

Cuestiones Políticas No. 28, Junio de 2002, 53-67
IEPDP-Facultad de Ciencias Jurídicas
y Políticas - LUZ ISSN 0798 - 1406

Inconstitucionalidad por omisión

Salvador Leal W.*

Resumen

A partir del análisis de los antecedentes en el derecho comparado y el venezolano contenidos en la jurisprudencia y la doctrina la investigación busca establecer la naturaleza de la inconstitucionalidad por omisión. A través del método analítico y comparatista, se concluye el carácter estrictamente político de la decisión y su necesidad en un Estado social y democrático de Derechos y Justicia. Todo ello debido a la condición de mandato y la progresividad que se predica en la Constitución de los derechos sociales. La decisión es de carácter moral y no ejecutable.

Palabras clave: Estado social, inconstitucionalidad por omisión, política y derecho.

Inconstitutionality by Omission

Abstract

Based on an analysis of antecedents in both comparative law, and in Venezuelan law found in jurisprudence and doctrine, this paper attempts to establish the nature of in-constitutionality by omission. Through analytical and comparative methods, we conclude the strictly political character of the decision and the need for a social and democratic state of rights and justice. All of this is depends on the condition of mandate and progressiveness that is dictated in the constitution of social rights. The decision is of a moral nature and not practicable.

Key words: Social state, in-constitutionality by omission, politics and law.

* Universidad del Zulia. Departamento de Derecho Público. E- mail stealw@hotmail.com

Introducción

En el artículo 336 de la Constitución de Venezuela se establece la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad cuando no se haya dictado una ley que debe garantizar la eficacia de la Constitución. En un Estado social y democrático de Derecho, la Constitución no puede quedar en el papel y debe guiar el proceso político, pero, ¿es el Juez el indicado para decidir si están dadas las condiciones para hacer efectivos los derechos sociales? Aún más para decidir cómo debe hacerse efectiva la Constitución. Estas cuestiones serán resueltas al analizar la doctrina, legislación y jurisprudencia que sobre el tema del control de la constitucionalidad de las leyes pueden obtenerse en Venezuela y el Derecho Comparado.

Legitimidad del Control de la Constitucionalidad

El control de la Constitucionalidad plantea una serie de problemas todavía no resueltos de manera coherente y congruente con la Constitución venezolana. Nadie ha puesto en duda hasta hace poco en Venezuela la legitimidad de este control, limitándose el estudio respectivo, al fundamento constitucional sin plantearse dudas ante este producto del liberalismo del siglo XIX surgido ante el temor a los excesos del gobierno, aún del democrático, Tocqueville en la "Democracia en América", afirma que no hay peor tiranía que la de la mayoría (1984: 257). En su lugar de origen no tiene base constitucional expresa pues el texto de la Constitución de Estados Unidos en su Artículo VI, sección 2 establece la competencia de cada Juez de cada Estado para aplicar la Constitución, las leyes y tratados de los Estados Unidos por encima de la Constitución o ley de cada Estado, declarando a la Constitución Federal, la suprema Ley del Estado sin que ninguna disposición se refiera a algún poder de anular leyes inconstitucionales, pues se limita a establecer la jerarquía de las leyes. Sin embargo, al terminar el gobierno de Adams, este nombra a Marbury, Juez de Paz, para asegurarle un trabajo al miembro del partido federal derrotado, la orden ya había sido aprobada, pero no había sido entregada, Madison, nuevo Secretario de Estado, se niega a entregarla, y Marbury intenta un *Writ of Mandamus*, equivalente y origen del recurso contra la abstención incorporado a la Constitución de Venezuela en 1925 y hoy establecido en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, (L.O.C.S.J.) artículo 42, numeral 23, directamente ante la Corte Suprema de Justicia (USA.), a pesar de que constitucionalmente

aquella en ese caso tenía competencia en apelación, pero según una ley de 1789 tenía competencia en primera instancia. La Corte debe pronunciarse sobre si aplicar la Constitución o la ley a los efectos de determinar su competencia (Marshall en Sigler, 1972:98). La Corte con ponencia de su Presidente John Marshall niega su competencia, basándose en los siguientes argumentos: el pueblo establece los principios que regirán su futuro gobierno pero tal esfuerzo no puede hacerse sino de tiempo en tiempo. Dentro de esos principios uno es la limitación del poder. Pero si el legislador puede con su acto modificar tales límites es decir modificar la Constitución, el límite no es tal, luego ninguna ley puede valer como ley si contradice la Constitución.

