión, parte de la distinción entre las exigencias constitucionales concretas de legislar y el deber general de legislar que puede colegirse de ciertas normas-fin o normas-tarea abstractamente impositivas contenidas en las Constituciones. Entre las primeras se encontrarían, según Gomes Canotilho, las normas de la Constitución portuguesa que obligan al establecimiento y la actualización del salario mínimo nacional; a la organización, coordinación y financiamiento de un sistema de seguridad social unificado y descentralizado; y a la creación de un sistema nacional de salud. Entre las segundas, relacionadas con un deber general de legislar, se mencionan los principios rectores de la organización económica, como “promover el aumento del bienestar social y económico y de la calidad de vida del pueblo, en especial de las clases más desfavorecidas”. La falta de desarrollo de estos principios sería contraria a la Constitución, “pero su concreción depende esencialmente de la lucha política y de los instrumentos democráticos [...]”.³⁵

Se suele considerar que ni de los valores superiores o principios constitucionales, ni de la Constitución como conjunto normativo puede derivarse un mandato concreto de legislar.³⁶ Esto resulta aceptable hasta un cierto punto. Así, cabe afirmar que del reconocimiento del valor superior de la libertad y de la justicia, o de la proclamación del Estado como un Estado social, no se deducen tales mandatos. Pero no puede rechazarse de plano la presencia de éstos en normas contentivas de principios constitucionales, sobre todo si tenemos en cuenta los diversos sentidos en que se usa este

³⁴ “La acción de inconstitucionalidad...”, op. cit., pp. 112 y ss.

³⁵ Gomes Canotilho, op. cit., pp. 1089-1090

³⁶ Fernández Rodríguez, op. cit., p. 87.

concepto, que incluso se emplea para referirse a los derechos fundamentales. En cualquier caso, importa observar que la imposibilidad de calificar una norma constitucional como generadora de un mandato concreto de legislar no implica que deba quedar fuera de consideración al apreciar la existencia de una inconstitucionalidad por omisión, ya no por la falta de desarrollo del mandato, sino por la regulación incompleta o deficiente de alguna materia, en contravención de la Constitución.

La referencia a un *mandato* constitucional de legislar implica que el legislador carece de libertad en cuanto a la determinación de la necesidad del desarrollo legislativo, pues el mandato entraña una orden o exigencia relativa a la aprobación de una norma. Así, encontramos un mandato de legislar en el artículo 70 de la Constitución, según el cual: “La Ley establecerá las condiciones para el efectivo funcionamiento de los medios de participación previstos en este artículo”. Esta remisión a la ley no cumple sólo la función propia de la reserva legal, cual es habilitar exclusivamente al legislador para regular esta materia, sino que además comporta una orden de proceder en tal sentido.

En cambio, a menudo la Constitución remite al legislador la regulación de una materia sin imponerle el deber de hacerlo, por lo que no cabría hablar de mandato. Esta clase de remisiones la encontramos, por ejemplo, en el artículo 44, numeral 1, de la Constitución, con arreglo al cual la persona detenida por imputársele la comisión de un hecho punible “será juzgada en libertad, excepto por las razones determinadas por la ley y apreciadas por el juez o jueza en cada caso”. Esta alusión a la ley no implica un mandato de legislar, sino que se traduce en la prohibición de que las excepciones al juzgamiento en libertad sean fijadas por una norma o acto distinto de la ley. Sin embargo, corresponde al legislador decidir si conviene establecer tales excepciones y en qué términos, que deben ser compatibles con la proclamación constitucional de la libertad personal y de la presunción de inocencia.

En estos supuestos de simple remisión y autorización al legislador para regular una materia, no existe mandato alguno de legislar, sino una facultad que el legislador puede emplear en uso de su libertad de configuración normativa, siempre dentro de los límites constitucionales. Por tanto, la falta de aprobación de la legislación correspondiente no comportaría una inconstitucionalidad por omisión.

El mandato concreto de legislar cuya falta de desarrollo puede originar una inconstitucionalidad por omisión no necesariamente ha de estar expresamente formulado en un precepto constitucional, como en alguna ocasión sostuvo el Tribunal Constitucional español.³⁷ Puede encontrarse implícito en tal precepto. Así, del artículo 81 de la Constitución se desprende un mandato concreto de legislar en relación con la promoción de la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad o necesidades especiales, a pesar de que la remisión a la ley contenida en este precepto no esté formulada de modo imperativo (“de conformidad con la ley”). Este mandato

³⁷ Cf. Fernández Rodríguez, op. cit., p. 418.

puede ser desarrollado mediante una ley especial o mediante la reforma de algunas leyes vigentes. Igualmente, del artículo 84 de la Constitución se colige un mandato concreto de legislar, aunque carezca de una remisión expresa a la ley.

Se ha criticado la inclusión, dentro de las manifestaciones de la inconstitucionalidad por omisión, de los supuestos en que el legislador permanece pasivo o silente ante un mandato de legislar, particularmente cuando nos hallamos ante una omisión absoluta y la Constitución no ha fijado un plazo para la aprobación de la normativa respectiva. En este sentido se ha expresado:

El hecho de que la Constitución no imponga plazo alguno a los cometidos encomendados al legislador debe interpretarse, según nuestro parecer, como un permiso al legislador para que sea él quien decida sobre el momento oportuno para realizar la encomienda. Ese *juicio de oportunidad* pertenece al ámbito competencial del legislador y a nadie más. Por este motivo la cuestión del plazo es irrelevante para determinar si el silencio vulnera o no la Constitución, pues la existencia de la vulneración es independiente del transcurso del tiempo. El plazo, si la Constitución no lo impone expresamente, pertenece, a estos efectos, al mundo de la decisión política, no a la jurídica. El deber constitucional no consiste en hacer algo en un determinado plazo, sino en hacerlo desde el momento en que la Constitución está vigente; aunque la fijación de ese momento quede al albur de la decisión del legislador. Si el legislador puede decidir sobre cuándo cumplir con el permiso o la orden constitucional, su inactividad no puede interpretarse sin más contraria a la Constitución. La existencia del permiso constitucional sobre la determinación del momento temporal para cumplir la encomienda constitucional hace preciso, para transformar el silencio legislativo en una omisión inconstitucional, que ese silencio conserve o genere una situación contraria a la Constitución. Éste es el preciso instante en el que se infringe la Constitución, y no a partir del cómputo de cierto plazo *razonable* para cumplir con el mandato o permiso constitucionales. Ese permiso sobre el plazo para ejecutar el mandato recae sobre el cuándo, pero no sobre lo que la norma constitucional ordena o permite hacer, prescripciones que obligan desde la entrada en vigor de la Constitución.³⁸

Para Villaverde, la omisión legislativa se produciría en virtud de una norma implícita (por lo general excluyente) que se derivaría del silencio del legislador, la cual podría dar lugar a la creación o conservación de una situación contraria a la Constitución. Frente a estas omisiones el remedio no consistiría en un control abstracto de la constitucionalidad de la omisión, sino en la utilización de los instrumentos ordinarios de la justicia constitucional para contrarrestar sus efectos, tales como el amparo ante el Tribunal Constitucional.

A nuestro juicio, el enfoque del autor, aunque tiene la virtud de poner de relieve la pluralidad de respuestas jurídicas articulables ante las omisiones legislativas y sus efectos, excluye sin razón del concepto de omisión inconstitucional supuestos que indudablemente lo conforman, como la falta de desarrollo de mandatos constitucionales de legislar dentro de un plazo razonable. Además, no podemos compartir la

³⁸ Villaverde, op. cit., p. 44.

tesis de que esté reservada al legislador la valoración sobre la oportunidad para la aprobación de las leyes exigidas por preceptos de la Constitución, por la sola circunstancia de que ésta no haya precisado el plazo específico en que cada una debe ser dictada. Por otro lado, la admisión de una acción directa y abstracta contra omisiones absolutas del legislador dependerá de la regulación de cada ordenamiento jurídico, y obviamente no impide la protección de la Constitución ante situaciones concretas lesivas de sus preceptos derivadas del silencio legislativo, aun antes de que éste merezca ser censurado, en abstracto, por inconstitucional. En el examen de la constitucionalidad de estas situaciones concretas, la razonabilidad del tiempo transcurrido puede jugar, por cierto, un papel relevante, en ocasiones determinante.

Es determinante cuando del propio precepto constitucional se deriva la necesidad de adaptar algunas situaciones jurídicas a las circunstancias imperantes en cada momento. Así, en Argentina, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al conocer de un recurso extraordinario contra la sentencia dictada en una acción de amparo interpuesta por jueces que consideraban vulnerada la garantía de intangibilidad de las remuneraciones judiciales reconocida por la Constitución argentina, confirmó la protección de los actores ante la falta de actualización de sus sueldos a pesar de la inflación producida, omisión imputable al legislador.³⁹

El paso del tiempo puede igualmente ser relevante en los casos de inconstitucionalidades por omisión que se derivan no de la completa ausencia de una regulación legal posconstitucional sobre alguna materia, sino de la falta de adaptación o mejora de tal regulación, ante un cambio de circunstancias que se aparta del pronóstico que sirvió de base a la legislación existente.⁴⁰

Finalmente, es preciso referirse a una vertiente formal del concepto de omisión legislativa, como lo es la distinción entre los casos en que la inconstitucionalidad se subsume en el esquema clásico de las acciones legislativas y los que pertenecerían a la categoría de las omisiones legislativas. Al respecto, ha sido defendida la tesis de la intercambiabilidad entre impugnaciones por comisión o por omisión, o sea, la tesis según la cual la inconstitucionalidad por omisión observada en una ley siempre podría ser reconducida a una inconstitucionalidad por comisión o acción de la misma ley, por lo que la diferencia entre ambas categorías sería sólo una cuestión de perspectiva, carente de contenido sustancial.⁴¹

Tal tesis se ha propuesto, lógicamente, respecto de las omisiones relativas, pues es aquí donde podría presentarse la confusión. Estimamos, sin embargo, que sí existe una diferencia objetiva entre ambas modalidades de inconstitucionalidad: la inconsti-

³⁹ Cf. Bazán, op. cit., pp. 86 y ss.

⁴⁰ Cf. Klaus Schlaich, *Das Bundesverfassungsgericht*, Beck, Múnich, 1997, pp. 292 y ss.; Canotilho, op. cit. p. 1091.

