

#### CONSEJO DE REDACCIÓN

Dolores **AGUERREVERE**, Juan Domingo **ALFONZO PARADISI**, Francisco **ASTUDILLO GÓMEZ**, Caterina **BALASSO TEJERA**, Juan C. Carlos Luis **CARRILLO ARTILES**, Antonio **CANOVA GONZÁLEZ**, Juan Cristóbal **CARMONA BORJAS**, Jesús María **CASAL**, Jorge **CASTRO BERNIERI**, Ra-fael **CHAVEIRO**, Ignacio **DE LEÓN**, Margarita **ESCUDERO LEÓN**, Luis **FRAGA PITTALUGA**, Fortuna-to **GONZÁLEZ CRUZ**, Gustavo **GRAU FORTOUL**, Rosibel **GRISANTI DE MONTERO**, Lolymar **HERNÁNDEZ CAMARGO**, Víctor **HERNÁNDEZ-MENDIBLE**, Miguel J. **MÓNACO**, José Antonio **MUCI BORJAS**, Claudia **NIKKEN**, Ana Cristina **NÚÑEZ**, Luis **ORTIZ ÁLVAREZ**, Cosimina **PELLEGRINO PACERA**, Humberto **ROMERO-MUCI**, Jorge Luis **SUÁREZ**, María Elena **TORO**, José Luis **VILLEGAS MORENO**, Emilio J. **URBINA MENDOZA**, Carlos **URDANETA SANDOVAL**, Daniela **UROSA MAGGI**

#### COMITÉ ASESOR

Germán **ACEDO PAYAREZ**, Asdrúbal **AGUIAR**, José Guillermo **ANDUEZA**, Ana Elvira **ARAUJO GARCÍA**, José **ARAUJO JUÁREZ**, Alfredo **ARISMENDI A.**, Carlos **AYALA CORAO**, Eloisa **AVELLANEDA**, Rafael **BADELL MADRID**, Alberto **BAUMEISTER TOLEDO**, Alberto **BLANCO URIBE**, Isabel **BOSCÁN DE RUESTA**, Mary **BOVEDA**, Gustavo **BRICEÑO**, Humberto **BRICEÑO**, Josefina **CALCAÑO DE TEMELTAS**, Juan **D'STEFANO**, Román José **DUQUE CORREDOR**, Héctor **FAÚNDEZ LEDESMA**, Gerardo **FERNÁNDEZ**, Juan **GARRIDO ROVIRA**, María Amparo **GRAU**, Eugenio **HERNÁNDEZ BRETÓN**, Henrique **IRIBARREN**, Gustavo **LINARES**, Irma Isabel **LOVERA DE SOLA**, Henrique **MEIER**, Alfredo **MORLES**, José **MUCI-ABRAHAM**, Pedro **NIKKEN**, Gonzalo **PERÉZ LUCIANI**, Rogelio **PÉREZ PERDOMO**, Gustavo **PLANCHART MANRIQUE**, Armida **QUINTANA**, Manuel **RACHADELL**, Belén **RAMÍREZ LANDAETA**, Judith **RIEBER DE BENTATA**, Armando **RODRÍGUEZ G.**, Nelson **RODRÍGUEZ**, Hildegard **RONDÓN DE SANSÓ**, Gabriel **RUAN SANTOS**, Ana María **RUGGERI RODRÍGUEZ**, Magdalena **SALOMÓN DE PADRÓN**, Nelson **SOCORRO**, Gustavo **URDANETA**

