

Mecanismos procesales para superar la inconstitucionalidad por omisión

Autora

Ruiz Larriu, Silvia Cristina

Graduada UBA

En los regímenes republicanos la coexistencia de los tres poderes de gobierno del Estado se encuentra en permanente tensión. Esta situación es dinámica, va modificándose con los cambios que aportan las nuevas culturas incorporadas al cuerpo social. Este dato fue soslayado en el mundo hasta hace medio siglo, cuando nacieron los primeros tratados internacionales que instalaron el respeto a los derechos económicos, sociales y culturales en la comunidad mundial. En virtud de estos antecedentes es que surgió en las estructuras sociales la demanda de recomponer el vínculo entre democracia y constitucionalismo a cuyo divorcio hemos asistido con un saldo lamentable de retrocesos y desigualdades. Es así que la hipótesis de control jurisdiccional de toda clase de normas, actos y hechos, tanto de particulares como de los poderes públicos cualquiera sea su naturaleza o jerarquía, se ha ido extendiendo a nuevas perspectivas de intervención activa y no limitada a las formas tradicionales de control judicial.

Una nueva fuente de control de la constitucionalidad la encontramos en la actividad jurisdiccional aplicada a llenar el vacío que produce la ausencia de normas y actos, cuando estas omisiones devienen violatorias de los derechos reconocidos por la Constitución y por los tratados internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional.

Nos enfrentamos, entonces, ante la contingencia de que los principios de la Ley Fundamental se resulten quebrantados tanto por acción como por omisión de los poderes del estado.

El acento de esta modalidad de control está colocado en los valores, principios y derechos que emanan de la Constitución, por encima de los instrumentos legales en tanto estos sean aplicados en forma mecánica y restringida. Por este medio se le otorga unidad y sentido a un sistema desprestigiado convertido en un instrumento de

manipulación empleado contra los intereses genuinos de los habitantes de una nación.

Los nuevos procesos constitucionales impulsan una supremacía de la Constitución verdaderamente operativa y conducente y no un mero catálogo de buenas intenciones bajo el cual queda encubiertas reprochables discriminaciones. La real igualdad consiste en la proporcionalidad de posibilidades, oportunidades y trato por lo que resulta indispensable para poner en función los principios constitucionales.

De manera contraria al propósito enunciado, el andamiaje impenetrable de formalismos y estereotipos, se constituye en un obstáculo para la efectiva concreción de esos derechos cuya sustancia debe ser rescatada poniendo el primer plano su plexo axiológico.

Previsiones en nuestro sistema judicial:

Legislación:

El objeto de la presente indagación apunta a determinar bajo qué circunstancias y condiciones la inercia, las abstenciones y las omisiones en la tutela de los derechos fundamentales, se convierte en una arbitrariedad inconstitucional.

En nuestro país no contamos con un Tribunal constitucional sino que el control lo realizan todos los jueces de la Nación y las provincias. Se trata de un control difuso de una constitución rígida, que no tiene esta actividad legislada de forma concreta. Sólo el art. 43 de la Constitución surgida de la Convención Constituyente de 1994 aporta el principal sustrato para permitir por pasos avanzar en ese sistema de control. En su texto menciona como supuesto expreso que la omisión de un acto de autoridades públicas o de particulares puede ser declarada inconstitucional en tanto de forma actual e inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por la Constitución, un tratado o una ley.

Asimismo con la reforma constitucional fueron incorporados a dicha norma fundamental otros instrumentos que tributan al propósito de promover la igualdad de

todos los habitantes como son los tratados internacionales con fuerza suprallegal: art. 75, inc. incs. 2 ter párr. , 19 y 23; arts. 33 y 37.

En la provincias argentinas, la inconstitucionalidad por omisión tiene basamento legislativo. Por ejemplo en la Constitución de Río Negro se ha previsto un procedimiento para el caso de que el Poder Judicial debiera decretarla. Asimismo las provincias de Chubut, Tucumán, Salta y Ciudad de Buenos Aires, en diferente grado e intensidad se ocupan de este presupuesto. Más adelante volveremos sobre sus contenidos.