Segundo: Si la Constitución es rígida y sólo por el procedimiento constitucional puede modificarse, se deriva su carácter de ley suprema, luego el problema se reduce a aplicar el principio de jerarquía y si tanto la Constitución como la ley son aplicables al caso debe privar la Constitución (Gunther, 1991:12)

Tal razonamiento tenía antecedentes, el mismo Madison había ya dicho en "El Federalista", que si la Constitución existe para salvaguardar los derechos y a tal fin impone límites, el acto de ley que traspase tales límites debe ser anulado. El Poder Judicial es el defensor del pueblo frente al legislador. La Constitución la hace el pueblo, la ley el legislador. El pueblo es superior al legislador luego su voluntad manifestada en la Constitución es superior de donde se sigue que de haber contradicción se impone la Constitución (Madison, 1982:332).

Esto significa que la doctrina no era novedosa y por otro lado parece reducirse a afirmar que las Cortes tienen la obligación de interpretar la Constitución y las leyes y entre los principios de interpretación está el de la jerarquía de las leyes, en tal caso la ley superior tiene aplicación preferente sobre la inferior. Y se llegaba a la conclusión lógica de la aplicación de las ideas de Locke, padre putativo de la Revolución Americana acerca de división de poderes y su instrumentación como un sistema de pesos y contrapesos. Pero esta decisión de un Tribunal acerca del reparto de los cargos burocráticos en una República agrícola apenas más grande, al iniciarse el caso, que Venezuela, había ido más allá. En Francia, al Juez se le había negado juzgar a la Administración porque juzgar a ésta es administrar. Marshall, en cambio, afirmaba que el Tribunal podía enjuiciar al poder legislativo luego siguiendo el razonamiento francés, la Corte estaría legislando, estaría comprometiéndose políticamen-

te, su actuación sería equivalente a la de una aristocracia inamovible, sin origen popular directo y apoyado por la fuerza de su pensamiento (The Economist, 1997:25) Las reacciones se iniciaron enseguida y todavía hoy continúan vivas. Jefferson favorecido por el veredicto, afirmaba que la Corte había usurpado la exclusividad de interpretar la Constitución que correspondía al legislador y convertiría la Constitución en cera en sus manos (Jefferson, 1977:562).

Igualmente se ha acusado que el control de la Constitucionalidad, o el control judicial mismo, abre camino al gobierno de los jueces, a la oligarquía judicial (Cuenca, 1980:40).

En definitiva se está ejerciendo una función política por un órgano que no es responsable políticamente, que no está sometido a control (Jefferson, 1977:563) y sobre todo que no goza de la flexibilidad necesaria para resolver cuestiones políticas (Mc Closkey, 1994:47), la flexibilidad de la democracia que a través de la negociación puede ajustar las leyes para aumentar el ámbito de la libertad. Haciéndose eco de estas críticas los Tribunales Constitucionales de Estados Unidos y otros países evitan declarar la nulidad si la norma puede ser interpretada de tal manera que se puede declarar compatible con la Constitución (Corte Suprema de Justicia en Pierre, 1996:53) pero no puede llegar a "reescribir la ley para ajustarla a los requerimientos constitucionales" (Supreme Court, 1997).

Dahl afirma que la existencia de una Corte Suprema atenta contra el proceso democrático que considera no abusaría de los privilegios (1992:226) y Lowestein, quien considera ilegítimo el poder de los Tribunales pues no han sido electos democráticamente, ni están libres de abusar de su poder y no tienen responsabilidad alguna ante el electorado y se opone a una decisión ya aprobada por los otros dos poderes (1979:308) Salvo el control previo de la constitucionalidad, Artículo 173 de la Constitución Nacional de Venezuela.

Rousseau decía que el hombre sólo era libre cuando obedecía a la voluntad general y ésta era el resultado del acuerdo unánime del pueblo en Asamblea. Pero, ¿es eso posible?