#### CONSEJO CONSULTIVO

Juan Carlos **CASSAGNE**, Julio R. **COMADIRA**, Alberto R. **DALLA VIA**, Agustín **GORDILLO**, Antonio María **HERNÁNDEZ**, Néstor Pedro **SAGÜES** (Argentina), José Mario **SERRATE PAZ** (Bolivia), Romeo Felipe **BACELLAR FILHO**, Celso Antonio **BANDEIRA DE MELLO**, Marcelo **FIGUEIREDO**, (Brasil), Sandra **MORELLI**, Libardo **RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ**, Jaime Orlando **SANTOFIMIO**, Consuelo **SARRIA**, Jaime **VIDAL PERDOMO** (Colombia), Humberto **NOGUEIRA ALCALÁ**, Rolando **PANTOJA BAUZÁ** (Chile), Rubén **HERNÁNDEZ VALLE**, Aldo **MILANO**, Enrique **ROJAS FRANCO**, (Costa Rica), Joffre **CAMPAÑA**, Javier **ROBALINO ORELLANA** (Ecuador), Francisco **FERNÁNDEZ SEGADO**, Lorenzo **MARTÍN-RETORTILLO BAQUER**, Luciano **PAREJO ALFONSO**, Jaime **RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ**, Santiago **GONZALEZ-VARAS IBÁÑEZ** (España), Hugo H. **CALDERÓN MORALES**, Jorge Mario **GARCÍA LA GUARDIA**, (Guatemala), Héctor M. **CERRATO**, Edmundo **ORELLANA**, (Honduras), Miguel **CARBONELL**, Jorge **FERNÁNDEZ RUÍZ**, Eduardo **FERRER MAC-GREGOR**, Diego **VALADES** (México), Carlos Alberto **VÁSQUEZ**, (Panamá), Luis Enrique **CHASE PLATE**, (Paraguay), Jorge **DANOS ORDONEZ**, Domingo **GARCÍA BELAÜNDE**, (Perú), Eduardo Jorge **PRATS**, Olivo A. **RODRÍGUEZ H.**, (República Dominicana), Mariano **BRITO**, Juan Pablo **CAJARVILLE P.**, Carlos E. **DELPIAZZO** (Uruguay)

#### Revista de Derecho Público

Email: [revistadederechopublico@bblegal.com](mailto:revistadederechopublico@bblegal.com)

**Fundación Editorial Jurídica Venezolana**, Avda. Francisco Solano López, Torre Oasis, P.B., Local 4, Sabana Grande, Caracas, Venezuela. Telf. (58) 212 762-25-53/38-42/ Fax. 763-52-39  
Apartado N° 17.598 – Caracas, 1015-A, Venezuela.

Email: [fejv@cantv.net](mailto:fejv@cantv.net)

Pág. web: <http://www.editorialjuridicavenezolana.com.ve>

© 1980, EDITORIAL JURÍDICA VENEZOLANA

Revista de Derecho Público  
N° 1 (Enero/marzo 1980)  
Caracas.Venezuela

Publicación Trimestral

Hecho Depósito de Ley  
Depósito Legal: pp 198002DF847  
ISSN: 1317-2719

1. Derecho público-Publicaciones periódicas

Las opiniones expuestas en los trabajos publicados en esta Revista son de la exclusiva responsabilidad de sus autores y no se corresponden necesariamente con las de la Fundación Editorial Jurídica Venezolana o las de sus directores.

Esta Revista no puede ser reproducida en todo o en parte, salvo permiso escrito de los editores.

Diagramado y montaje electrónico de artes finales: Mirna Pinto,  
en letra Times New Roman 9,5, Interlineado 10,5, Mancha 21x12.5

Impresión litográfica: Anauco Ediciones

La edición consta de 500 ejemplares

Portada: Lilly Brewer

*Normas para el envío de originales*

La Revista de Derecho Público aceptará artículos inéditos en el campo del derecho público. Los artículos deberán dirigirse a la dirección de email de sus directores o a la Revista de Derecho Público: [revistadederechopublico@bblegal.com](mailto:revistadederechopublico@bblegal.com)