Jurisprudencia:

La Corte Suprema de Justicia de la Nación fue evolucionando a favor del reconocimiento de esta forma de inconstitucionalidad. Así podemos mencionar el fallo “Loveira” de 1911 y “Ministerio Fiscal c/ Director del Diario La Fronda s/ desacato” de 1931. Estos antecedentes trataron sobre la no vigencia en nuestro sistema jurídica del “juicio por jurados” aunque la obligatoriedad de su instauración esté contemplada en la Constitución pero no de manera inmediata. . En 1957 los fallos “Siri” y “Koch” en 1958 diseñaron de manera pretoriana el recurso de amparo, aplicando por analogía instrumento del “hábeas corpus”. En las causas Ruiz de 1963 y “Bonorino Peró” de 1985 la CS ordenó actualizar las remuneraciones considerando operativa la cláusula constitucional que consagra la intangibilidad de las remuneraciones de los jueces, la que no podría ser disminuida bajo ninguna condición, mientras permanecieran en sus funciones, según estipula el art. 110 de la CN. De modo que, si se producía, un desequilibrio ese debía ser restablecido por el poder político, obligado a realizar la actividad necesaria para lograrlo.

Sucesivos fallos posteriores, entre los que podemos citar “Costa c/ Municipalidad de la Capital”, “Sánchez Abelenda c/ Ediciones de la Urraca”; “Ekmekdjian c/ Neustadt” y “Ekmekdjian c/ Sofovich”, significaron una modificación del criterio. En el último caso la CSJN dio un salto brusco en su propia jurisprudencia al considerar que el art. 14 del Pacto de San José de Costa Rica, aprobado por la ley 23.054 y ratificado posteriormente, podía tener aplicación directa y operativa por medio de una sentencia judicial, aun en ausencia de reglamentación. En el caso

receptó favorablemente “el derecho a réplica” de quien resultare víctima de comentarios públicos en medios periodísticos, a atribuyéndole falsamente una vinculación con hechos delictivos o noticias inexactas. En la oportunidad se expuso de este modo “... la omisión de establecer disposiciones que hagan posible su cumplimiento. Ambas situaciones resultan contradictorias con la previa ratificación internacional del tratado ...”

En época más reciente tuvieron lugar varios fallos con la atención dirigida a los valores humanos y de trascendencia social más que en el cuidado de la discrecionalidad del poder legisferante. Entre ellos podemos mencionar a “Badaro,” uno de los últimos fallos de la CSJN que declarara la existencia de una omisión legislativa en la falta de previsión normativa de la movilidad previsional estipulada en el art. 14 bis de la CN. Allí conminó la al Ejecutivo Nacional y a la Congreso de la Nación a corregir la omisión y subsanar la violación a la CN, en un plazo razonable. En el fallo Massa si bien declaró la constitucionalidad de la normativa relacionada con el corralito, ordenó recomponer el capital depositado establecía una compensación que subsanaba la pérdida provocada por la crisis del sistema financiero. En fallo Rosza” respecto de los jueces subrogantes nombrados sin el procedimiento constitucional ante la emergencia provocada por la demora en cubrir los cargos por órgano específico, fijó un año para dictar un procedimiento para ratificar o reemplazar los jueces en esa situación.

Requisitos:

El maestro Bidart Campos propone¹ los siguientes principios de aplicación de la inconstitucionalidad por omisión para evitar tornar ilusoria la protección de los intereses de los habitantes:

- 1º) Es obligatorio para el órgano el ejercicio de una competencia ordenada por la Constitución.
- 2º) La omisión tiene el mismo rango que la acción inconstitucional
- 3º) Esa omisión debe producir un daño o gravamen para alguien en cuestión relevante.

¹ “Constitucional y la Inconstitucionalidad por omisión” La Ley, to. 78, Pág. 785

4ª) El damnificado debe estar legitimado para impulsar la justicia constitucional.

5º) El órgano obligado a cumplir la actividad prescripta por la Constitucional Nacional debe estar remiso a hacerlo.

6ª) El mecanismo de control tiene que obligar a cumplir esa actividad o suplir la actividad omitida, a cuyo efecto es necesario considerar el margen de acción.

7ª) Una declaración del órgano de control en el sentido de que la omisión es inconstitucional y mande a hacer lo omitido.

8ª) No resultaría necesario que la lesión a los principios constitucionales sea intencional, ni que implique a la norma completa.