Kelsen en su obra "Esencia y Valor de la Democracia" va a fundamentar no la unanimidad sino el principio mayoritario. El hombre por naturaleza busca la libertad plena de toda coacción externa, pero en la anarquía, la vida se hace peligrosa pues no hay garantía de la vida, y al

no haber garantía de la propiedad la vida es miserable y pobre pues sin aquélla no se puede producir ni lo necesario para subsistir, menos un excedente, por lo que se crea el Estado, se hace a un hombre rey, y se le corona; pero se ha sacrificado la libertad por la seguridad. Para ser libres no puede haber amos y ¿por qué él sería el rey?, si todos somos iguales, de donde se deriva que sólo podemos someternos a nosotros mismos (Kelsen, 1977:15). Pero una asamblea de todo el pueblo, es decir los mayores de 18 años no sometidos a interdicción civil ni a inhabilitación política, no puede ser reunida ni siquiera en el estadio Maracaná, por lo cual se pasa a una democracia representativa, una forma de división de trabajo que permite que mientras unos enseñan, construyen, trabajan, otros se dedican a gobernar. Pero, ¿se requiere la unanimidad de los representantes? No, pues el costo de la unanimidad es muy alto, el último voto es mas caro que el primero, ya que sin el primero el último de los primeros no tienen valor alguno, haciendo posible el chantaje por la minoría (Buchanan y Toullock, 1979). Por lo cual se hace obedecer sólo la minoría y prevalece la voluntad de la mayoría. Por lo demás dado que todos llegamos a un sistema ya consolidado nuestra única posibilidad es cambiarlo y si la mayoría no bastase la minoría que sea favorecida por el status quo y pudiese impedir el cambio se convertiría en el amo real, luego de una forma o de otra sólo se justifica la regla mayoritaria, la mejor aproximación a la idea de libertad (Kelsen, 1977:22).

Pero la idea democrática no se agota allí, el Parlamento al elaborar la ley debe buscar satisfacer al votante medio sin que pueda obligar a las personas a ser libres como quería Rousseau ni darles aquello "que quieren pero no saben que quieren". Ni tampoco puede medir la moral por la regla de la gente mas pacata y mojigata. Al buscar el centro debe negociar, ceder, transigir, en la democracia no puede haber absolutos, sólo un toma y dame, el logrolling o compra y venta de votos es la única forma de que la democracia sea el gobierno del pueblo, por el pueblo y ,sobre todo , para el pueblo (Toullock, 1979).

Este mecanismo permitiría ajustar las leyes a la medida de todos, pero la existencia de una Tribunal Supremo que puede anular las leyes somete a la decisión de un cenáculo, en suma a un grupo aristocrático, la decisión final obligando a la mayoría a respetar el status quo establecido por personas que hace treinta años plasmaron un texto y el cual se mantiene intocable por ser obra de los prohombres del país, y a los cuales no se critica por estar muertos (Bentham, 1990:25).

Este elemento aristocrático responde por demás al argumento errado de creer que hay hombres de talento superior que pueden conocer mejor las cosas que el populacho. Pero decía JEFFERSON preguntada a un campesino, responderá mejor que un profesor a una cuestión moral ya que éste se dejará distraer por cuestiones académicas (Dahl, 1992:76). Piénsese en el fracaso de Vargas, y otros hombres bien preparados al dirigir Venezuela. O las elites intelectuales a los pies del dictador Gómez.

Y las exigencias que Constitución de Venezuela hace para un Magistrado lejos de mejorar el sistema lo empeoran. Se exige haber sido Juez, lo que significa haber sido un burócrata, por lo que la ley se ha ido olvidando para convertirse en decisiones en serie y haberse ajustado a viejas leyes haciéndolo refractario al cambio. Haber sido litigante, o lo que es lo mismo haber visto el conocimiento sustituido por el "formalismo de los prácticos, vacío de principios" que a tantos absurdos lleva según Chiovenda, o peor aún, haber sido docente universitario y por tanto haber vivido en la torre de marfil de las teorías aéreas, elucubrando y haciendo leyes, para los hombres como deberían ser y no como son, como se quejaba Espinosa. Ya el sólo ser abogados los prepara no para esclarecer la ley sino complicarla pues la fuente de vida de los abogados es la ley oscura y ambigua que requiere un guía para entenderla.