*Se solicita atender a las normas siguientes:*

1. Los trabajos se enviarán escritos a espacio y medio, con una extensión aproximada no mayor de 35 cuartillas tamaño carta.
2. Las citas deberán seguir el siguiente formato: nombre y apellidos del autor o compilador; título de la obra (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada. Para artículos de revistas u obras colectivas: nombre y apellidos del autor, título del artículo (entre comillas); nombre de la revista u obra colectiva (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada.
3. En su caso, la bibliografía seguirá las normas citadas y deberá estar ordenada alfabéticamente, según los apellidos de los autores.
4. Todo trabajo sometido deberá ser acompañado de un breve resumen.
5. En una hoja aparte, el autor indicará los datos que permitan su fácil localización (N° fax, teléfono, dirección postal y correo electrónico). Además incluirá un breve resumen de sus datos académicos y profesionales.
6. Se aceptarán para su consideración y arbitraje todos los textos, pero no habrá compromiso para su devolución ni a mantener correspondencia sobre los mismos.

La adquisición de la Revista de Derecho Público puede hacerse en la sede de la Fundación Editorial Jurídica Venezolana, Av. Francisco Solano López, Torre Oasis, P.B., Local 4, Sabana Grande, Apartado 17.598, Caracas, 1015, Venezuela, Teléfono 762-25-53/762-38-42/ Fax: 763-52-39 o por librería virtual en la página web: <http://www.editorialjuridicavenezolana.com.ve>

Las instituciones académicas interesadas en adquirir la Revista de Derecho Público mediante canje de sus propias publicaciones, pueden escribir a la Fundación Editorial Jurídica Venezolana a las direcciones antes indicadas.

La Revista de Derecho Público se encuentra indizada en la base de datos CLASE (bibliografía de revistas de ciencias sociales y humanidades), Dirección General de Bibliotecas, Universidad Nacional Autónoma de México.

---

SUMARIO

---

**ESTUDIOS**

**Artículos**

*Estudio sobre la propuesta presidencial de reforma constitucional para la creación de un Estado Socialista, Centralizado y Militarista en Venezuela (Agosto 2007), por Allan R. BREWER-CARÍAS* ..... 7

*El Mercosur y la adhesión de Venezuela, por Roberto CHACON DE ALBUQUERQUE* ..... 43

**Comentarios Monográficos**

*Las Fuentes del Derecho Contencioso Administrativo en Venezuela, por Claudia NIKKEN* ..... 61

*Consideraciones sobre la forma del Estado y la repartición vertical del poder, por Gustavo TARRE* ..... 69

*Congelación de Alquileres, por Irma LOVERA DE SOLA* ..... 76

**LEGISLACIÓN**

**Información Legislativa**

*Leyes, Decretos Normativos, Reglamentos y Resoluciones de efectos generales dictados durante el tercer trimestre de 2007, por Marianella VILLEGAS SALAZAR* ..... 95

**Comentarios Legislativos**

*Ley de Migración a Empresas Mixtas de los Convenios de Asociación de la Faja Petrolífera del Orinoco, así como de los Convenios de Exploración a Riesgo y Ganancias Compartidas, por Carlos GONZÁLEZ URDANETA* ..... 103

## **DOCTRINA**

### **Doctrina Administrativa**

<i>Resoluciones de la Superintendencia para la promoción y protección de la libre competencia dictadas durante el tercer trimestre de 2007, por José Ignacio <b>HERNÁNDEZ G.</b> .....</i>	111
--	-----

## **JURISPRUDENCIA**

### **Información Jurisprudencial**

<i>Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Tribunal Supremo de Justicia y Cortes de lo Contencioso Administrativo): tercer trimestre de 2007, por Mary <b>RAMOS FERNÁNDEZ</b> y Marianella <b>VILLEGAS SALAZAR</b> .....</i>	119
--	-----

## **ÍNDICE**

<i>Alfabético de la jurisprudencia .....</i>	235
--	-----

ESTUDIOS



## Artículos

### *Estudio sobre la propuesta presidencial de reforma constitucional para la creación de un Estado Socialista, Centralizado y Militarista en Venezuela (Agosto 2007)*

Allan R. Brewer-Carías

*Profesor, Universidad Central de Venezuela  
Adjunct Professor of Law, Columbia Law School (2006-2007)*