⁴¹ Es la tesis de Peter Lerche y Requejo Pages, recogida por Villaverde, op. cit., pp. 131 y 191, entre otras.

tucionalidad por acción legislativa se produce cuando lo sostenido o establecido en el texto legal es contrario a la Constitución, mientras que la inconstitucionalidad por omisión legislativa existe cuando el vicio de la ley reside no en lo que dice sino en lo que no dice. En ambos supuestos la ley estaría viciada de inconstitucionalidad, pero en el primer caso es posible referir directamente la ilicitud de la ley a lo afirmado en artículos, párrafos, frases o incisos de un precepto legal, en tanto que en el segundo ello no será posible, al estribar la ilicitud de la ley en su silencio o parquedad, contrarios a una exigencia constitucional.⁴²

3. *Clasificación de las omisiones legislativas*

Son múltiples las clasificaciones de las omisiones legislativas que han sido efectuadas por la doctrina. No pretendemos exponerlas en su totalidad, sino tan solo referirnos, en primer lugar, a la de mayor aceptación, para luego ensayar una tipología que tenga en cuenta no tanto las dimensiones de la omisión, cuanto la causa que la produce.

A. *Omisiones absolutas y relativas*

Es bien conocida la distinción de Wessel entre omisiones legislativas absolutas y relativas. Las primeras se producirían en virtud de la total ausencia de desarrollo legal de la norma constitucional, mientras que las segundas implicarían la regulación parcial de una materia, con exclusión de supuestos o relaciones que no debían ser omitidos en atención al principio de igualdad. A partir de esta distinción se han incluido dentro de la omisión relativa o parcial otros casos en que el tratamiento incompleto o defectuoso de una materia lesiona la Constitución.⁴³

La omisión absoluta lesiva de la Constitución presupone un deber de legislar no desarrollado, en tanto que la omisión relativa se origina no simplemente en la regulación parcial de una materia, que por sí sola no entraña inconstitucionalidad alguna, sino en la regulación parcial o incompleta de una materia cuando la Constitución exigía que tuviera mayor alcance. Al respecto, conviene aclarar que, como manifestación de su libertad de configuración normativa, el legislador puede optar entre dictar una regulación unitaria de una materia o hacerlo de manera parcial o sucesiva, a menos que la Constitución imponga el deber de seguir la primera alternativa.

Sin desconocer la importancia de esta clasificación general, es preciso esbozar los principales supuestos que pueden generar una omisión legislativa inconstitucional, sea ésta absoluta o parcial, que serán enunciados a continuación.

⁴² En igual sentido, pero basándose en el concepto de norma implícita, véase Villaverde, op. cit., pp. 52 y 191.

⁴³ Cf. María Ángeles Ahumada Ruiz, "El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 8, 1991, p. 172.

B. *Las omisiones legislativas según sus causas*

a. *Por inobservancia de mandatos concretos de legislar*

El supuesto más claro de inconstitucionalidad por omisión, pese a que no está exento de polémicas y ulteriores distinciones, a las que ya nos referimos, es el del incumplimiento de mandatos constitucionales de legislar. Esta clase de omisiones, que Sagüés certeramente designa con la expresión *inconstitucionalidad por “mora”*,⁴⁴ suponen la falta de desarrollo legal de algún precepto constitucional dentro del plazo establecido por la Constitución o dentro del plazo razonable que se pueda deducir de las circunstancias. La inactividad del legislador durante esos lapsos es lo que permite hablar de una violación de la Constitución, aun cuando antes del vencimiento de los lapsos respectivos, el fijado por la Constitución o el que se derive de la valoración judicial, el legislador haya incurrido en una inactividad o silencio. Nótese que, cuando la Constitución prevé un lapso para la aprobación de alguna ley, suele establecer un plazo máximo, no un término, por lo que la sanción de la ley justo antes de que ese plazo venza no es indiferente para la Constitución, aunque no pueda ser tildada de inconstitucional. Algo similar ocurre con las omisiones legislativas que puedan ser calificadas de razonables, a pesar de su duración, en atención a las particularidades de cada caso.

b. *Por violación (omisiva) de directrices constitucionales sobre el contenido de las leyes*

En íntima conexión con el supuesto anterior se encuentran los casos en que los preceptos constitucionales enuncian directrices sobre el contenido de las leyes que sean dictadas para desarrollarlos, cuyo incumplimiento puede revestir la forma de la omisión legislativa. Se trataría de omisiones relativas, pues no habría una absoluta dejación legislativa, sino una actuación legislativa que merece ser censurada por parcial o incompleta a la luz de lo ordenado por el precepto constitucional. Así, la legislación que debe dictarse para proteger los derechos de los pueblos y comunidades indígenas, en los términos del artículo 119 de la Constitución, sería inconstitucional, por omisión, si no garantiza su participación en la demarcación del hábitat indígena, como también lo sería la legislación sobre régimen municipal, si no establece las opciones para la organización del gobierno y administración local en los municipios con población indígena, a tenor del artículo 169 de la Constitución.

c. *Por incumplimiento del deber de protección de los derechos constitucionales*

La teoría general de los derechos fundamentales ha evolucionado, en medio de importantes polémicas que no pueden considerarse cerradas, en la dirección de añadir

⁴⁴ Sagüés, “La acción de inconstitucionalidad...”, op. cit., p. 112.

a la sustancia original de los derechos fundamentales como derechos subjetivos que reconocen al individuo esferas de libertad, elementos objetivos que, sin negar esa base subjetiva, enfatizan su significación institucional o general en el sistema jurídico, así como las implicaciones de la función objetiva que tales derechos están llamados a cumplir en un Estado social y democrático de Derecho.

Expresión de esa conceptualización de los derechos fundamentales es el reconocimiento de los deberes de actuación o prestación que la consagración constitucional de estos derechos comporta para el Estado, entre los cuales sobresale la obligación de protegerlos de las amenazas o daños que puedan sufrir por la acción de los órganos del poder público o de los particulares. A partir de la influyente, aunque no exenta de críticas, construcción doctrinal de Häberle sobre los derechos fundamentales en el Estado de prestaciones, se han desarrollado tales obligaciones de protección (*Schutzpflichten*), en virtud de las cuales, por ejemplo, la libertad de expresión obligaría al Estado a dictar medidas, normalmente legislativas, para asegurar un mínimo pluralismo en el ámbito de los medios de comunicación y su independencia respecto del Estado; los derechos a la vida y a la integridad personal, en conexión con el deber de preservar un ambiente sano, habrían de traducirse en la necesaria existencia de procedimientos participativos para la adopción de las decisiones públicas que afecten dichos bienes jurídicos; y la libertad científica, en el ámbito universitario, exigiría garantías de organización y de procedimiento (y participación) adecuadas para que ese derecho pueda ejercerse efectivamente.⁴⁵

A ello se suman las obligaciones internacionales del Estado venezolano en materia de derechos humanos, entre las que sobresale la obligación de respeto y garantía de estos derechos consagrada en los principales tratados internacionales sobre derechos humanos, hoy constitucionalizados (artículo 23), la cual implica no sólo una abstención de las autoridades, sino también el deber de amparar estos derechos frente a las lesiones de que puedan ser objeto.

Pues bien, la inconstitucionalidad de la ley que regule o afecte un derecho constitucional puede derivarse del incumplimiento de ese deber de protección, que frecuentemente se originará en una omisión de la ley correspondiente, aunque no exista una directriz específica en el artículo que consagra el derecho de que se trate. Es preciso aclarar, no obstante, que el control judicial ejercido frente a estos defectos o insuficiencias de la legislación no estaría dirigido a asegurar un nivel óptimo de protección de tales derechos, sino un mínimo imprescindible.

⁴⁵ Véase Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 454 y ss.; Michael Sachs, *Verfassungsrecht II (Grundrechte)*, Springer, Berlín-Heidelberg-Nueva York, 2000, pp. 41 y ss.

d. Por desconocimiento del reparto constitucional de competencias

En ocasiones la jurisprudencia constitucional ha acudido implícitamente a la figura de la omisión legislativa al examinar leyes contrarias al reparto constitucional de competencias, que no reconocían la participación de los entes federados en la toma de decisiones que incidían en competencias concurrentes o compartidas. Las leyes violatorias de ese reparto competencial a menudo lo serán por acción, pero en ocasiones emerge la figura de la inconstitucionalidad por omisión.

Es ilustrativo un caso de la jurisprudencia constitucional española examinado por Jiménez Campo, que podría visualizarse bajo la óptica de la inconstitucionalidad por omisión. La Ley General Presupuestaria, en una materia que repercutía en las competencias de las Comunidades Autónomas, tan sólo establecía que éstas debían ser “oídas”, lo cual fue considerado insuficiente por el Tribunal Constitucional, que exigió al legislador articular una forma más intensa de cooperación.⁴⁶

e. Por vulneración del principio de igualdad

Como ya señalamos, los casos más emblemáticos de inconstitucionalidad por omisiones relativas del legislador se relacionan con la exclusión (silente) 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.

La jurisprudencia constitucional alemana ha declarado, por ejemplo, la incompatibilidad con la Ley Fundamental (artículo 3, inciso 2) de una norma de una ley estatal que garantizaba a las mujeres trabajadoras con un hogar a su cargo un día libre al mes para el trabajo en casa, pero que no decía nada respecto de los hombres.⁴⁷

La expresión *exclusión arbitraria o discriminatoria de beneficio*, bajo el influjo de la jurisprudencia constitucional alemana, comprende estos supuestos, que ofrecen ciertas dificultades desde el costado de la respuesta jurídica adecuada para afrontarlos. Los tribunales constitucionales han encarado, sin embargo, estas omisiones legislativas, 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, como luego reiteraremos.

⁴⁶ Op. cit., p. 124.

⁴⁷ Cf. Schlaich, op. cit., p. 281

4. *Omisión legislativa, lagunas jurídicas y aplicación directa de la Constitución*

Con frecuencia se relaciona el concepto de omisión legislativa con el de laguna, bien para subrayar sus profundas diferencias, bien para poner de relieve su íntima conexión. Conviene aproximarnos a la distinción entre ambas nociones, para luego examinar el importante papel de la aplicación directa de las normas constitucionales como respuesta jurídica ante la inactividad del legislador.