Estos argumentos ponen en duda la legitimidad del control judicial y la existencia misma de los Tribunales Constitucionales, y de allí que un crítico de ella se asombra del extraordinario activismo de la Supreme Court (USA.), que en el año de 1997 anulara tres leyes por inconstitucionales, cuando en 194 años, de 1.803 a 1997 declaró inconstitucionales menos de 141 leyes federales, pero en menos de una semana anuló 3 leyes entre ellas la ley contra Internet. Y "bajo la bandera de la restricción judicial" (Friedman, 1997:1C). En Venezuela esta última idea se manifiesta en el requisito de la flagrancia de la violación de la Constitución y así en sentencia de l 3 de Octubre de 1995, la antigua Corte Suprema de Justicia reconoce que toma el elemento del derecho angloamericano aún cuando fundamenta erradamente el control de la constitucionalidad en la defensa de la democracia, cuando aquél es una defensä frente a la

democracia (Buchanan, 1993:59), y exige para declarar la inconstitucionalidad que la

“... violación debe aparecer claramente de la comparación que se haga entre el texto impugnado y la letra de la Constitución. Si la incongruencia no se evidencia, es preferible mantener el criterio de la Constitucionalidad... **a los efectos de conservar vigente el cuadro constitucional dentro del cual se asientan los poderes públicos**”. (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, en Pierre, 1995:382)
Negrillas del autor.

Si el control judicial de actividad legislativa es antidemocrático, ¿por qué se mantiene? Porque el Estado se instituyó para salvaguardar ciertos derechos fundamentales, inherentes a la persona humana y deben ser protegidos del abuso estatal aún en un sistema democrático. Este, a pesar de la idea de “buen demócrata” de Dahl (1992:223) que no abusaría por auto restricción, es en definitiva el más peligroso de los tiranos:

“pues se alimenta de la idealista ilusión de que la participación es todo lo que importa” (Buchanan, 1993:54).

Cuando ya hemos visto que la mayoría gobierna por ser la aproximación mas perfecta a la libertad, el argumento a su favor es estrictamente de necesidad. Y que la mayoría gobierna significa en palabras de un rapero, I-CE-T, citado por Miller.

“Deja que te diga una cosa de las masas, mira la lucha, Hulk Hogan, la gente sobre el ring, la arena siempre llena, ésta es la gente que va a votar” (en De Martino, 1997:116).

Por lo cual no está exenta del abuso, todo aquel que tiene poder abusará de él y las minorías tienen derecho a ser protegidas pues, no se puede confiar en la autolimitación ni de los mejores ni de los peores. Eso mismo hace exigible y necesario el control de la constitucionalidad por un cuerpo que pueda resistir el peso de la opinión incluso oponiéndose a lo popular, incluso si para defender el derecho a decir lo que se quiera deba defenderse al vendedor de pornografía (The Economist, 1997:26) haciendo buenas las palabras de Voltaire “no estoy de acuerdo con lo que dices, pero estoy dispuesto a morir por tu derecho a decirlo”.

Tenemos entonces el Tribunal Supremo como un contrapoder de los abusos del gobierno o la mayoría pero este cuerpo es inmune al control pues los establecidos en la Constitución son inefectivos. ¿Por qué

este cuerpo de notables no habría de abusar de ese poder absoluto? Son electos por 12 años y se les hace independientes y solo pueden ser removidos con los votos de las dos terceras partes de los miembros de la Asamblea Nacional y previa calificación de la falta por el Poder Ciudadano, el Poder Ciudadano es electo por la Asamblea cada siete años, mientras el período de la Asamblea es de cuatro años, luego hay una relativa independencia del Poder Ciudadano respecto de la Asamblea, por lo que es poco probable una toma de control sobre el Poder Judicial por parte de la Asamblea. La otra posibilidad es el enjuiciamiento, previo antejuicio del propio Tribunal Supremo de Justicia en Sala Plena (266, numeral 3° Constitución de Venezuela).

Los mecanismos de control jurídico no son posibles pues si se colocase a una Alta Comisión de Justicia sobre Tribunal Supremo de Justicia no resolveríamos el problema sólo lo desplazaríamos y no se pueden colocar controles al infinito. Queda entonces la posibilidad real de control de las decisiones del Tribunal Supremo de Justicia que es la posibilidad que tiene la Asamblea o cuerpo electoral de enmendar o reformar la Constitución, eso evita que el Tribunal Supremo se convierta en un poder supremo y es lo que evita que el control de la constitucionalidad sea ilegítimo.