**Resumen:** *El trabajo analiza la propuesta de reforma constitucional que presentó el Presidente de Venezuela ante la Asamblea Nacional en agosto de 2007, en la cual propone cambios fundamentales en la concepción y organización del Estado, para transformar el modelo de Estado Democrático y Social de Derecho descentralizado (federal) que se plasmó en la Constitución vigente de 1999, montado sobre un sistema de economía mixta que combina libertad económica y de empresa con la intervención del Estado para asegurar la justicia social, por un Estado Socialista, Centralizado y Militarista, montado sobre la eliminación de la libertad económica y del derecho de propiedad como derechos constitucionales, y el establecimiento constitucional de un sistema económico estatista de planificación centralizada. Dicha "reforma" sólo podría realizarse convocando una Asamblea Constituyente.*

*This study is devoted to analyze the proposals for the modification of the Venezuelan 1999 Constitutions formulated by the President of that country before the National Assembly on August 2007, by mean of witch seek to introduce fundamental changes in the conception and organization of the State, in order to change the current model of Democratic Rule of Law and Decentralized Social State, based on a system of mixed economy which combine economic freedom and State intervention in order to achieve social justice, and transform it into a Socialist, centralized and Military State, based on the extinction of economic freedom and property rights as constitutional rights, establishing a constitutional economic system based on the State exclusive role in the economy through a centralized planning system. Such "reform" could only be made through a Constituent Assembly.*

#### SUMARIO

#### I. LOS CAMBIOS EN LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LA ORGANIZACIÓN DEL ESTADO: DEL ESTADO DEMOCRÁTICO DESCENTRALIZADO AL ESTADO SOCIALISTA CENTRALIZADO

1. *La doctrina bolivariana como supuesta doctrina del Estado socialista.*
2. *La sustitución del Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia por el Estado Socialista.*
3. *La eliminación de la descentralización como política del Estado.*
4. *La fragmentación de la Administración Pública del Estado.*
5. *El abandono de la disciplina presupuestaria y de la unidad del Tesoro.*

- II. LOS CAMBIOS EN EL SISTEMA POLÍTICO: DE LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA A LA SUPUESTA PARTICIPACIÓN POPULAR CONDUCTA POR EL PODER CENTRAL
1. *La eliminación de la democracia representativa a nivel local y su sustitución por una supuesta "participación protagónica".* 2. *La eliminación de principio de la alternabilidad con la propuesta de reelección indefinida del Presidente de la República.* 3. *El sistema de partidos políticos y de asociación política y el financiamiento público a las actividades electorales.*
- III. LOS CAMBIOS EN LA FORMA DEL ESTADO: DE LA FEDERACIÓN CENTRALIZADA A LA CENTRALIZACIÓN TOTAL DEL ESTADO
1. *El desmoronamiento de la forma federal del Estado.* A. *El vaciamiento del contenido territorial de la Federación.* B. *La nueva división territorial de la República sujeta al Poder Central y con autoridades no electas.* C. *La nueva concepción de la Ciudad Capital sin autonomía política ni gobierno democrático local.* D. *El sistema nacional de ciudades y el derecho a la ciudad.* 2. *El abandono del principio de la distribución vertical del Poder Público en nacional, Estado y Municipal con la incorporación del Poder Popular.* 3. *La "nacionalización" de competencias que la Constitución de 1999 atribuya a los Estados.* 4. *La obligación de los Estados y Municipios de desprenderse (descentralizar) sus competencias y transferirlas en los órganos del Poder Popular.* 5. *La limitación a la autonomía.*
- IV. LOS CAMBIOS EN LA ORGANIZACIÓN DEL PODER NACIONAL: LA ACENTUACIÓN DEL PRESIDENCIALISMO
1. *La extensión del período presidencial.* 2. *Los nuevos órganos ejecutivos: los Vice Presidentes.* 3. *La extensión de las atribuciones del Presidente de la República.*
- V. LOS CAMBIOS EN LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA: DE UN ESTADO SOCIAL Y PROMOTOR DE ECONOMÍA MIXTA, A UN ESTADO SOCIALISTA, DE ECONOMÍA ESTATAL CENTRALIZADA Y CONFISCATORIA
1. *La eliminación de la libertad económica como derecho constitucional al libre ejercicio de las actividades económicas.* 2. *La eliminación del derecho como derecho constitucional y la garantía de la propiedad privada.* 3. *La eliminación del latifundio.* 4. *El régimen de la intervención del Estado en la economía.* 5. *Los cambios en el régimen fiscal y económico del Estado.* A. *La eliminación de la autonomía del Banco Central de Venezuela y la asunción de la política monetaria por el Ejecutivo.* B. *La política macroeconómica a la merced del Ejecutivo Nacional.*
- VI. LOS CAMBIOS EN LOS DERECHOS LABORALES: UNA "REFORMA" CONSTITUCIONAL INÚTIL
- VII. LOS CAMBIOS EN EL RÉGIMEN DE LA FUERZA ARMADA: DE UN ESTADO DE CONDUCCIÓN CIVIL A UN ESTADO MILITARISTA