Las lagunas legales han sido definidas como “una incompletez contraria al plan de la ley”.⁴⁸ Se trata, pues, de la ausencia de una regulación legal en relación con un asunto que, de acuerdo con el plan de la ley, objetivamente considerado, debió haber sido resuelto por ésta. A falta de esa solución expresa y específica en la ley, el juez acude generalmente a la analogía o a los principios generales del Derecho para la integración de la laguna.

La laguna no implica, a diferencia de la omisión legislativa (inconstitucional), tal como sostuvo Mortati, la desatención de una obligación jurídica de hacer,⁴⁹ pues no existe un deber jurídico de regular todos los supuestos posiblemente comprendidos dentro del plan de la ley. La existencia de lagunas es, más bien, un fenómeno absolutamente normal en la dinámica del Derecho que no merece en sí mismo censura alguna. La falta de aprobación de leyes exigidas por la Constitución, dentro de un plazo razonable o dentro del que fije la propia Constitución, o la regulación incompleta o deficiente de una materia, en contravención a lo dispuesto en la Constitución, sí es censurable, en cambio, desde una óptica jurídico-constitucional.

La diferencia fundamental, sin embargo, que generalmente pasa inadvertida, entre la omisión legislativa y la laguna estriba en que esta última en principio presupone la necesidad y la posibilidad de ser colmada mediante los métodos jurídicos de integración,⁵⁰ mientras que la primera no. Se habla de laguna cuando la ley reclama una solución jurídica en relación con un caso no contemplado en ella y que debe ser resuelto, atendiendo al plan de la ley, mediante la integración. En cambio, la omisión legislativa es un no hacer del legislador que, según las circunstancias, puede merecer el reproche de la inconstitucionalidad, pero no necesariamente implica ni genera una laguna. La falta de sanción de la legislación sobre las haciendas públicas estatales o sobre el cuerpo de policía nacional, por ejemplo, comporta una inconstitucionalidad por omisión, al haber transcurrido el plazo establecido en la Constitución para su aprobación, pero no genera una laguna en sentido estricto, que pueda ser llenada me-

⁴⁸ Karl Larenz, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1994, p. 366.

⁴⁹ En relación con la tesis de Mortati sobre el concepto de omisión legislativa, cf. Ahumada, op. cit., pp. 170-171 y 177.

⁵⁰ Sobre la existencia de lagunas no colmables según los métodos jurídicos ordinarios, cf. Larenz, op. cit., pp. 396 y ss.

dian­te la integración. Simplemente se mantiene el *statu quo* imperante hasta que el legislador actúe.

Las omisiones legislativas pueden, no obstante, producir lagunas. Es lo que ocurre cuando, al intentar aplicar preceptos inmediatamente operativos de la Constitución pero que reclaman una intervención del legislador para asegurar su plena eficacia, el juez se encuentra con una omisión legislativa generadora de una laguna que lo lleva a acudir a las técnicas de integración.

Éste fue el camino que debieron seguir nuestros tribunales de instancia, primero, y la Corte Suprema de Justicia, después, para dar operatividad al amparo constitucional previsto en el artículo 49 de la Constitución de 1961. En vista de la mora del legislador en la aprobación de la regulación del amparo, tuvieron que acudir a la analogía para determinar las reglas de competencia y de procedimiento aplicables hasta que fuera dictada la ley respectiva. En este caso la laguna consistía precisamente en la ausencia de previsión legal respecto de la competencia para conocer de esa acción y del procedimiento que debía seguirse para su tramitación, lo cual, sobre todo después de haber transcurrido más de veinte años desde la entrada en vigor de la Constitución, no podía ser un impedimento para que la Corte Suprema de Justicia, en su célebre sentencia del 20 de octubre de 1983 (caso *Andrés Velásquez*), reconociera y facilitara la vigencia del instituto. En esa ocasión, el Supremo Tribunal, en Sala Político Administrativa, declaró:

Al admitir la posibilidad del ejercicio actual del recurso de amparo, no puede la Corte dejar de advertir que los Tribunales de la República deben hacer *un uso prudente y racional* de la norma contenida en el artículo 49 de la Constitución, tratando de suplir por medio de la analogía y demás instrumentos de interpretación de que los provee el sistema jurídico venezolano, la lamentable ausencia de una ley reglamentaria de la materia.

La jurisprudencia española ofrece muestras de la función que puede cumplir la aplicación directa de la Constitución y la integración judicial del Derecho en la reparación de la inconstitucionalidad por omisión. Así, el Tribunal Constitucional, 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, 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 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 aplase hasta que se configure el procedimiento que pueda conferir plena realización a su derecho de objetor.⁵¹

En consecuencia, frente a la inactividad del legislador y dada la existencia de una materia que debía ser regulada por la ley, el Tribunal dicta un fallo que, 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, mediante la suspensión de la obligación de incorporación a filas en relación con quienes hagan valer esa condición. De esta forma se garantizaba el “contenido mínimo”, inmediateamente aplicable, de ese derecho constitucional, respetando a la vez la “reserva de configuración legal”.

Se ha sostenido que los supuestos en que procede la aplicación inmediata de una norma constitucional excluyen la existencia de una laguna y, por tanto, la integración, a pesar del silencio legislativo.⁵² Esta aseveración resulta, sin embargo, discutible. Si la norma constitucional regula de manera autosuficiente una materia o asunto, sin requerir de complementación legislativa para asegurar su plena eficacia (cuando reconoce el derecho del detenido a comunicarse inmediateamente con una persona de su confianza, o cuando prohíbe la censura, por ejemplo), es obvio que la ausencia de regulación legal no puede calificarse de laguna, porque ni siquiera estamos en presencia de una omisión legislativa. Cosa distinta ocurre cuando la norma constitucional reclama una complementación legal; así, en la sentencia antes citada, la omisión legislativa generó una laguna en cuanto al tratamiento que debían recibir los casos que se presentaran antes de la aprobación de la ley correspondiente, la cual fue colmada por el Tribunal Constitucional mediante la aplicación directa del “contenido mínimo” del derecho constitucional. La circunstancia de que una laguna pueda ser llenada fácilmente no implica su inexistencia, sobre todo si tenemos en consideración que normalmente las lagunas se constatan después que el aplicador del Derecho ha hallado en el ordenamiento la norma o principio que permite dar al caso planteado una solución adecuada.

Algo similar sucedió con la citada sentencia de nuestro Supremo Tribunal del 20 de octubre de 1983: la omisión legislativa no obstaba a la operatividad inmediata del derecho al amparo consagrado en el artículo 49 de la Constitución, pero había una laguna en lo relativo a la competencia judicial y al procedimiento, que debía ser llenado por los jueces ordinarios mediante la analogía, básicamente, siguiendo las directrices sentadas por el Máximo Tribunal.

Luego mencionaremos otros ejemplos de nuestra jurisprudencia y aludiremos al problema de las lagunas no colmables mediante la intervención judicial.

⁵¹ STC 15/1982.

⁵² Villaverde, *op. cit.*, p. 73-74, entre otras.

IV. El control judicial de las omisiones legislativas

1. Consideraciones previas

Antes dijimos que era importante tener una visión de conjunto de las respuestas jurídicas que, tanto en el nuestro como en otros ordenamientos jurídicos, se ofrecen para proteger la Constitución frente a las omisiones legislativas, más aún al ser disímiles las manifestaciones que éstas pueden tener, como también el tratamiento jurídico que merecen.

La experiencia comparada enseña que la acción específica o directa de inconstitucionalidad por omisión es sólo uno de los instrumentos, no siempre adecuado, que puede emplearse para controlar los silencios del legislador. Antes o paralelamente a su reconocimiento en algunos países como un mecanismo de control de las omisiones legislativas, se desarrollaron formas de control de éstas en el plano de la aplicación judicial del Derecho o de las vías tradicionales de control de la constitucionalidad de las leyes, que siguen teniendo vigencia.

Sin ánimo de exhaustividad, presentaremos un elenco de esas respuestas jurídicas, la mayoría de las cuales son extensibles al Derecho venezolano, que también ha realizado contribuciones importantes, para luego examinar en particular la acción de inconstitucionalidad por omisión.

2. Mediante instrumentos jurídicos generales

A. La aplicación directa de la Constitución y la integración normativa (en procesos constitucionales u ordinarios)

Hoy no es posible sostener la categoría de las normas constitucionales meramente programáticas, al menos en el sentido que se atribuyó a esta expresión en nuestro país antes de la célebre sentencia de la extinta Corte Suprema de Justicia, en Sala Político Administrativa, del 20 de octubre de 1983 (caso *Andrés Velásquez*). A partir de esta sentencia, y de la praxis judicial que acompañó el ejercicio del amparo constitucional en los distintos tribunales de la República, se creó una sólida conciencia sobre la fuerza normativa de todos los preceptos constitucionales, y sobre su operatividad, particularmente de los que consagran derechos constitucionales, a lo cual ahora se suma el reconocimiento de la aplicabilidad directa e inmediata de los tratados internacionales sobre derechos humanos, que está en consonancia con la confirmación constitucional del principio de eficacia de todo derecho inherente a la persona, aun a falta de ley reglamentaria (artículos 22 y 23 de la Constitución).

Ello no impide, sin embargo, diferenciar entre variados grados de operatividad de las normas constitucionales, para lo cual algunos autores latinoamericanos emplean, con un alcance diverso al que tuvo entre nosotros, el concepto de normas programáticas.⁵³ Sin pretender ahondar en esta temática, resulta claro, por ejemplo, que

⁵³ Véase Sagüés, *La interpretación...*, op. cit., pp. 178 y ss.

no es idéntica la eficacia del artículo 57 de la Constitución, que consagra la libertad de expresión, o de su artículo 236, numeral 9, que faculta al Presidente de la República, en Consejo de Ministros, para convocar a la Asamblea Nacional a sesiones extraordinarias, con la de sus artículos 296, en lo que atañe a la facultad de la sociedad civil de postular a tres de los integrantes del Consejo Nacional Electoral, o 312, conforme al cual la ley debe fijar límites al endeudamiento público. Aunque todos son preceptos con fuerza vinculante, los últimos requieren de la intervención del legislador para alcanzar plena eficacia.