Respecto de la vías de acción para el funcionamiento del mecanismo recomienda el juicio de amparo en los casos individuales para que luego de declarada la inconstitucionalidad, mande a hacer lo omitido.

No obstante, señala que los casos más difíciles se suscitan cuando el órgano de poder al dejar de dictar una norma general que reglamente a otra de índole programática con el argumento de que ello merece reproche ya que no todos sus preceptos de la CN son imperativos.

Considera que el criterio contrario desnaturaliza y subvierte la estructura rígida de la Constitución Nacional como norma en sí porque *“expande sus efectos nocivos a todos aquellos que podrían invocar a su favor la norma general programática ausente”*.

En este caso el juez tendrá obligación si quiere evitar incurrir en denegación de justicia de decidir entre tres vías, teniendo como premisa previa la declaración de la inconstitucionalidad de la omisión: 1.- Intimar al órgano remiso para que dicte la reglamentación fijando un lapso prudencial 2.- Crear la norma en el caso concreto directamente, recurriendo la analogía, a los principios generales del derecho y al valor justicia. 3.- Dictar directamente la norma.

Al respecto acotamos que esta incongruencia de considerar no operativas las cláusulas constitucionales programáticas porque no se encuentran incluidas en otras de menor jerarquía ha sido el recurso fácil y frecuente del poder político para desconocer esos deberes y la fuente de inspiración de innumerables sentencias. Recordemos las prescripciones constitucionales a favor de la participación del trabajador en las ganancias de las empresas, el acceso de una vivienda digna, la

cárceles como lugar de seguridad y no de castigo, las jubilaciones móviles y tantas otras.

En el derecho argentino:

El artículo 207 de la Constitución de Río Negro establece que *el “Superior Tribunal de Justicia tiene, en lo jurisdiccional, las siguientes atribuciones: ... d. En las acciones por incumplimiento en el dictado de una norma que impone un deber concreto al Estado Provincial o a los municipios, la demanda puede ser ejercida -exenta de cargos fiscales- por quien se sienta afectado en su derecho individual o colectivo. El Superior Tribunal de Justicia fija el plazo para que se subsane la omisión. En el supuesto de incumplimiento, integra el orden normativo resolviendo el caso con efecto limitado al mismo y, de no ser posible, determina el monto del resarcimiento a cargo del Estado conforme al perjuicio indemnizable que se acredite.*

Se dan los siguientes supuestos: 1.- La legitimación de quién se considere afectado, el efecto estará limitado al caso. 2.- El derecho puede ser individual o colectivo. 3.- Fijación de un plazo para el dictado de la norma que puede ser de cualquier jerarquía 4.- Vencido el plazo resuelve el caso con la integración en el orden normativo del supuesto de que se trate. 5.- Para el supuesto de que esto fuera imposible, caso se resolverá establecerá el monto contra de una indemnización.

La operatividad directa de los derechos y garantías constan en:

La Constitución de Chubut. El art. 21 hace una distinción entre los derechos personales y garantías que se consideran operativos, salvo que su reglamentación resulte indispensable. Pero cierra la posibilidad de aplicar la inconstitucionalidad en caso de los derechos sociales y principios de políticas de Estado que necesitarán leyes que reglamenten su ejercicio y teniendo en cuenta las prioridades del Estado.

Constitución de Salta en su art. 16 expresa: que los derechos y garantías consagrados por la Constitución tienen plena operatividad sin que su ejercicio pueda ser menoscabado por ausencia o suficiencia de reglamentación.

El art. 10 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, también defiende la operatividad de todos los derechos, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional, las leyes de la Nación y los tratados internacionales ratificados y que se ratifiquen los que no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y esta no puede cercenarlos.

Técnicas en el derecho comparado para los casos de inconstitucionalidad por omisión

En el mundo esta perspectiva de la infracción a la Ley Fundamental mediante la omisión de observar todas las disposiciones comprendidas en sus cláusulas ha encontrado acogida favorable en la legislación y en la jurisprudencia de los tribunales extranjeros con diversas variantes:

Víctor Bazán ha elaborado una clasificación que, a nuestro juicio conforma un compendio suficiente, de los mecanismos normativos y jurisprudenciales en el derecho comparado para corregir las omisiones inconstitucionales.²

A continuación se ofrece un compendio representativo de los contenidos de los diversos mecanismos para ejercer el control constitucional por omisión.