En enero de 2007, el Presidente de la República Bolivariana de Venezuela anunció que propondría una serie de reformas a la Constitución de 1999<sup>1</sup>, para cuya concepción designó un **Consejo Presidencial para la Reforma de la Constitución**<sup>2</sup>, presidida por la Presidenta de la Asamblea Nacional e integrada por altos funcionarios de todos los Poderes Públicos del Estado, para trabajar "de conformidad con los lineamientos del Jefe de Estado en estricta confidencialidad" (art. 2)<sup>3</sup>, lo que de por sí era contrario a los principios de cualquier reforma constitucional en un país democrático.

1 Véase en *Gaceta Oficial* N° 36.860 de 30-12-1999.

2 Véase Decreto N° 5138 de 17-01-2007, *Gaceta Oficial* N° 38.607 de 18-01-2007

3 Ello también lo declaró públicamente, además, la Presidenta de la Asamblea Nacional al instalarse el Consejo. Véase en *El Universal*, 20-02-2007.



Las pautas que en diversos discursos y alocuciones fue dando el Presidente de la República para la reforma constitucional, apuntaban, por una parte, a la conformación de un **Estado del Poder Popular o del Poder Comunal, o Estado Comunal**, estructurado desde los Consejos Comunales como unidades políticas primarias u organizaciones sociales **no electas mediante sufragio universal, directo y secreto**, supuestamente dispuestos para canalizar la participación ciudadana, pero conforme a un sistema de **conducción centralizado** desde la cúspide del Poder Ejecutivo Nacional, donde **no hay autonomías territoriales**; y por la otra, a la estructuración de un **Estado socialista**, sustituyendo al sistema de libertad económica y Estado de economía mixta que existe en Venezuela, por un sistema de economía estatista y colectivista, sometido a una planificación centralizada, minimizando el rol del individuo y eliminando todo vestigio de libertad económica y de propiedad privada.

Es decir, se trataba de una modificación que implicaba **transformar radicalmente al Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico**, lo que conforme al artículo 347 de la Constitución, ineludiblemente que se requería la convocatoria y elección de una Asamblea Nacional Constituyente, no pudiendo pretenderse hacer dicha modificación mediante una “reforma constitucional” pues lo que en ella se planteaba, **excepción hecha de las que se referían a los derechos laborales (arts. 87 y 90) que no justificaban reforma constitucional alguna pues lo que se proponía podía establecerse mediante ley**, definitivamente no consistía sólo en “una revisión parcial de la Constitución y la sustitución de una o varias de sus normas que no modifiquen la estructura y principios fundamentales del texto Constitucional”, que era lo que hubiera podido realizarse mediante el procedimiento de la “reforma constitucional” (art. 342).