Al respecto, interesa poner de relieve que, 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. Esta función aplicativa de la Constitución e integradora de lagunas relacionadas con omisiones legislativas puede desempeñarse no sólo en los procesos de amparo, aunque sea éste el canal que con gran frecuencia se empleará para hacer frente a ciertos efectos de los silencios legislativos, sino en cualquier tipo de proceso, cuando sea necesario para resolver casos concretos y la laguna sea colmable jurídicamente.

Ello sucedió, como antes subrayamos, con el artículo 49 de la Constitución de 1961, en materia de amparo, lo cual puede aplicarse a preceptos de la Constitución vigente. Así, a pesar de que el artículo 44 de la Carta Fundamental dispone que toda detención o privación de libertad debe fundarse en una orden o decisión judicial, salvo caso de flagrancia, la legislación aún no ha previsto la intervención judicial en relación con privaciones de libertad practicadas al margen del proceso penal, que dentro de ciertos límites resultan admisibles, como la detención de extranjeros que se encuentren ilegalmente en el país a los fines de su expulsión, la cual, de acuerdo con la legislación de extranjería, hoy es meramente administrativa. En estos supuestos los jueces pueden acudir a la analogía para suplir la falta de la previsión legal sobre la competencia y el procedimiento judicial relativos al ejercicio de ese control judicial automático, no dependiente de instancia de parte, guiándose tal vez por la regulación constitucional y legal del amparo de la libertad personal. Lo anterior no excluye, dicho sea de paso, el efecto derogatorio directo de la Constitución de 1999 y de 1961 sobre disposiciones que establecen sanciones administrativas privativas de la libertad, previstas especialmente en los Códigos de Policía de los estados.

En el Derecho comparado es célebre la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán que, ante la falta de cumplimiento por el legislador del mandato constitucional de procurar la igualdad de condiciones entre los hijos matrimoniales y los extramatrimoniales (artículo 6, inciso 5, de la Ley Fundamental), y dado que había vencido con creces el plazo establecido por la Constitución para el mantenimiento de la vigencia de la legislación preconstitucional sobre ésta y otras materias relacionadas

con el principio de igualdad (artículo 117, inciso 1, de la Ley Fundamental), facultó a los jueces ordinarios para aplicar directamente el artículo 6, inciso 5, e integrar las lagunas derivadas de la falta de desarrollo legislativo. Para el Tribunal Constitucional esta aplicación directa era posible por el vencimiento del plazo fijado en el artículo 117, inciso 1, cuya finalidad era permitir al legislador la adaptación de la legislación preconstitucional, y por el contenido positivo y claro del precepto constitucional.⁵⁴

También la jurisprudencia constitucional española, mediante la aplicación inmediata de la Constitución, ha superado omisiones legislativas y ha reconocido la eficacia, plena o parcial, de los preceptos constitucionales en juego. Así lo hizo en relación con el derecho de objeción de conciencia, en el caso ya examinado; el derecho del español que no hable castellano a gozar del derecho a un intérprete público, pese al silencio del legislador; el derecho a la libertad de expresión y comunicación de las televisiones por cable de ámbito local, entonces no reguladas por la normativa sectorial correspondiente, lo cual no debía entenderse como una prohibición, sino más bien como un ejercicio libre del derecho; y el derecho a la protección de datos personales, cuyo “contenido mínimo” debía asegurar pese a la ausencia de desarrollo legislativo. También ha acudido a la legislación preconstitucional para colmar lagunas ligadas al ejercicio del derecho de reunión, de la cual se sirvió para determinar el procedimiento aplicable en orden a la “comunicación previa” a la autoridad de las reuniones en lugares de tránsito público o de manifestaciones, aunque considerando derogada por la Constitución la exigencia de “autorización previa”.⁵⁵

Importa aclarar que, ante un silencio del legislador en relación con alguna forma de ejercicio de un derecho constitucional, la solución no siempre será la admisión de su despliegue irrestricto, hasta que intervenga el legislador. Muestra de ello es la jurisprudencia sobre la objeción de conciencia, ya citada, que procura garantizar un “contenido mínimo” del derecho, al estar involucrados elementos entregados por la Constitución a la “configuración legal”. El reconocimiento de los supuestos en que esa solución es correcta no es sencillo, como lo pone de manifiesto la decisión del Tribunal Constitucional español en la que estableció, en aparente contradicción con lo decidido respecto de la televisión local por cable, que la televisión local por ondas hercianas no podía desarrollarse sin marco regulatorio previo, dada la imposibilidad de que dicho Tribunal asumiera la función de ordenación o asignación de frecuencias.⁵⁶

Han sido planteadas algunas ideas en relación con las lagunas originadas en omisiones legislativas que no serían subsanables mediante la integración normativa. En tal sentido, se ha expresado que no es posible hacerlo:

⁵⁴ Cf. Fernández Segado, op. cit., pp. 19 y 20.

⁵⁵ Un examen de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español en esta materia puede encontrarse en Fernández Rodríguez, op. cit., pp. 411 y ss.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 441.

- Cuando la regla de derecho necesaria no es deducible de los principios y normas constitucionales. No cabe la “concretización”.
- Cuando la adopción del derecho que colma la laguna es ejercicio de una opción política (ámbito de discrecionalidad del legislador).
- En los propios límites del empleo de la analogía:
 - a) La aplicación analógica es incompatible con el principio de legalidad penal (STC 75/84, 27 de junio, FJ 5 y 6). De acuerdo también con el tenor del artículo 4.2 Cc.
 - b) Es imposible cuando el legislador ha pretendido regular restrictivamente una materia (“singularia non sunt extendenda”). Son los supuestos en que la omisión se identifica con exclusión.
 - c) La analogía no es utilizable para restringir derechos (“odiosa sunt restringenda”).
 - d) No se puede suplir por vía analógica la falta de desarrollo legal. Son éstos, entre otros, los supuestos de omisión “absoluta”.⁵⁷

Estos criterios orientadores merecen alguna matización a la luz de la praxis de los tribunales constitucionales. Así, en ocasiones el juzgador se ve forzado a acudir a la analogía para hacer viable algún precepto constitucional aún no legislado, a pesar de que la solución “extrapolada” no necesariamente se deduce de la Constitución, hasta el punto de que el legislador puede apartarse de ella cuando regule la materia. Esto luce aceptable sobre todo cuando se trate de aspectos adjetivos o procedimentales complementarios a la normativa constitucional. Por otro lado, si el legislador ha pretendido regular restrictivamente una materia y ello se traduce en una omisión legislativa excluyente y discriminatoria, no está completamente descartada la extensión de la regulación de que se trate al sector o a la categoría de personas omitida, cuando ella sea la única solución compatible con la Constitución y no resulte menoscabada la libertad del legislador en cuanto a la determinación del alcance económico de ciertas prestaciones o beneficios a cargo del Estado. Ejemplo de ello es, en parte, la sentencia del Tribunal Constitucional español que, al declarar inconstitucional la exclusión (silente) de las parejas de hecho del régimen de subrogación arrendaticia, aplicable en caso de fallecimiento de alguno de los cónyuges según la legislación preconstitucional, facultó a los jueces para extender esa regulación, al resolver demandas concretas, “a quien hubiese convivido de modo marital y estable con el arrendatario fallecido”.⁵⁸

La integración de lagunas generadas por exclusiones legislativas (silentes) plantea, en los sistemas de control concentrado de la constitucionalidad de las leyes, problemas especiales, pues los jueces ordinarios no podrían rechazar la ley omisiva; pero en casos como el citado, el pronunciamiento previo del Tribunal Constitucional los habilita para tal intervención integradora.

⁵⁷ Ahumada, op. cit., p. 178.

⁵⁸ STC 222/1992.

La jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha dado pasos interesantes en cuanto a la cobertura de lagunas originadas en silencios legislativos, a los que nos referiremos a continuación.

B. La llamada “jurisdicción normativa”

La labor de cubrir vacíos normativos relacionados con silencios legislativos realizada por la Sala Constitucional del Máximo Tribunal venezolano ha sido calificada recientemente por ésta como “jurisdicción normativa”, en la sentencia del 22 de agosto de 2001, dictada en el caso *ASODEVIPRILARA*. No obstante, dicha labor se remonta a sus primeras decisiones y ha signado la jurisprudencia constitucional posterior, por lo que tal sentencia ha venido sólo a sistematizar elementos anteriores y a precisar algunas ideas sobre el alcance y justificación de esa jurisprudencia.

En efecto, desde los fallos dictados en los casos *Emery Mata Millán y Domingo Gustavo Ramírez Monja*, del 20 y 21 de enero de 2000, la Sala Constitucional debió afrontar la cuestión de la aplicabilidad inmediata de las normas constitucionales y de la necesidad de cubrir lagunas normativas cuando fuera imprescindible para dotarlas de eficacia. En particular, la Sala se pronunció sobre la posibilidad de ejercer la facultad de revisión de sentencias prevista en el numeral 10 del artículo 336 de la Constitución, aunque no hubiese sido dictada la regulación legal a la que ese mismo numeral remite. La Sala sostuvo:

Si bien es cierto, que la Constitución dispone la promulgación de una Ley Orgánica para regular el ejercicio de la facultad prevista en el numeral 10 del artículo 336 de la Constitución, es principio aceptado en la doctrina constitucional, que los preceptos orgánicos son de inmediata aplicación por todos los poderes públicos, y, en particular, por los órganos a los que la disposición constitucional se refiere. Existan o no las normas que desarrollen la regulación constitucional, ésta es plenamente eficaz por sí misma y, por lo tanto, establece pautas para el funcionamiento del órgano al que se refiera la norma constitucional. En consecuencia, aun cuando no haya sido dictada la ley que desarrolle el precepto constitucional, la disposición contenida en el numeral 10 del artículo 336 de la Constitución, es de aplicación inmediata por la Sala Constitucional.