1.- Aplicación por el Tribunal Supremo de los principios que tienen su fuentes en el derecho internacional a través de los tratados y en la propia Constitución como es el caso de Argentina, la Corte de la República Dominicana, Colombia y Italia

2.- Inclusión de un mecanismo en la propia Constitución o en la sentencia judicial que resuelva el caso mediante la fijación de un plazo en todos los casos para que el poder político repare la omisión al cual se le puede adicionar a) indicación de los lineamientos de la futura resolución, b) integración con el orden normativo y, eventualmente, la determinación de una indemnización c) Autorización para la promulgación directa de la norma. Podemos contar el caso de Uruguay, Venezuela, Brasil, México, Ecuador y Paraguay y la provincia de Río Negro y Tucumán. En Europa encontramos el ejemplo en Portugal.

3.- Declaración constitucional de operatividad de los derechos y garantías. En este caso los jueces quedan habilitados para trazar las vías que consideren más adecuadas

²*Defensa de la Constitución. Garantismo y Controles*” EDIAR, Bs. As. Rep. Argentina, P. 832.

para hacer efectivo el derecho constitucional desconocido. Son los casos de Ecuador y Paraguay y las constituciones de Chubut, Salta y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

4.- Constatación de la omisión y comunicación de tal circunstancia al órgano legislativo o competente que corresponda. Puede contener el aditamento de que en caso inactividad se procederá a declarar la inconstitucionalidad de la disposición impugnada, momentáneamente. Son los casos de Portugal y de la desaparecida República Socialista de Yugoslavia, Brasil y las Cortes constitucionales de Colombia e Italia

5.- Sentencias “intermedias”, emitidas por las Cortes o Tribunales Constitucionales. Ellas pueden ser a) aditivas: introducen una regla aplicable para reparar el derecho o la garantía vulnerados; b) sentencias aditivas de principio y sentencias- delegación: sólo fijan un principio constitucional que debe ser implementado por el legislador; c) sentencias sustitutivas: se emiten para sustituir la parte de la ley considerada inconstitucional, reemplazándola por otra que se adecue al texto constitucional. d) sentencia apelativas: recomienda al legislador que redacte una norma de acuerdo con la concepción jurídica desplegada por el tribunal. e) Retraso de la entrada en vigor de la anulación ordenada por el Tribunal Constitucional y simple incompatibilidad sin declaración de nulidad: consiste en aplazar por un tiempo los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad que toman el carácter de admoniciones hacia el legislador, en algunos casos. Casos de Colombia, Italia, España y Alemania.

La Corte Constitucional de Colombia

En el contexto Latinoamericano, la Corte Constitucional de Colombia, fue procesando ciertas pautas referidas a las “omisiones legislativa” que quedaron plasmadas pretorianamente en forma de exhortaciones. Esta técnica no constituye una imposición al Congreso sino una “admonición” para éste accione y supla la omisión inconstitucional.

Siguiendo la clasificación de Wessel, ha excluido de su competencia, las omisiones legislativas absolutas porque en ellas “... *si no hay actuación, no hay acto que comparar con las normas superiores; si no hay actuación, no hay acto que pueda ser*

sujeto de control...” . Tampoco cae bajo su competencia el deber genérico de legislador que tiene el Congreso, sino solo cuando lo omite contrariando el texto constitucional.

También excluyó de su intervención a los casos en que no se trate del incumplimiento de un deber genérico del órgano legislativo y mientras de se trate de una violación o una grave amenaza contra un derecho fundamental evidenciados a *“una manifiesta e innegable desproporción o de palmaria irrazonabilidad,”* (Conf. sentencias T – 125/1994 y T-36/1995).

En el caso de había que resolvió que únicamente el Legislador, es decir el Congreso, quien define cuáles son los servicios públicos esenciales en donde la huelga no está garantizada *“sin que pueda, en esta materia, efectuar remisiones o delegaciones de esta facultad a otras autoridades.”* Entonces exhortó al Congreso a que *“en un plazo razonable, expida una regulación de la huelga en los servicios públicos que sea acorde con la Constitución, por lo cual, en la parte resolutive de esta sentencia, lo exhortará en tal sentido.* (Conf. Sentencia 473/1994).