En esta forma, una vez más se pretendió utilizar fraudulentamente las previsiones constitucionales para fines distintos a los establecidos en ellas, pues se pretendió mediante el procedimiento de reforma constitucional previsto en la Constitución, producir una transformación radical del Estado, y **trastocar el Estado Social y Democrático de Derecho y de Justicia de orden civil, para convertirlo en un Estado Socialista, Centralizado y Militarista**, donde desaparecía la democracia representativa, la alternabilidad republicana y toda idea de descentralización del poder, y donde todo se concentraba en la decisión del Jefe de Estado. Ello no era posible constitucionalmente, y como lo reseñó la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en la sentencia N° 74 de 25 de enero de 2006, en sentido similar, ello ocurrió “**con el uso fraudulento de los poderes conferidos por la ley marcial en la Alemania de la Constitución de Weimar, forzando al Parlamento a conceder a los líderes fascistas, en términos de dudosa legitimidad, la plenitud del poder constituyente, otorgando un poder legislativo ilimitado**”<sup>4</sup>.

Todo este fraude constitucional se ha puso en evidencia con las propuestas de reformas contenidas en el anteproyecto para la primera reforma constitucional presentado por el Presidente de la República (en lo adelante *Anteproyecto para la Iera. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*) ante la Asamblea Nacional en agosto de 2007, con las cuales se buscaba efectuar es una radical transformación del Estado y la creación de un nuevo ordenamiento jurídico<sup>5</sup>, para:

---

4 Véase la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 74 de 25-01-2006, en *Revista de Derecho Público*, N° 105, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2006, pp. 76 y ss.

5 En este sentido el Rector del Consejo Nacional Electoral, Sr. Vicente Díaz, el día 16-08-2007 indicó “que la propuesta presidencial para reformar el texto constitucional modifica las disposiciones

PRIMERO, transformar el Estado en un **Estado Centralizado, de poder concentrado bajo la ilusión del Poder Popular, lo que implicaba la eliminación definitiva de la forma federal del Estado, imposibilitando la participación política y degradando la democracia representativa; todo ello**, mediante la supuesta organización de la población para la participación en los Consejos del Poder Popular, como los Comunes, que son instituciones sin autonomía política alguna, **cuyos miembros se declaraban que no eran electos**, y que son controlados desde la Jefatura del gobierno y para cuyo funcionamiento, el instrumento preciso es el partido único que el Estado trató de crear en los últimos meses.

SEGUNDO, transformar el **Estado en un Estado Socialista, que implicaba la eliminación de la libertad económica y de la iniciativa privada, así como la casi desaparición de la propiedad privada, dándosele al Estado la propiedad de los medios de producción, la planificación centralizada y la posibilidad de confiscar bienes de las personas materialmente sin límites, configurándolo como un Estado del cual todo dependía, y a cuya burocracia quedaba sujeta la totalidad de la población**; lo que chocaba con las ideas de libertad y solidaridad social que se proclamaban en la propia Constitución, sentando las bases para que el Estado sustituyera a la propia sociedad y a las iniciativas particulares, minimizándoselas.

TERCERO, transformar el Estado en un **Estado Militarista**, dado el rol que se le pretendía dar a la “Fuerza Armada Bolivariana” en su configuración y funcionamiento, toda sometida al Jefe de Estado, y con la creación del nuevo componente de la **Milicia Popular Bolivariana**.

Todo ello se apartaba radicalmente de la concepción del Estado civil social y democrático de derecho y de justicia, de economía mixta que reguló la Constitución de 1999, **desapareciendo la democracia representativa y las autonomías político territoriales**, sustituyéndosela por una supuesta democracia “participativa y protagónica” controlada total y centralizadamente por el Jefe de Estado, en la cual quedaba proscrita toda forma de descentralización política y autonomía territorial.