Luego reiteró: “[...] las instituciones constitucionales deben entrar en vigor de inmediato, cuando fuera posible, sin esperar desarrollos legislativos ulteriores”, y concluyó en el sentido siguiente:

[...] considera esta Sala que en forma selectiva, sin atender a recurso específico y sin quedar vinculado por peticiones en este sentido, la Sala por vía excepcional puede revisar discrecionalmente las sentencias de amparo que, de acuerdo a la competencia tratada en ese fallo, sean de la exclusiva competencia de los Tribunales de Segunda Instancia, quienes conozcan la causa por apelación y que por lo tanto no susceptible de consulta, así como cualquier otro fallo que desacate la doctrina vinculante de esta Sala, dictada en materia constitucional, ello conforme a lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 336 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

De esta forma, a pesar de que la Sala afirmó que en supuestos como éste la regulación constitucional “es plenamente eficaz por sí misma”, terminó admitiendo

implícitamente la existencia de una laguna y procedió a colmarla, indicando el modo en que ejercería la facultad de revisión de sentencias.

Una posición semejante ha mantenido en relación con la aplicación inmediata del principio constitucional de oralidad y de otros principios previstos en el artículo 27 de la Constitución a las acciones de amparo, que la llevó a modificar el procedimiento legalmente establecido;⁵⁹ la vigencia del derecho-garantía de hábeas data consagrado en el artículo 28 de la Carta Fundamental, en lo concerniente a la posibilidad de hacerlo valer judicialmente a través del amparo o de procesos ordinarios, según el caso, atendiendo a los criterios de fondo y de competencia que la propia Sala estableció;⁶⁰ la operatividad del derecho a requerir la tutela judicial invocando intereses difusos, dentro de las limitaciones que la Sala fijó en relación con la representación de la sociedad civil en juicio, y con el reconocimiento de su propia competencia para conocer de las acciones respectivas, prescindiendo de las reglas generales de competencia.⁶¹

Aunque de manera general resulta plausible esta tendencia de la jurisprudencia constitucional a vitalizar la Constitución cuando el legislador no ha actuado, en lugar de adormecerla, como a veces ocurrió durante la vigencia de la Constitución de 1961 respecto de algunas de sus disposiciones, las sentencias dictadas en algunos de los casos citados merecen una reflexión crítica desde la óptica de los límites de la jurisdicción constitucional. No parece, en primer término, que el reconocimiento constitucional del carácter oral del amparo justifique la supresión por vía jurisprudencial de la presentación, por el presunto agravante, del informe previsto en el artículo 23 de la ley de la materia, entre otras razones porque el procedimiento allí contemplado ya tenía una importante dosis de oralidad, aunque no alcanzara el óptimo constitucional que es tarea del legislador procurar. El procedimiento preconstitucional establecido en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales era suficiente para dar aplicación al principio constitucional de oralidad hasta que el legislador interviniese, para lo cual los jueces podían, bajo la exhortación de la Sala Constitucional, superar la práctica de las audiencias constitucionales meramente rituales.

En segundo término, algunos de los pronunciamientos relativos a la representación de la sociedad civil en juicio y a la actuación de organizaciones sociales en la defensa judicial de intereses difusos introducen una serie de condicionamientos no previstos ni derivados de la Constitución, ni tampoco originados en una integración del Derecho con base en el método jurídico, lo cual escapa a la función de los jueces

⁵⁹ Sentencia del 1 de febrero de 2000, caso *José Amando Mejía*.

⁶⁰ Sentencia del 14 de marzo de 2001, caso *INSACA*, entre otras.

⁶¹ Sentencias del 30 de junio y del 21 de noviembre de 2000, casos *Defensoría del Pueblo y Gobernadores*, entre otras.

constitucionales, llamados más bien, como lo ha aseverado la propia Sala, a tornar plenamente operativos sus preceptos, en lo posible. Igualmente, la competencia especial que la misma Sala se atribuye en relación con las acciones de amparo basadas en la libertad informativa prevista en el artículo 28 de la Constitución o de aquellas en que se invoquen intereses difusos o colectivos, ya de por sí discutible, en modo alguno puede entenderse como exclusiva, pues entonces nos hallaríamos también ante una limitación, más que ante un despliegue, de la fuerza normativa del precepto constitucional, ya que la concentración de competencias en esa Sala conspira contra la efectividad *ratione loci* del instrumento procesal y cercena la doble instancia.

De manera global se echa de menos en algunas de las sentencias la distinción entre aquello que la Sala, conforme a los procedimientos jurídicos de integración, puede establecer como criterios provisionales, válidos hasta la intervención del legislador y, por tanto, susceptibles de modificación, y lo que es una interpretación vinculante no sólo para los jueces sino también para el legislador futuro, por derivarse, como solución necesaria, de la propia Constitución. Uno de los temas en que ha existido confusión respecto del alcance de los criterios sentados por la jurisprudencia constitucional es el de la forma de ejercicio y la extensión de la facultad de revisión de sentencias. Recientemente la Sala Constitucional ha afirmado la naturaleza provisional de las reglas establecidas para cubrir la ausencia de normas legales en los supuestos reseñados,⁶² aunque ello no excluye que las sentencias correspondientes contengan interpretaciones permanentes de la Constitución en relación con algunos aspectos de la materia tratada.

La labor cumplida en este ámbito por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha sido recogida últimamente en la categoría de la “jurisdicción normativa”, es decir, una jurisprudencia que tendría valor de norma jurídica en tanto regulatoria de relaciones o situaciones jurídicas aún no abordadas por el legislador, aunque ostentaría carácter transitorio.

Al respecto, la Sala ha sostenido:

En base a dicha norma (artículo 335), en los casos concretos donde surge alguna infracción constitucional, la Sala ha ejercido la jurisdicción en forma normativa, dándole vigencia inmediata a la norma constitucional, y señalando sus alcances o formas de ejercicio, así no existan leyes que la desarrollen directamente.

Se trata de interpretaciones vinculantes que obran como una normativa restringida, hasta que la Asamblea Nacional legisle sobre la materia.

Por esta vía no sólo se han colmado normas constitucionales que carecían de cualquier desarrollo legal, como ocurrió en los fallos que tratan sobre los derechos e intereses difusos o colectivos (Casos: Defensoría del Pueblo del 30-06-00; William Ojeda

⁶² Además de la sentencia dictada en el caso *ASODEVIPRILARA*, puede consultarse la sentencia del 14 de diciembre de 2001, caso *DHL Fletes aéreos CA*.

del 31-08-00; Veedores de la UCAB del 23-08-00); o el que se refirió a la legitimación en juicio de la sociedad civil (Caso: Gobernadores del 21-11-00); o el que resolvió lo relativo al habeas data (Caso: Insaca del 14-03-01), sino que en casos donde había que aplicar leyes que chocaban con la Constitución, se dejaron sin efecto artículos de dichas leyes, y jurisprudencialmente se sustituyeron las normas inconstitucionales, por interpretaciones de cómo se debía actuar, a fin que la institución prevista en la Constitución pudiera aplicarse. Esto último sucedió, por ejemplo, con el procedimiento de amparo (Caso: José Armando Mejía del 01-02-00).

Este ejercicio de la jurisdicción con efecto normativo provisorio, ha funcionado cuando se ha planteado un caso de violación constitucional concreto que ha de ser resuelto, no siendo ello posible, cuando lo que se pide es una interpretación constitucional en abstracto, si es la ley aún no dictada quien debe desarrollar la norma constitucional (sentencia del 5 de octubre de 2000. Exp. 00-1236, Caso Hermann Escarrá).

A esta especie de ejercicio de la jurisdicción se le critica que es fuente de incertidumbre, que no se encuentra prevenida en la ley, y que afecta la seguridad jurídica por falta de predictibilidad. Sobre la crítica, la Sala considera que el artículo 335 Constitucional permite la jurisdicción normativa, sobre todo con relación a normas programáticas existentes dentro de la Carta Fundamental, que quedarían en suspenso indefinidamente hasta que el legislador tuviere a bien desarrollarlas, quedando en suspenso su efectividad en el tiempo. Por ello, tal inmovilismo constitucional ha sido rechazado por esta Sala, por aplicación inmediata de los principios constitucionales (ver sentencia José Armando Mejía) [...]

Ha sido así, que esta Sala, fundada en el artículo 335 constitucional, para que los principios, derechos, garantías y deberes constitucionales tengan aplicación inmediata ha ido creando interpretaciones vinculantes que llenen los vacíos provenientes de la falta de desarrollo legislativo de las normas constitucionales, o de la existencia de una situación de desarrollo atrofiado de las mismas, producto de la ley.⁶³

Esta doctrina jurisprudencial parecería contradecir los criterios sentados en sentencia de la misma Sala Constitucional del 19 de julio de 2001 (caso *Hermann Escarrá*), en la cual se estableció una distinción rotunda entre la labor desempeñada por la Sala al resolver casos concretos, mediante amparo constitucional u otros instrumentos de la justicia constitucional, y la cumplida al conocer y resolver, con fundamento en el artículo 335 de la Constitución, recursos de interpretación constitucional. La primera sería una auténtica *jurisdictio*, que produce una norma individualizada cuya eficacia se limita al caso resuelto, sin perjuicio de su efecto vinculante para otros órganos jurisdiccionales con base en la técnica del precedente; mientras que la segunda sería más bien una “verdadera *jurisdiction*”, que tendría efectos *erga omnes* y *pro futuro*, y consistiría en proferir una interpretación general o abstracta, y cuasiauténtica o paraconstituyente, de la Constitución, en relación con la materia o los artículos objeto del recurso.

La contradicción, o por lo menos la matización, residiría en que la “jurisdicción normativa” parece traspasar los confines que esta sentencia atribuye a la “*jurisdictio*”, pues establece criterios de efectos vinculantes generales, pero no llega a ser propia-

⁶³ Sentencia del 22 de agosto de 2001, caso *ASODEVIPRILARA*.

mente “*jurisdactio*”, dado el carácter provisional de éstos. De cualquier modo, tal distinción, que resulta discutible en algunos aspectos que debemos dejar de lado en este trabajo, no es aceptable cuando pretende conferir a la función prestada por la Sala Constitucional un carácter *para o cuasiconstituyente* que en modo alguno ostenta, ni siquiera cuando conoce del recurso de interpretación constitucional.