En otro caso en que el tipo penal contenido en una ley tributaria carecía de referencia temporal en el artículo lo que cual creaba el peligro de imponer penas privativa de la libertad *“en eventos determinados ex post facto”*, estimó la Corte conveniente *“llamar la atención del legislador para que, en caso de encontrarlo necesario, proceda a reemplazar la norma que aquí se retira del ordenamiento jurídico, determinando claramente cada uno de los elementos que configuran el tipo delictivo”*. Conf. 285/96

Frente a los casos de omisión absoluta la Corte se ha declarado incompetente. Sin embargo exhortó al Congreso *“para que dentro de su autonomía legislativa regule, si lo considera conveniente, las conductas específicas que cita el demandante y la consecuencia que se deriva cuando se incurre en ellas.”* (Conf. sentencia 867/99).

La Corte reitera que en estos casos de ambigüedad en los tipos penales “*la decisión adecuada es declarar la inconstitucionalidad del tipo penal ambigüo, a fin de evitar que los jueces asuman la elaboración de la política criminal, función que no les corresponde.*” No obstante “*...hace un llamado al Legislador para que si, dentro de su libertad de configuración política, considera necesaria la penalización de conductas que afectan el medio ambiente, debe otorgar todas las garantías constitucionales a los posibles sujetos activos.*” (Conf. sentencia 843/1999)

La obligación que, tanto para el Gobierno como para el Congreso, establece la Constitución de aumentar periódicamente los salarios de los servidores públicos. Esta la normativa constitucional se hace realidad cuando el Congreso al expedir dicha ley le impone al Gobierno la obligación de aumentar anualmente el valor de los referidos salarios”. Resolvió finalmente, entre otras medidas “*poner en conocimiento del señor Presidente de la República y del H. Congreso de la República la decisión contenida en la presente sentencia, para que dentro de la órbita de sus competencias constitucionales, cumplan con el deber jurídico omitido.*” (Conf. sentencia 1.433/2000).”

En un interesante y completo fallo el Tribunal preciso varias pautas para considerar los casos de “omisión inconstitucional” que consideramos valioso reflejar en el presente. Ellos son “*... cuando no produce ningún precepto encaminado a ejecutar el deber concreto que le ha impuesto la Constitución; cuando en cumplimiento del deber impuesto por la Constitución, favorece a ciertos grupos, perjudicando a otros; cuando en desarrollo de ese mismo deber, el legislador en forma expresa o tácita, excluye a un grupo de ciudadanos de los beneficios que otorga al resto; cuando el legislador al regular o construir una institución omite una condición o un ingrediente que, de acuerdo con la Constitución, sería exigencia esencial para armonizar con ella. En el primer caso, se presenta una omisión legislativa absoluta por cuanto falta la disposición de desarrollo legislativo de un determinado precepto constitucional; mientras que en los restantes, existe una omisión legislativa relativa por que si bien el legislador ha expedido la ley en ella solamente ha regulado*

algunas relaciones dejando por fuera otros supuestos análogos, con clara violación del principio de igualdad". (Conf. sentencia 543/1996).

En otro caso, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, la Corte se explayó sobre los requisitos de procedencia de la inconstitucionalidad por omisión, cuando se le solicitó a la Corte que *"declare la inconstitucionalidad por omisión en que incurre el Congreso de la República al no haber cumplido con la obligación de reglamentar los artículos 87 y 88 constitucionales, que consagran las acciones de cumplimiento y las acciones populares, respectivamente*.

Sostiene en este fallo que en la doctrina contemporánea se han implementado diversas técnicas para satisfacer la necesidad de cubrir los vacíos legislativos. Un de ellas es el amparo. Otros como por ejemplo el Tribunal Español *"... han recurrido a las llamadas "recomendaciones" al legislador, que consisten básicamente en un mensaje o exhorto al órgano legislativo para que expida la ley que desarrolle el precepto constitucional respectivo. Esta recomendación debe incluirse en la misma sentencia que resuelva sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma legal acusada. También existen las sentencias "aditivas" en las que se señalan las hipótesis que debía contemplar la norma demandada"*.