Estado social y democrático de derecho y de justicia

La Constitución de Venezuela va más allá del Estado liberal de Derecho, que solo requiere un Tribunal Supremo que actúe como legislador negativo (Kelsen, 1999) y proclama un Estado social y democrático de Derecho y de Justicia. Este Estado debe ya garantizar no sólo libertades negativas, abstenciones del Estado, sino también libertades positivas, no sólo tener libertad sino también los medios para ejercerla. El Estado se convierte en objeto pasivo de pretensiones de dar o hacer, es el obligado en derechos prestacionales. Sin embargo, su concepción queda en principio librada al legislador, así en los derechos sociales es mas frecuente la expresión la ley determinará, establecerá, desarrollará (Arts.76, 85, 86, 87, 88, 89 Constitución de Venezuela). El texto de la Constitución contiene normas amplísimas en materia de derechos sociales. Sin embargo, y a pesar de la posición de la doctrina de negar el carácter programático, y considerarlos derechos exigibles de inmediato, la Constitución, en derechos esenciales, como el derecho a una vivienda

digna, cómoda e higiénica, le da el carácter progresivo a la obligación (Art. 82 ejusdem).

Tales pretensiones lo reconoce la Constitución, al menos en ese caso, sólo pueden responder al desarrollo económico y a la disponibilidad de recursos y son más una normalización de una situación de hecho preexistente que una “conquista”. Pues los derechos sociales han sido, en los países industrializados, una consecuencia del desarrollo económico y no su antecedente.

Una segunda característica de los derechos sociales es su progresividad que sería en todo caso a partir de un mínimo esencial (Faúndez, 2000:176). Pero lo mismo que en los derechos de libertad o libertades negativas la progresividad es limitada, los derechos no pueden crecer al infinito. Si los derechos de libertad negativa se expanden sin fin devendría la anarquía. Los derechos son límites a la coacción estatal, si aquellos impiden que ésta se ejerza en absoluto no habría Estado y tampoco derechos. Ese mínimo de coacción que representa el Estado de Derecho es indispensable para asegurar la coexistencia pacífica y es poco probable que alguien ponga en duda la necesidad de la existencia de un Estado (Scalia, 1997: 42). El mismo razonamiento es válido para los derechos sociales. El desarrollo económico permite crear condiciones sociales que luego se convierten en derechos. Incluso las empresas pueden verse favorecidas por tales derechos, la limitación de las horas de trabajo conviene a ambas partes, al trabajador que puede descansar y disfrutar del ocio, pero también a la empresa, a la cual no conviene tener trabajadores que perezcan de agotamiento, como hasta hace poco era un fenómeno en Japón, pues eso significa perder capital humano. En esas personas se invirtió tiempo y dinero para formarlas y prepararlas. Pero si la reducción en horas de trabajo no es compensada por la mayor productividad de las horas trabajadas, las empresas pierden competitividad e irán a la quiebra o a ser subsidiadas por el Estado, es decir, se destruiría la prosperidad económica que permitía asegurar esos derechos. De la misma manera los cambios demográficos asociados a la prosperidad económica, como la reducción de población, hacen recaer la carga sobre cada vez menos personas, mientras la progresividad exige la universalización (Faúndez, 2000:177).

Entonces no se puede ignorar la realidad económica y tampoco la realidad social, política y cultural al desarrollar una Constitución (Fernández, 1998: 47), desarrollar la seguridad social plena y universal que

requiera la Constitución de Venezuela puede exigir recursos colosales que serían sustraídos al aparato productivo impidiendo que aquella se sostenga en el tiempo. Igualmente traería la no satisfacción de otras necesidades no menos urgentes como la mejora de la educación.

En esas condiciones, el legislador sería el llamado para decidir previo estudio de la realidad, o bajo las presiones del interés electoral, grupos de presión, presiones sociales (Lowenstein en Fernández, 1998:42), cuando es el momento adecuado, para actuar y dictar la ley de desarrollo. Pero la Constitución de Venezuela no deja esa decisión en manos del legislador y establece en sus disposiciones transitorias una agenda legislativa para los dos primeros años de vigencia de aquella y coloca en manos del Tribunal Supremo de Justicia la responsabilidad de garantizar el cumplimiento de la agenda legislativa. El no cumplimiento de esa agenda sería una omisión del legislador.

Omisión del legislador y omisión legislativa

La inconstitucionalidad por omisión ha sido definida así:

“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” (Fernández, 1998: 81).