En cuanto a los conceptos emitidos por la Sala Constitucional al formular su doctrina sobre la “jurisdicción normativa”, importa observar, para evitar equívocos, que la facultad de la Sala Constitucional de integrar lagunas o vacíos jurídicos vinculados a silencios legislativos en modo alguno puede ser concebida ni aplicada como una potestad legislativa paralela a la del legislador ordinario, que se distinguiría de ésta por su provisionalidad. La jurisdicción, incluso la constitucional, es por definición un proceso básicamente aplicativo y cognitivo que, sin perjuicio de los aspectos creativos que posee y de su contribución decisiva a la “construcción” del Derecho, carece de la libertad política y de configuración normativa que, dentro de los límites de la Constitución, es propia del legislador. La naturaleza “normativa” de la función jurisdiccional cumplida por la Sala Constitucional cuando colma vacíos legislativos para hacer operativos ciertos preceptos constitucionales —que la sentencia denomina impropiaemente “programáticos”— estribaría sólo en los efectos generales (*erga omnes*) de los criterios sentados sobre el modo de aplicación de la disposición constitucional hasta la intervención del legislador. Una visión distinta de esta cuestión convertiría la llamada jurisdicción normativa en jurisdicción legislativa, lo cual no es aceptable en un Estado democrático de Derecho.

Por otra parte, dado que la Sala Constitucional fundamenta la tarea desempeñada en esos supuestos en el artículo 335 de la Constitución, que, entre otras cosas, prevé el carácter vinculante de las interpretaciones constitucionales establecidas por ella, conviene advertir que, en rigor, la potestad judicial de aplicar directamente la Constitución y, eventualmente, de integrar lagunas de la legislación para permitir la operatividad de normas constitucionales, es una consecuencia de la fuerza normativa y de la supremacía de la Constitución, y del deber de todos los jueces de asegurar su integridad, a tenor del artículo 334 de la Constitución. La aclaratoria resulta necesaria, pues la invocación del artículo 335 de la Constitución podría inducir a pensar que sólo el Tribunal Supremo de Justicia, en especial a través de su Sala Constitucional, estaría facultado para ejercer tal potestad, lo cual no es cierto. El artículo 335 brinda fundamento a los efectos generales de las interpretaciones constitucionales establecidas por la Sala Constitucional.

C. *El control de la constitucionalidad de las leyes*

El control de constitucionalidad de las leyes ha sido empleado frecuentemente para afrontar las omisiones legislativas. Más aún, fue en el contexto del mismo que comenzaron a plantearse los problemas jurídicos relacionados con el control judicial de los silencios legislativos y que éste empezó a ejercerse de manera efectiva.

Este instrumento se ha desarrollado, como es lógico, en relación con las omisiones relativas, mediante una extensión del control de constitucionalidad de lo afirmado o previsto por la ley a lo que la ley calla o silencia. Tal modalidad de control ha sido aplicada en países europeos con sistemas de jurisdicción constitucional concentrada, fundamentalmente en el marco de la cuestión de inconstitucionalidad, es decir, del planteamiento al tribunal o corte constitucional por los jueces ordinarios de una “cuestión” sobre la posible inconstitucionalidad de una ley relacionada con el caso examinado. En lo concerniente a las omisiones legislativas, esta forma de control concreto de la constitucionalidad se ha ejercido especialmente sobre los silencios de la ley que pueden traducirse en la exclusión discriminatoria de algunas personas del disfrute de algún beneficio, pero también ha sido utilizado en otros casos de omisiones relativas.

Así, la Corte Constitucional italiana se ha pronunciado sobre la posible inconstitucionalidad del artículo 304 del Código de Procedimiento Penal, que permite la intervención del defensor en ciertos actos procesales, pero guarda silencio en relación con otros, como el interrogatorio del imputado o el registro personal. La Corte declaró la inconstitucionalidad de ese precepto en lo relativo a la falta de previsión del derecho del defensor de participar en estos actos procesales. El problema no se planteó desde la óptica del principio de igualdad, sino del alcance del derecho a la defensa.⁶⁴

Ante la omisión relativa, la corte o tribunal constitucional al que se eleva la cuestión de inconstitucionalidad puede adoptar decisiones de variada índole. Aparte de la desestimación total de la cuestión suscitada, se adoptan pronunciamientos meramente declarativos de la inconstitucionalidad, originados en la jurisprudencia constitucional alemana, a veces aunados a un llamado a la integración por los jueces de la laguna relacionada con la inconstitucionalidad advertida; y en ocasiones se dictan fallos que extienden al sector o a las situaciones omitidas la regulación legal, denominados sentencias manipulativas o aditivas por la doctrina italiana.⁶⁵

Esta diversificación de las sentencias de inconstitucionalidad cobra especial significación en el control de las omisiones legislativas. Si la omisión (relativa) de la ley es inconstitucional por discriminatoria o por otra razón, una sentencia que declare la nulidad de la ley o norma omisiva normalmente sobrepasará el propósito de la decisión judicial, pues los beneficios concedidos por la ley a algún colectivo, o la regulación de algunas situaciones contenida en la ley, en sí mismas no censurables y en algunos casos constitucionalmente exigidas, también resultarían anulados. De ahí que se apele a pronunciamientos que simplemente declaran la inconstitucionalidad o la incompatibilidad con la Constitución de la ley omisiva, lo cual ofrece la ventaja adicional de permitir al legislador ponderar las circunstancias y tomar una nueva elec-

⁶⁴ Gustavo Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, 1977, p. 298.

⁶⁵ *Ibidem*, pp. 292 y ss.; Schlaich, *op. cit.*, pp. 269 y ss.

ción normativa dentro del marco constitucional. El legislador 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.

Mientras la intervención legislativa se produce, la ley incurra en inconstitucionalidad por omisión puede seguir siendo aplicada si el tribunal constitucional lo considera necesario, sin perjuicio de la interrupción del proceso en que se originó la cuestión de inconstitucionalidad o el amparo, y de otros procesos referidos a la misma norma legal, hasta la actuación del legislador. Esa ultractividad de la ley declarada inconstitucional se justifica especialmente en los casos de la negación arbitraria de un beneficio, ya que el sector favorecido por la regulación no debe resultar perjudicado por la exclusión de otras personas. Al legislador corresponde la revisión global de la materia.⁶⁶

Las sentencias “manipulativas”, en su vertiente “aditiva”, según la terminología italiana, son empleadas:

[...] cuando una disposición tiene un alcance normativo menor del que, constitucionalmente, debería tener. La Corte Constitucional interviene en estos casos declarando inconstitucional la disposición *en la parte en que no prevé* aquello que debería prever. Lo que resulta constitucionalmente incorrecto en estos casos no es una previsión negadora contenida en la ley (una excepción, una limitación, etc.): la ley en realidad calla. Pero justamente en este silencio estriba su inconstitucionalidad. La decisión de inconstitucionalidad se dirige por tanto a una omisión del legislador y partiendo de tal declaración de inconstitucionalidad se razona como si la norma faltante se tornase existente.⁶⁷

Es indudable la carga creativa o constructiva que poseen estas decisiones, tras las cuales el precepto legal sufre un cambio en su significación, que no se produce como simple derivación o efecto reflejo de la sentencia que ejerce el control de constitucionalidad, sino que representa la sustancia misma del control, encaminado precisamente a dotar al precepto de un alcance normativo del que originalmente carecía. Especial relevancia ostentan las sentencias aditivas en el ámbito de las discriminaciones normativas (omisivas), que permiten a la Corte extender determinados beneficios a colectivos no enunciados en la disposición. Así lo ha hecho, por ejemplo, para comprender dentro de los favorecidos por una previsión legal sobre la pensión de sobrevivientes al pariente que estuviera a cargo del difunto, aunque no fuera su cónyuge, si bien era ésta la condición textualmente requerida.⁶⁸

⁶⁶ Schlaich, op. cit., pp. 280 y ss.

⁶⁷ Zagrebelsky, op. cit., p. 298.

⁶⁸ *Ibidem*.

Son variadas las críticas que suelen suscitar las sentencias esbozadas, a las que también ha acudido el Tribunal Constitucional español y, en menor medida, el alemán. Las críticas obedecen bien al supuesto quebrantamiento de los límites de la jurisdicción constitucional que llevan aparejadas, lo cual no debería desempeñar un papel activo en la creación del Derecho, bien al carácter político de los criterios (de oportunidad o conveniencia) frecuentemente empleados para la ampliación de las implicaciones normativas del precepto legal.

Sin pretender entrar en esta polémica, conviene subrayar que para la jurisprudencia esa clase de sentencias sólo resultan admisibles:

[...] cuando la solución reparadora no deba ser el fruto de una valoración discrecional, sino consecuencia necesaria del juicio de legitimidad [constitucionalidad], de tal forma que la Corte en realidad proceda a una extensión lógicamente requerida e incluso implícita en la potencialidad interpretativa del contexto normativo en que se inserta la disposición impugnada.⁶⁹

Se trataría, pues, de los casos en que la solución aditiva adoptada en la sentencia viene impuesta por la interpretación de la Constitución o del ordenamiento, por lo que el aspecto creativo que posean se produciría, en realidad, en palabras de Crisafulli, “*a rime obbligate*”.

Por otra parte, importa señalar que, en ocasiones, los clásicos pronunciamientos anulatorios y las sentencias propiamente interpretativas han servido para la corrección de omisiones legislativas relativas, como lo pone de manifiesto el fallo, ya mencionado, del Tribunal Constitucional español que anuló la expresión “la viuda” de una ley relativa a la seguridad social para extender a los viudos el disfrute de las pensiones allí establecidas.

En lo que respecta al Derecho venezolano, tanto el control concentrado como el control difuso de la constitucionalidad de las leyes pueden ser utilizados para reparar omisiones legislativas relativas, sin que se planteen los numerosos problemas que se suscitan en los sistemas de jurisdicción constitucional concentrada, a causa de la prohibición dirigida a los jueces ordinarios de desaplicar leyes viciadas de inconstitucionalidad, por acción o por omisión. La posibilidad de que en el sistema venezolano se produzcan decisiones divergentes en torno a la constitucionalidad de una ley omisiva, y la manera de corregir su inconstitucionalidad en cada caso, puede ser solventada mediante la intervención de la Sala Constitucional, con base en la facultad de revisión prevista en el artículo 336, numeral 10, de la Constitución.

La facultad de los tribunales y de la propia Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia para controlar la constitucionalidad de leyes omisivas se fundamenta en el artículo 334 de nuestra Carta Magna, que los obliga a garantizar la integridad de la Constitución. Además, en relación con la Sala Constitucional es relevante el

⁶⁹ *Ibidem*, p. 304.