En otro caso donde se planteó la discriminación en el regimen especial de seguridad social entre *"los hijos de los oficiales, los suboficiales y el personal civil de la Policía, por lo cual no existe ninguna razón que justifique que, en un caso, las disposiciones señalen que la pensión se prolonga hasta los 24 años, si el descendiente estudia y depende del causante, mientras que esa posibilidad no se encuentra prevista para los hijos de los agentes"* La Corte condicionó la omisión inconstitucional a que exista *"... (i) la autonomía y separabilidad de la prestación deben ser muy claras, (ii) la inferioridad del régimen especial debe ser indudable y (iii) la carencia de compensación debe ser evidente."*

En la solución del conflicto recurrió a una sentencia integradora, cuya legitimidad esta Corporación ya ha explicado en estos eventos, extender la regulación más benéfica prevista para los otros miembros de la Policía Nacional, incluso con efecto retroactivo. (Conf. 080/1999).

Otro caso de sentencia integradora en relación con las omisiones legislativas de índole relativo o parcial o imperfectas *“la decisión no será necesariamente de inexecutable de la disposición enjuiciada, sino que ordenará integrar lo supuestos de hecho ignorados para remediar la violación que al derecho a la igualdad o a otros derechos pudo haberse producido con el “silencio del legislador”, en lo que se han denominado sentencias integradoras o interpretativas y con prevalencia del principio de la conservación del derecho.”* (Conf. sentencia 956/99).

En un caso de solicitud de reajuste salarial a favor de los servidores públicos con menores ingresos, se exigió que una omisión constitucional debía surgir del deber que tenga ciertas características. Señala el fallo éste *“... Habrá de ser específico, no genérico; tiene que ser concreto, no indeterminado; su contenido no puede ser tan abstracto como un principio sino consistir en un mandato expreso al legislador para que expida un acto definido; y, el plazo para cumplir dicha obligación debe ser claro usualmente porque la Constitución lo ha fijado.”*

Asimismo consideró indispensable que *“no haya otros deberes, derechos, fines, o valores también de orden constitucional que colisionen con dicho deber. De existir colisión, es preciso ponderar y armonizar las normas superiores en conflicto lo cual incidirá en los alcances y efectos del deber jurídico.”* (Conf. sentencia 185/2002).

La Corte ha considerado que si el Legislador excluye supuestos de hecho en el cumplimiento de un mandato constitucional que le fue impuesto sin justificación alguna y sin que supere el juicio de proporcionalidad y de razonabilidad, ello constituye una omisión inconstitucional.

Resulta particularmente relevante el fallo en cuanto enseña las condiciones que la Corte considera indispensables para considerar habilitada su accionar: *“... (i) que exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo; (ii) que la misma excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, tenían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la*

Carta; (iii) que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente; (iv) que la falta de justificación y objetividad genere para los casos excluidos de la regulación legal una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma; y (v) que la omisión sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador... ” (Conf. sentencias 871/02y C-185 de 2002).

En un caso donde se exigía igual tratamiento a las mujeres y a otros grupos considerados vulnerables en relación a una ventaja a concedida a los minusválidos expresamente, el fallo perfecciona la conceptualización de la siguiente manera “... a) cuando se abstiene de expedir una norma encaminada a ejecutar un deber concreto establecido por el constituyente; b) Cuando expide una ley que si bien desarrolla un deber impuesto por la Constitución, favorece a ciertos sectores y perjudica a otros; c) Cuando adopta un precepto que corresponde a una obligación constitucional, pero excluye expresa y tácitamente a un grupo de ciudadanos de los beneficios que otorga a los demás; y d) Cuando al regular una institución omite una condición o un elemento esencial, exigido por la Constitución.”

La Corte trata el mecanismo integrativo a través de la aplicación analógica o extensiva de las leyes conforme está previsto en su legislación. No obstante previene que “... por la vía de control de constitucionalidad no es posible normatizar de manera general sobre la extensión de la ley a situaciones de hecho no contempladas en los textos legales... ”. (Conf. sentencia 402/2002).

La “Omisión Constitucional” según la Jurisprudencia venezolana.

En Venezuela, la competencia para conocer la Inconstitucionalidad por Omisión corresponde a una Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia y está prevista en el artículo 336, inc. 7 de la Constitución que lo faculta 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 establece el plazo y de ser necesario, los lineamientos de su corrección”.