La Constitución de Venezuela es la disposición transitoria Sexta, establece como plazo dos años desde la instancia de la Asamblea Nacional. Si se hubiesen aprobado todas las leyes, ¿no habría mas inconstitucionalidad por omisión? Si, pues los tratados internacionales agregarían nuevos derechos que será necesario desarrollar y los derechos ya incluidos podrían exigir nuevos desarrollos legales.

La inconstitucionalidad por omisión se produce en los casos por silencio de la ley y por silencio del legislador.

El silencio de la Ley

Habría silencio de la ley cuando regula de manera incompleta o defectuosa el mandato constitucional (Villaverde, 1997: 49). Así se dicta una ley de pensiones que establece que la esposa superviviente recibirá la pensión que correspondería al marido fallecido, pero no prevé lo contrario, la norma estaría discriminando a las mujeres trabajadoras, pues su patrimonio resultante sería menor.

Pero si se impugna la norma a través de la acción de inconstitucionalidad, la consecuencia sería la anulación de la ley, y nadie tendría derecho a pensión de sobreviviente. Esto exige recurrir a la figura de la inconstitucionalidad por omisión para que se obligue al legislador a reformar la ley de tal manera que se incluya a los inicialmente excluidos, o bien interpretar la norma de manera que los incluya (Fernández, 1998: 424).

En Venezuela esta posibilidad está consagrada expresamente en el artículo 336, numeral 7 de la Constitución, por lo que no son necesarias las construcciones que en otros países se han elaborado para justificar el control, tales como la referencia a la norma implícita en el caso previo, la norma se leería: "están excluidos los maridos supertites" y esa norma virtual sería la norma inconstitucional (Villaverde, 1997: 49).

Omisión del legislador

Una Constitución so pena de convertirse en un Código, y la de Venezuela lo es, no puede ser exhaustiva, por otra parte el continuo cambio del mundo, impide que el poder constituyente prevea todos los desarrollos futuros. Y sobre todo si la Constitución desciende al detalle se vuelve rígida, en el sentido físico, y en consecuencia frágil y no soportaría los embates de la realidad, por lo que aún un código constitucional, como la Constitución venezolana se ve obligada a dejar el desarrollo de los preceptos constitucionales al legislador ordinario. Esto es especialmente necesario en los derechos de prestación, o sociales, pues a parte de su progresividad, aún su satisfacción mínima exige tomar decisiones sobre asignación de recursos, o mejor de producción de los recursos necesarios para la satisfacerlos, lo cual envuelve una decisión compleja que no puede tomarse una vez y para siempre. Pero debe dejarse claro que al elevar al rango de derecho las necesidades sociales surge una obligación jurídica de legislar, de contenido y lapsos de acción, preestablecidos (Gómez, 1997: 40) así en materia de derechos sociales los artículos de la Constitución de Venezuela: 75 adopción, 76 obligación alimentaria, 77 uniones de hecho, 78 ciudadanía de los niños y adolescentes, 79 participación juvenil, 81 trabajo de discapacitados, 83 protección de la salud, 85 sistema público de salud, 86 seguridad social, 87 derecho al trabajo, 88 igualdad en el trabajo, 89 condiciones laborales, 90 jornada laboral, 91 protección del salario, 93 estabilidad laboral, 94 intermediación, 95 libertad sindical y 96 negociación colectiva, remiten para su regulación o garantía en menor o mayor medida a la ley de desarrollo

y la Disposición Transitoria Cuarta da un plazo de un año desde su instalación a la Asamblea para desarrollar el relativo a prestaciones y proceso laboral, y la Sexta, da un lapso de dos años para el resto. Sin embargo no toda norma requerirá de un desarrollo legal expreso.

La Constitución contiene normas auto aplicativas, así el artículo 13 de la Constitución que prohíbe la cesión del territorio venezolano o 18 ejusdem que establece Caracas como Capital de Venezuela (Villaverde, 1998: 60). En tal caso es imposible una inconstitucionalidad por omisión.