último párrafo del artículo 334, en lo concerniente a la posibilidad de declarar la nulidad de leyes omisivas, el artículo 335, y el propio numeral 7 del artículo 336 de la Constitución, que la autoriza para declarar la inconstitucionalidad de las omisiones legislativas, absolutas y relativas, pues nada impide que esta atribución se ejerza en el marco de la acción de inconstitucionalidad, cuando se esté en presencia de una omisión relativa.

D. El recurso de interpretación constitucional

La jurisprudencia de la Sala Constitucional venezolana, al crear pretorianamente una acción o recurso específico de interpretación constitucional, le ha otorgado un alcance que, al menos en la primera configuración de ese instrumento, repercute en la materia objeto de estudio.

En la sentencia del 22 de septiembre de 2000 dictada en el caso *Servio Tulio León Briceño*, que reconoció la admisibilidad de ese recurso con fundamento en el artículo 335 de la Constitución, se enunciaron los distintos supuestos en los que podría emplearse, entre los que se encuentra el siguiente:

Ha sido criterio de esta Sala, que las normas constitucionales, en lo posible, tienen plena aplicación desde que se publicó la Constitución, en todo cuanto no choque con el régimen transitorio.

Muchas de estas normas están en espera de su implementación legal producto de la actividad legislativa que las desarrollará.

El contenido y alcance de esas normas vigentes, pero aún sin desarrollo legislativo, no puede estar a la espera de acciones de amparo, de inconstitucionalidad o de la facultad revisora, porque de ser así, en la práctica tales derechos quedarían en suspenso indefinido.

Como paliativo ante esta situación, las personas pueden pedir a esta Sala que señale el alcance de la normativa, conforme a la vigente Constitución, lo que hizo la Sala, sin que mediase petición al respecto, en la sentencia del 1 de febrero de 2000, cuando indicó el desenvolvimiento del proceso de amparo, adaptando la ley especial a la Constitución vigente.

Además, de no ser objeto de interpretación, en la actualidad tales normas se harían nugatorias, ya que sus posibles ambigüedades y obscuridades, no podrían ser solucionadas, o lo serían en forma caótica, mientras no se dicten las leyes que las desarrollen.

Así, pues, el recurso de interpretación serviría para determinar el alcance de los preceptos constitucionales que reclaman desarrollo legislativo, con lo cual se aseguraría su aplicabilidad ordenada hasta la intervención del legislador. Las acciones de amparo y otros mecanismos de protección de la Constitución no lograrían ese propósito.

La evolución de la jurisprudencia constitucional en este particular ha sido, sin embargo, un poco distinta de la anunciada en esa sentencia. Los fallos más importantes, algunos anteriores a tal sentencia, dictados para facilitar la operatividad de normas constitucionales que en alguna medida exigen desarrollo legislativo, se han emitido en procesos de amparo o, más recientemente, en solicitudes de revisión, en lo que

atañe a la finalidad y supuestos de ejercicio de la facultad prevista en el numeral 10 del artículo 336. Por otro lado, las posibilidades de acudir al recurso de interpretación para resolver con carácter general dudas relativas a la aplicabilidad y el alcance de preceptos constitucionales aún no desarrollados legalmente han quedado reducidas al mínimo, en virtud de la tendencia jurisprudencial a declarar inadmisibles los recursos de interpretación referidos a normas constitucionales cuya regulación es materia de la reserva legal, las cuales, se afirma, deberían ser interpretadas o precisadas por la ley, no por la Sala Constitucional, criterio que se ha aplicado incluso a derechos constitucionales.⁷⁰ Lo que antes era un supuesto para la admisión del recurso de interpretación, esto es, la existencia de una norma constitucional que reclama desarrollo legal pero que no debe esperar a éste para hacerse operativa, es ahora una causal de inadmisibilidad del mismo recurso, pues esa exigencia de desarrollo legislativo se traduce normalmente en una reserva legal.

Con todo, esta tendencia jurisprudencial, al margen de la contradicción en que incurre con el pronunciamiento antes citado y de las reservas que formularemos, parece, en parte, acertada, pues el recurso de interpretación constitucional, por su naturaleza en gran medida abstracta y por ser, en el supuesto que nos ocupa, previo a la intervención del legislador, puede cercenar indebidamente su labor de concreción de los preceptos constitucionales. Más aún cuando se entiende que los criterios establecidos mediante ese recurso representan “una interpretación cuasiauténtica o paraconstituyente, que profiere el contenido constitucionalmente declarado por el texto constitucional”. Sin embargo, si se admite la existencia de un recurso de interpretación directamente deducible del artículo 335 de la Constitución, no cabe descartar completamente que en relación con el contenido constitucional del derecho o precepto vinculado a una reserva legal, el cual no es disponible por el legislador, sea preciso ejercer facultades interpretativas.

Conviene, por otra parte, señalar que resulta discutible la práctica de aprovechar casos que son sometidos a la consideración de la Sala Constitucional para establecer, de manera general y abstracta, con base en el artículo 335 de la Constitución, una interpretación vinculante de las normas constitucionales no conectada directamente con el caso concreto planteado. La tarea desempeñada por la Sala Constitucional cuando resuelve casos concretos es rigurosamente jurisdiccional, por lo que debe centrarse en las singularidades de la situación que examina, sin perjuicio de que, en estrecha conexión con ella, se emitan pronunciamientos de mayor alcance.

3. *La acción directa de inconstitucionalidad por omisión*

A partir de su consagración en la Constitución yugoslava de 1974 y en la Constitución portuguesa de 1976, se ha ido extendiendo el reconocimiento de una acción

⁷⁰ Cf., entre otras, la sentencia dictada en el caso *Hermann Escarrá*, del 19 de julio de 2001.

directa y específica de inconstitucionalidad por omisión legislativa, dirigida a obtener un pronunciamiento judicial que declare la existencia de la inconstitucionalidad por omisión y que, según la regulación de cada sistema jurídico, ordene la aprobación de la ley correspondiente en un plazo determinado, sin perjuicio de la adopción de medidas complementarias si resultara incumplido este mandato.

La figura nació al hilo del constitucionalismo social, en el marco de procesos políticos de talante revolucionario, con el propósito de ofrecer un instrumento que permitiera verificar la observancia y el desarrollo del proyecto constitucional. En su evolución terminó perfilándose, sin embargo, como un mecanismo más de la justicia constitucional, que pretende complementar la protección de la Constitución que los demás medios procesales son capaces de brindar ante las omisiones legislativas.

Después de su expresa admisión en los textos constitucionales citados, fue recogida en la reforma de la Constitución portuguesa de 1982, en la Constitución brasileña de 1988, en la Constitución de 1988 de la provincia argentina de Río Negro y, recientemente, en la Constitución venezolana de 1999, entre otros ejemplos del Derecho comparado. Seguidamente nos referiremos a los aspectos fundamentales de esta acción en el Derecho venezolano, teniendo en cuenta, cuando corresponda, los aportes del Derecho comparado.

A. *Fundamento constitucional*

El numeral 7 del artículo 336 de la Constitución brinda fundamento normativo para el ejercicio de una acción directa de inconstitucionalidad por omisión legislativa, en los términos que establezca la ley orgánica de la jurisdicción constitucional, aunque ello no obsta a la operatividad inmediata de este instrumento tutelar de la Constitución.

Dicho precepto, apoyándose en lo establecido en el Anteproyecto de Ley Orgánica de la Jurisdicción Constitucional aprobado por la extinta Corte Suprema de Justicia, elaborado bajo la dirección de Humberto J. La Roche, faculta a la Sala Constitucional para:

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.

De esta forma, se reconocen amplios poderes a la Sala Constitucional en orden a la corrección de las omisiones legislativas, tal como luego señalaremos al referirnos a la sentencia que puede ser dictada con ese propósito.

B. *Objeto del control*

El objeto del control previsto en el numeral 7 del artículo 336 son las omisiones legislativas, tal como antes fueron definidas. Por tanto, la acción que se colige de este

precepto puede incoarse contra las omisiones de la Asamblea Nacional, los Consejos Legislativos de los estados o los Concejos Municipales, que se deriven del incumplimiento de mandatos constitucionales concretos de legislar o de la aprobación de una normativa que resulta incompleta o defectuosa, desde la óptica de los preceptos constitucionales, en los términos ya expuestos. No obstante, en virtud de lo dispuesto en el numeral 7 del artículo 336, debe incluirse dentro del ámbito de ejercicio de esta acción la falta de adopción de las “medidas” indispensables para asegurar el cumplimiento de la Constitución, lo cual 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, como la elección de ciertas altas autoridades. El objeto central de la facultad prevista en ese precepto son, en cualquier caso, las omisiones legislativas propiamente dichas.

No son objeto de control mediante esta acción, a tenor del artículo 336, numeral 7, de la Constitución, las omisiones en que puedan incurrir el Ejecutivo nacional u otros órganos del poder público, en el ejercicio de su función normativa.

Conforme al precepto citado, son objeto de control tanto las omisiones legislativas absolutas como las relativas. Si se trata de las segundas, existe la posibilidad, tal como lo muestra el Derecho comparado, de interponer una acción de inconstitucionalidad contra la ley omisiva, por lo que pareciera no tener mucho sentido el solapamiento de ésta con la acción directa de inconstitucionalidad por omisión. Más lógico y sistemático resulta entender que la facultad prevista en el numeral 7 del artículo 336 puede ser ejercida por la Sala Constitucional en el ámbito de la acción de inconstitucionalidad contra la ley omisiva, si estamos ante una omisión relativa, todo lo cual deberá ser resuelto por la ley orgánica de la jurisdicción constitucional. En cualquier caso, la interposición de la acción de inconstitucionalidad contra la ley omisiva será preferible, especialmente, cuando un pronunciamiento anulatorio pueda reparar la inconstitucionalidad advertida. Estos problemas se resolverían, en gran medida, previendo un solo cauce procesal para el planteamiento, ante la Sala Constitucional, de las distintas pretensiones relacionadas con el control de constitucionalidad de los actos u omisiones del legislador, como se procura en el Anteproyecto de Ley Orgánica de la Jurisdicción Constitucional.