En mayo de 2003 la Sala Constitucional aplicó la inconstitucionalidad contra la Asamblea Nacional venezolana (Poder Legislativo), en razón de no haber designado, tal como lo ordena la Constitución, los miembros principales y suplentes del Consejo Nacional Electoral (Poder Electoral). Consideró que debían llenarse los vacíos para no hacer inoperantes las instituciones. Resolvió establecer un plazo de 10 días para corregir la omisión reservándose la facultad de proceder a , su nombramiento en un término de diez días continuos, entre los candidatos previamente seleccionados en los comité de postulaciones electorales previamente constituidos ante el Poder Legislativo, dejando a salvo la facultad para elegir a alguien no propuesto por estos. Finalmente procedió a su designación y juramentación. Declaró la cuestión de urgencia (Conf. sentencia N° 1582, de fecha 12 de junio de 2003)

En otro caso se había cuestionado el incumplimiento de la Asamblea Legislativa de modificar ciertos aspectos de la Ley de Tarjetas y Crédito, Débito, Prepagadas y demás tarjetas de Financiamiento o Pago Electrónico por cuanto era necesario remediar que el usuario no tuviera a su vista el contrato que rige a la misma, por lo que no era informado en forma directa, veraz y oportuna, sobre el contenido de las cláusulas. En la ocasión se pronunció sobre los postulados para declarar la inconstitucionalidad de la omisión. Consideró entonces que el presupuesto de hecho necesario para ello era la abstinencia, inercia o inactividad del órgano legislativo frente a su obligación de dictar normas o medidas indispensables destinadas a garantizar la ejecución de las disposiciones y garantías contenidas en la Constitución o que las haya dictado en forma incompleta. Señaló que debía tratarse de una obligación o encargo concreto a atribuido al órgano legislativo por la norma fundamental. Ese accionar debía cumplirse dentro de un plazo predeterminado o dentro de un plazo razonable. El incumplimiento podía resultar parcial o total, produciéndose, en el primer caso, una infracción de la garantía de trato igualitario y no discriminatorio. También estaba a su cargo el llenar, transitoriamente, el vacío legislativo producto de la omisión, lo que fuera cuestionado como una invasión al poder legislativo con cierto sector de la doctrina. También definió la inconstitucionalidad por omisión de esta manera: “*En el*

incumplimiento de un acto o conducta de una autoridad, en menoscabo de lo ordenado por la Constitución, sea total o parcialmente y, bastando para ello que haya sido constatada la falta de cumplimiento de la actividad constitucionalmente prevista, motivo suficiente para que la Sala actúe, independientemente de que el acto haya o no comenzado a concretarse siempre y cuando no hubiere (Conf. sentencia N° **2341** del 25 de agosto del 2003, caso: Consejo Nacional Electoral)

En otro conocido fallo estipuló que se encontraba vencido del plazo fijado en dos disposiciones constitucionales transitorias para proceder a la sanción de una cantidad de leyes trascendentes. Consignó que la competencia para el conocimiento de la acción de inconstitucionalidad por omisión, correspondía a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, determinando ella, la inconstitucionalidad, no sólo de un acto, sino de la conducta negativa, la inercia o inactividad del órgano del poder legislativo y agrega que podrá el juzgador, “de ser necesario”, establecer “los lineamientos de su corrección”. La consideró una subespecie de la acción popular de inconstitucionalidad por lo que cualquier persona natural o jurídica estaba legitimada para ejercerla.

Por su parte, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia recogió, en idénticos términos, esta competencia que constitucionalmente se atribuyó a la Sala Constitucional (artículo 5, cardinal 12, de la Ley), e incluyó una nueva atribución en lo que al control de la inconstitucionalidad por omisión se refiere (artículo 5, cardinal 13, *eiusdem*): “*Declarar la inconstitucionalidad de las omisiones de cualquiera de los órganos que ejerzan el Poder Público de rango nacional, respecto a obligaciones o deberes establecidos directamente por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*”.