En el caso de los derechos de desarrollo legislativo, tales como el derecho a la vida del 43 ejusdem o el derecho a ser juzgado en libertad del 44, numeral 1, e I Juez, artículo 22 ejusdem, aplicará las normas constitucionales sin necesidad de desarrollo legal (Villaverde, 1998: 68). Sin embargo, a esto debe objetarse los siguientes, el derecho a ser juzgado en libertad atenta contra el derecho a la seguridad y protección, artículo 55 ejusdem, por lo tanto es necesario realizar un balance entre ambos derechos que corresponde a la ley (artículo 44, numeral 1) y nunca al Juez.. Por lo tanto la falta de regulación de esa norma "auto aplicativa" viola un derecho constitucional por omisión, viola el derecho a la seguridad del artículo 55 ejusdem.

Por último están los mandatos de las normas propias del Estado Social que se defiende de manera casi unánime que podrían ser aplicados directamente por el Juez (Araujo, 1998). Pero se obvia que la satisfacción de estos derechos exige la disposición de recursos presupuestarios y la determinación del alcance o medida de la prestación, por lo que solo en presencia de la ley el Juez puede legítimamente actuar (Palmer, 2000). De todo lo cual resulta que este es el caso propio de la inconstitucionalidad por omisión.

Pero para que esta exista además de la falta de acción del legislador debe haber transcurrido un lapso razonable sin haberse cumplido el mandato. Pero cómo podría el Juez jurídicamente y no políticamente evaluar los factores extrajurídicos como disponibilidad de recursos, estructuras mentales, costumbres, prejuicios que obstaculizan la labor del legislador y que pueden llevarlo a la abstención, sin olvidar que la Constitución contiene normas abiertas cuya configuración debe corresponder a opciones de política por parte de la mayoría (Fernández, 1998: 120). Sin embargo el constituyente en Venezuela estableció el plazo máximo en el cual debía desarrollarse toda la Constitución, dos años

desde la instalación de la Asamblea (Disposición Transitoria Sexta de la Constitución). Pero si la situación económica del país, debido a una baja de los precios del petróleo hiciese inviable el sistema de seguridad social, ¿habría una violación de la Constitución?

Procedimiento y sentencia

El procedimiento para el recurso, por ahora, debe ser establecido por el Tribunal Supremo de Justicia con base en el artículo 102 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia que autoriza a aquel a llenar los vacíos legales. Así hasta que se dicte la ley del Tribunal Supremo, se deberá utilizar el procedimiento de las acciones de nulidad de actos de efectos generales, artículos 112 al 119 y 131 al 137 L.O.C.S.J.

La sentencia que pone fin al proceso incluirá una orden de legislar el plazo razonable para hacerlo y, a semejanza de la Ley Fundamental De Bonn puede, indicar el contenido que debe tener, con lo cual se priva de la libertad al legislador, desplazando la potestad de legislar de un órgano electo a uno no electo e irresponsable políticamente (Fernández, 1998: 228). Además mientras ante la Asamblea los distintos intereses se pueden manifestar a través de canales formales e informales, el Tribunal Supremo permanece, como regla, ajeno a las presiones del común de la gente y sólo los intereses mas concentrados se pueden hacer sentir.

Todavía una pregunta cómo podría obligar el Tribunal Supremo de Justicia a la Asamblea a legislar. Cuando el tribunal Supremo anula una ley, los jueces dejarán de aplicarla o anularán los actos basados en la ley anulada, pero en el caso de omisión se requiere una acción por parte de la Asamblea y no hay medio coactivo alguno al alcance del Tribunal Supremo mas que la admonición moral.

Conclusiones

1. El control de la constitucionalidad es antidemocrático mas no ilegítimo ya que la mayoría pierde su legitimidad al vulnerar los derechos de la minoría.
2. El titular del poder constituyente puede controlar las decisiones del Tribunal Constitucional y eso hace legítimo el control constitucional.
3. La aceptación del constitucionalismo es la aceptación de límites a la mayoría circunstancial derivada de unas elecciones.
4. Las decisiones del Tribunal Constitucional son de carácter político si bien se revisten de forma jurídica.

5. El Estado social y democrático de Derecho y de Justicia, añade derechos prestacional -es o de libertad positiva. En estos el Estado es sujeto pasivo de una obligación de satisfacer mínimos esenciales.
6. Los derechos sociales se caracterizan por ser mandatos al legislador y por su progresividad.
7. Si el Legislador aplaza irrazonablemente el cumplimiento del mandato se viola la Constitución por omisión.
8. Cuando la ley se dicta pero no cubre todos los casos en una omisión de la ley. Si no se dicta en absoluto hay omisión del Legislador.
9. La decisión de una acción de nulidad por inconstitucionalidad puede revestirse de características jurídicas. La decisión en la inconstitucionalidad por omisión, es una decisión de oportunidad, por tanto política y es tomado por un órgano irresponsable electoralmente.
10. La sentencia que puede fijar lapso y contenido para el dictado de la ley no pasa de ser sólo una admonición moral.