C. *Supuestos de procedencia*

Para que sea estimada favorablemente la acción objeto de análisis es preciso que nos hallemos ante una omisión legislativa (inconstitucional), tal como antes fue definida. La inconstitucionalidad del silencio legislativo puede derivarse, como dijimos, del incumplimiento de mandatos concretos de legislar, de la inobservancia de las directrices constitucionales relativas al contenido de leyes de desarrollo, de la violación del deber de protección de los derechos constitucionales o del establecimiento omisivo de discriminaciones lesivas del principio de igualdad, entre otros supuestos.

Algunos autores, a partir de la regulación de la acción de inconstitucionalidad por omisión en un ordenamiento jurídico determinado, han sostenido que esta acción sólo procede cuando la norma constitucional presuntamente vulnerada no sea ejecutable por sí misma o autoaplicativa.⁷¹ Esta posición, que es discutida en el Derecho comparado, no debe ser extrapolada sin más a nuestro sistema jurídico.

El numeral 7 del artículo 336 de la Constitución, al prever los supuestos de ejercicio de la facultad allí contemplada, alude a la omisión “de las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de esta Constitución”. La necesidad de garantizar el cumplimiento de la Constitución no queda descartada por el hecho de que la norma constitucional en juego sea inmediatamente aplicable, pues ya hemos puesto de manifiesto los numerosos problemas que se pueden suscitar para asegurar su plena operatividad a través de los mecanismos de integración del Derecho, cuando el silencio legislativo genera lagunas que deben ser colmadas con el objeto de lograr la concreta operatividad del precepto constitucional. Esta eficacia directa del precepto constitucional no siempre podrá equipararse a la eficacia plena que la Constitución reclama, a cuyo servicio se encuentra el control judicial de la inconstitucionalidad por omisión, como han subrayado Fernández Segado⁷² y Fernández Rodríguez.⁷³ Recuérdese, asimismo, que la aplicación directa del precepto constitucional a veces sólo puede referirse al “contenido mínimo” de la norma, al requerirse, en relación con otros aspectos, la ulterior intervención configuradora del legislador. La aplicación directa de las normas constitucionales no exime al legislador, por lo demás, del cumplimiento de los mandatos de legislar que éstas puedan establecer.⁷⁴

Piénsese, por ejemplo, en la labor pretoriana que debió desempeñar la judicatura venezolana para hacer operativo el amparo constitucional, ante la mora del legislador. Dicha labor permitió la eficacia del artículo 49 de la Constitución, cuya aplicación no debía esperar a la aprobación de la ley de la materia, pero ello no significaba que el legislador estuviera relevado de su deber constitucional de desarrollar ese precepto, más aún cuando la regulación legal de una materia ofrece unas garantías de claridad y seguridad jurídica que la jurisprudencia normalmente no es capaz de proporcionar. Del mismo modo, si tomamos antecedentes del Derecho comparado encontramos que la aplicación inmediata del derecho de objeción de conciencia o del derecho de reunión, a la que ya nos referimos, no significaba que las exigencias constitucionales estuvieran completamente satisfechas, ya que en el primer caso había que esperar a la aprobación de la legislación respectiva para que la expectativa de ser reconocido como objetor y de ser relevado de la incorporación a filas pudiese devenir en derecho efectivo, y en el segundo la legislación preconstitucional no necesariamente llenaba por

⁷¹ Jorge Miranda, “A fiscalização da inconstitucionalidade por omissão no ordenamento constitucional português”, en *Inconstitucionalidad por omisión*, op. cit., pp. 163 y ss.

⁷² Fernández Segado, op. cit., pp. 11 y 17.

⁷³ Fernández Rodríguez, op. cit., pp. 89 y ss.

⁷⁴ Como lo ha sostenido Gomes Canotilho, citado por Fernández Segado, op. cit., p. 17.

completo los requerimientos constitucionales, aunque fuera aceptable como normativa transitoria. Algo distinto sucede, como hemos dicho, cuando la norma constitucional es autosuficiente, en el sentido expuesto, pero en este supuesto no cabe hablar de omisión legislativa.

Por otra parte, si la omisión legislativa se basa en el incumplimiento de mandatos concretos de legislar, dado el silencio del legislador frente al precepto constitucional, surge la cuestión del tiempo que ha de transcurrir para que la inactividad del legislador pueda ser considerada inconstitucional. En muchos casos nuestra Constitución ha establecido plazos específicos para la observancia de tales mandatos, como lo revelan sus Disposiciones Transitorias. En los demás, sin embargo, la duda sigue abierta, porque la previsión contenida en la Disposición Transitoria Sexta, que ordena a la Asamblea Nacional legislar, en un plazo de dos años, sobre todas las materias de la competencia nacional, es demasiado genérica para considerar que no cabe efectuar un análisis caso por caso sobre el cumplimiento por el legislador de su obligación de legislar.

Fuera de los supuestos en que la Constitución fija un plazo específico para la aprobación de la legislación de desarrollo de la norma constitucional, en ocasiones habrá pues que ponderar los valores e intereses involucrados y considerar las circunstancias del caso, para pronunciarse sobre la eventual inconstitucionalidad de la inactividad del órgano legislativo. Conviene aclarar que no debe pensarse que el legislador posee libertad para la determinación del momento más oportuno para la aprobación de las leyes que la Constitución exige. La propia noción de mandato hace patente el carácter imperativo de la norma en lo que a su desarrollo legislativo se refiere, a lo cual se suma la existencia en nuestro ordenamiento de un precepto como la mencionada Disposición Transitoria Sexta de la Constitución. No obstante, la Sala Constitucional debe reconocer al legislador un amplio margen de apreciación en la determinación de las prioridades legislativas, y tener en cuenta el contexto de las tareas legislativas.

D. Legitimación activa y procedimiento

En cuanto a la legitimación requerida para la interposición de la acción directa de inconstitucionalidad por omisión, estimamos que han de manejarse los mismos criterios de legitimación que rigen para la acción de inconstitucionalidad contra leyes, pues no encontramos razón alguna por la cual las posibilidades de acceso al control de las omisiones del legislador deban ser distintas de las del control de sus actos legislativos. Mucho menos cuando, como hemos visto, algunas omisiones legislativas pueden ser reparadas mediante la acción de inconstitucionalidad contra leyes. Esto implica que la acción directa contra las omisiones legislativas posee carácter popular, al ser ésta la legitimación tradicionalmente admitida en Venezuela para el ejercicio de la acción de inconstitucionalidad.

A falta de una regulación legal sobre el procedimiento aplicable, puede acudir analógicamente a las reglas procesales relativas a los juicios de nulidad contra actos

de efectos generales, de acuerdo con los artículos 112 y siguientes de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, con las adaptaciones necesarias, sin perjuicio de la facultad de la Sala Constitucional de establecer el procedimiento correspondiente, con base en el artículo 102 de esta Ley.

E. Sentencia

La sentencia que se dicte en virtud del ejercicio de la acción directa contra omisiones legislativas puede declarar la existencia de una inconstitucionalidad por omisión, absoluta o relativa. El numeral 7 del artículo 336 permite implícitamente que esta declaración vaya acompañada de una orden de legislar dirigida al órgano renuente o moroso, y alude expresamente a la facultad de fijar el plazo dentro del cual la omisión debe ser reparada.

De ser necesario, la Sala Constitucional puede establecer “los lineamientos de su corrección”, atribución que ha de ejercer con suma prudencia y teniendo presentes los límites de la jurisdicción constitucional. Esto significa que 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.

En algún ordenamiento, particularmente en 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 normativa no es posible, una indemnización a favor de quien haya sufrido daños en sus derechos a causa de la omisión legislativa. Conviene preguntarse si nuestra Sala Constitucional ostenta tales poderes.

Al responder este interrogante ha de tenerse presente que en la provincia de Río Negro la acción de inconstitucionalidad por omisión la interpone quien se sienta afectado en un derecho individual o colectivo, no cualquier persona, lo cual está en consonancia con el tipo de pronunciamientos que el órgano judicial competente puede adoptar. En cambio, el carácter popular y abstracto que, al menos hasta la intervención del legislador, ha de atribuirse a nuestra acción directa contra omisiones legislativas sitúa la cuestión en otras coordenadas.

Es obvio que no cabría admitir un pronunciamiento indemnizatorio, por ser extraño al objeto de la acción, ni una integración en el caso particular, dado el carácter abstracto de la acción. Las reclamaciones indemnizatorias originadas en silencios legislativos pueden hacerse valer, pero según las reglas sustantivas y procesales de la responsabilidad patrimonial del Estado, y 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, como ya pusimos de relieve, cuando la situación planteada lo permita.

Lo que sí podría hacer la Sala Constitucional es establecer criterios jurídicos para la inmediata aplicación judicial de la norma constitucional afectada por el silencio legislativo, cuando el silencio legislativo conspire de alguna forma contra su plena eficacia y la naturaleza de la norma constitucional lo permita. Estos criterios sólo serían aceptables cuando se originen en métodos jurídicos de interpretación o integración, por lo que la Sala Constitucional no estaría autorizada para legislar con carácter provisional. Se trataría, simplemente, de que pueda facilitar la operatividad de los preceptos constitucionales no desarrollados, como lo hizo nuestra Corte Suprema de Justicia para vitalizar el amparo constitucional y lo ha hecho la Sala Constitucional en algunas materias, tarea que no resulta extraña, como antes apuntamos, a otros sistemas de justicia constitucional.

V. Reflexión final

Esperamos haber puesto de relieve la significación de las cuestiones jurídicas envueltas en el control de constitucionalidad de las omisiones legislativas, y la variedad de reacciones defensivas del organismo constitucional ante las vulneraciones o amenazas a sus preceptos derivadas no de la acción sino de la inactividad del legislador.

El estudio de la materia tratada indica que 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, 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 una prudente aplicación de éstos. Del lado del legislador, es necesaria una cierta diligencia en el cumplimiento de sus tareas legislativas, y el acatamiento de la intimación a legislar que provenga del Tribunal Supremo de Justicia, pues ante una situación generalizada de pasividad del legislador se corre el riesgo bien de restar virtualidad jurídica a la acción de inconstitucionalidad por omisión, bien de propiciar un deslizamiento de las instancias judiciales hacia espacios extraños al ámbito natural de ejercicio de sus competencias.