La Sala ordenó notificar la decisión al Presidente de la Asamblea Nacional y emplazar a todo interesado a través de una publicación judicial y de medios impresos, a procurador general, al fiscal general y al Defensor del Pueblo. Concedió 60 días para que los partes presenten sus alegatos y pruebas y fijó 30 días hábiles para dictar su pronunciamiento. (Conf. sentencia N° **1556** de fecha 09 de julio de 2002).

En otra oportunidad se fundó la omisión en que incurrió la Asamblea Nacional por no haber “*remitido la Ley sancionada el 16 de octubre de 2003 del Código de Ética del Juez o Jueza Venezolana al Presidente de la República Bolivariana para que se proceda a su promulgación en la Gaceta Oficial*”. En vista de lo expuesto, la Sala considerando cumplidos los objetivos de la declaratoria de la omisión constitucional, decidió fijar un período de un año para que la Asamblea Nacional realice las consultas necesarias con todos los sectores del país, dada la trascendencia de la materia ético-judicial. Durante ese año la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial informaría a la comunidad y a las instituciones del Estado, así como a todos los sectores públicos o privados sobre el desempeño de la comisión y los alcances que supone la denominada *Jurisdicción Disciplinaria para brindarle adecuada difusión*. Asimismo exhortó a la Asamblea Nacional a considerar debidamente el Anteproyecto de Código de Ética del Juez y Jueza Venezolanos, elaborado por la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial. (Conf. sentencia n° **1571** del 22-08-01)

En una sentencia compleja la Sala pasa a examinar la legitimación de la accionante para incoar la acción de inconstitucionalidad por omisión del órgano legislativo nacional, para lo cual observa lo siguiente:

Fijó un plazo para la designación de los electores, con la advertencia de llenar los vacíos en caso de retardo en una afirmación de la interpretación constitución compleja y no unidimensional y legalista.

Sostuvo la existencia de mora en virtud de "un hecho objetivo, que se constata por el sólo transcurso del tiempo ..."Remitiéndose a una sentencia anterior sostuvo que “la falta de desarrollo por parte del Poder Legislativo, durante un tiempo excesivamente largo de aquellas normas constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo de forma tal que se impide su eficaz aplicación ” (pág. 81). Consideró que “La actividad legislativa se ha transformado en los últimos años en una tribuna estéril, tendente más al protagonismo que al logro de sus competencias”.

(Conf. Sala Constitucional, Sentencia N° **2073** de fecha 04-08-2003).

Conclusión:

Dejamos en claro que no alentamos el activismo judicial deformante de su misión original pues ello sería intentar remediar un problema sumergiéndolo en otro más grande. Por el contrario lo que se propicia es que se conformen reglas claras, inteligibles y predecibles para lograr precisión sin despojarlas de sustancia. Ahora bien, sin la voluntad de cumplir los principios fundamentales que permiten la convivencia social, no será posible al estado de derecho defender a los ciudadanos. La igualdad ante ley proclamada no es suficiente. La protección de la ley debe contemplar la igualdad real de oportunidades, posibilidades y trato, sino la sociedad quedará inerte ante las infracciones antijurídicas violatorias de la Constitución y la paz social, sin consenso, quedará sumergida en una peligrosa precariedad.

Es evidente que este control, con frecuencia, nace de la desidia legislativa por lo genera la sospecha en los otros dos poderes de invadir la esfera de su discrecionalidad, mérito y conveniencia de modo que siempre tendrá aristas polémicas; pero éstas no pueden ser razón suficiente para renunciar a la aplicación del aparato conceptual que sostiene una modalidad efectiva de construir justicia día a día.

Ponencia:

Proponemos la inclusión en la Constitución Nacional se declare la competencia de la Corte Suprema de Justicia, pueda declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del poder legislativo o ejecutivo en nacional, provincial o municipal, las normas o medidas resulten indispensables para garantizar el cumplimiento de todas las cláusulas constitucionales. A este efecto podrá fijar un plazo y dictar los lineamientos si fuera necesario para asegurar la eficacia de la sentencia. Para el caso de que, vencido el plazo, la demora continuara, podrá proceder a formular la norma aplicable al caso mediante la integración del régimen jurídico vigente. Esta condición tendrá efectos provisorios hasta tanto el órgano renuente proceda a suplir el vacío legal pero no contendrá efectos retroactivos sobre las situaciones ya resueltas por el Tribunal.