Bibliografía

- ARAUJO, José. 1998. "Amparo Constitucional y los Derechos Fundamentales Prestacionales" en **Revista de Derecho Administrativo** No. 4. Caracas Sherwood. Pp. 7-22.
- BENTHAM, Jeremy. 1990. **Falacias políticas**. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales.
- BUCHANAN, J. y TOULLOCK, G. 1979. **Cálculo Del Consenso**. Madrid. Espasa-Calpe.
- BUCHANAN, James. 1993. **Property As A Guarantor Of Liberty**. Gran Bretaña. Edgar Elgar.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (1995) en PIERRE TAPIA (comp.) **Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia**. X. Caracas. Pierre Tapia.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (1996) en PIERRE TAPIA (comp.) **Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia**. V. Caracas. Pierre Tapia.
- CUENCA, Humberto. 1980. **Curso de Casación Civil**. Caracas. Ediciones de la Biblioteca Universidad Central de Venezuela.
- DAHL, Robert . 1982. **La Democracia y sus Críticos**. España. Paidós.
- DE MARTINO, M. 1997. **La Democrazia Ha Un Limite Nel Disgusto**. Panorama. Roma. Arnoldo Mondadori. 3 de julio. Pp.116. Estados Unidos. Penguin books.

- FAUNDEZ, Héctor. 2000. **La Justiciabilidad de los Derechos Sociales en el Derecho Internacional Contemporáneo** en Gaceta Laboral. Vol. 6. No. 2. Maracaibo Centro de Investigaciones y Estudios Laborales y Disciplinas Afines.
- FERNANDEZ, José. 1998. **La Inconstitucionalidad Por Omisión**. Madrid. Civitas.
- FRIEDMAN, L. 1997. **Sin Título** en The Miami Herald International Edition. Miami. 6 de Julio. 1C.
- GOMEZ, Marcos. 1997. **La Inactividad Del Legislador: Una Realidad Susceptible De Control** Madrid .Mc Graw Hill.
- GUNTHER, Gerald. 1991. **Constitutional Law**. New York. Foundation Press.
- JEFFERSON, T. 1997. PETERSON M. (edit) **The Portable Thomas Jefferson**.
- KELSEN, Hans. 1999. **¿Quién Debe Ser El Defensor De La Constitución?** Madrid. Tecnos.
- KELSEN, Hans. 1977. **Esencia y Valor de la Democracia**. España. Guadarrama.
- LOWESTEIN, Karl . (1979) **Teoría de la Constitución**. España. Seix Barral.
- MADISON, et al. 1992. **El Federalista**. México. Fondo de Cultura Económica.
- MC CLOSKEY, R. (Revisado por LEVINSON S.). 1994. **The American Supreme Court**. Chicago The University of Chicago Press.
- PALMER, Elizabeth. 2000. **Resource Allocation, Welfare Rights. Mapping The Boundaries Of Judicial Control In Public Administrative Law** en oxford Journal of Legal Studies Vol. 20 No 1 Oxford .Oxford University Press. 63-88.
- SCALIA, Antonin. 1997. **A Matter of Interpretation**. Princeton. Princeton. University Press.
- SIGLER, Jay. 1972. **La Tradición Conservadora En El Pensamiento De Los Estados Unidos**. Méjico. Editores Asociados.
- SUPREME COURT en Citizen Internet Empowerment Coalition. <http://www.cieco.org/Opinion>. 1997.
- THE ECONOMIST. 1997. **Judges, Suicide And Resurge Of The States**. Londres 5 de Julio. 26.
- TOCQUEVILLE, Alexis. 1984. **La Democracia en América**. México. Fondo de Cultura Económica. 1984. (1935). p. 257.
- TOULLOCK, G. 1979. **Los Motivos Del Voto**. España. Espasa-Calpe.
- VILLAVERDE, Ignacio. 1997. **La Inconstitucionalidad Por Omisión**. Madrid Mc Graw Hill.