Nuestro propósito en estas notas, es analizar el sentido y alcance de las propuestas que se formularon en el “**Anteproyecto, para la 1era. Reforma Constitucional, Propuesta: del Presidente Hugo Chávez, Agosto 2007**” (en lo adelante *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*)<sup>6</sup>, lo que haremos estudiando:

---

fundamentales y por ello sería necesario convocar una Asamblea Constituyente para su aprobación”. Véase en **Unión Radio, 16 de agosto de 2007**, <http://www.unionradio.com.ve/Noticias/Noticia.aspx?noticiaid=212503>. El inicio del procedimiento de reforma ante la Asamblea Nacional, por tanto, podría ser impugnado ante la Jurisdicción Constitucional, por inconstitucionalidad. Sin embargo, el día 17-08-2007, adelantándose a cualquier impugnación y emitiendo opinión impunemente prejuzgando cualquier asunto, la Presidenta del Tribunal Supremo de Justicia, Presidenta de la Sala Constitucional (es decir de la Jurisdicción Constitucional) y miembro del Consejo Presidencial para la Reforma Constitucional, según reseñó el periodista Juan Francisco Alonso: “dejó en claro que la Sala Constitucional no tramitará ninguna acción relacionada con las modificaciones al texto fundamental, hasta tanto éstas no hayan sido aprobadas por los ciudadanos en el referendo. “Cualquier acción debe ser presentada después del referendo cuando la reforma ya sea norma, porque no podemos interpretar una tentativa de norma. Después de que el proyecto sea una norma podríamos entrar a interpretarla y a conocer las acciones de nulidad”, precisó. Véase en *El Universal*, 18-08-07.

6 El texto fue publicado entre otros como *Anteproyecto de Reforma Constitucional*, Editorial Atenea, Caracas 2007.

**I. *Los cambios en los principios fundamentales de la organización del Estado***, que buscan transformar el Estado democrático descentralizado en un Estado socialista centralizado.

**II. *Los cambios en el sistema político***, que buscan transformar la democracia representativa en una supuesta participación popular conducida por el Poder Central.

**III. *Los cambios en la forma del Estado***, que buscan eliminar definitivamente los vestigios de Federación centralizada mediante la centralización total del Estado.

**IV. *Los cambios en la organización del Poder Nacional***, que buscan acentuar el presidencialismo.

**V. *Los cambios en la Constitución económica***, que buscan transformar un Estado social y promotor de la economía mixta, en un Estado socialista de economía estatal centralizada y confiscatoria.

**VI. *Los cambios en los derechos laborales***: una “reforma” constitucional inútil;

**VII. *Los cambios en el régimen de la Fuerza Armada***, que buscan transformar el Estado civil en un Estado Militarista.

#### I. LOS CAMBIOS EN LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LA ORGANIZACIÓN DEL ESTADO: DEL ESTADO DEMOCRÁTICO DESCENTRALIZADO AL ESTADO SOCIALISTA CENTRALIZADO

El Presidente de la República, durante todo el año 2007, y en particular en su Discurso de Presentación del Anteproyecto de reforma a la Constitución ante la Asamblea Nacional en agosto de 2007<sup>7</sup>, señaló que el propósito central de la reforma que estaba proponiendo era “**la construcción de la Venezuela bolivariana y socialista**”<sup>8</sup>; es decir, sembrar “**el socialismo en lo político y económico**”<sup>9</sup>, lo que no se había hecho en la Constitución de 1999. Cuando ésta se sancionó –dijo el jefe de Estado– “no proyectábamos el socialismo como camino”, agregando, que “así como el candidato Hugo Chávez repitió un millón de veces en 1998, “Vamos a Constituyente”, el candidato Presidente Hugo Chávez dijo: “**Vamos al Socialismo**”, y todo el que votó por el candidato Chávez, votó por ir al socialismo”<sup>10</sup>, de manera que por ello, el Anteproyecto de Constitución que presentó, era para “la construcción del **Socialismo Bolivariano, el Socialismo venezolano, nuestro Socialismo, nuestro modelo socialista**”<sup>11</sup>, cuyo “núcleo básico e indivisible” era “la comunidad”, “donde los ciudadanos y las ciudadanas comunes, tendrán el poder de construir su propia geografía y su

7 Véase *Discurso de Orden pronunciado por el ciudadano Comandante Hugo Chávez Frías, Presidente Constitucional de la república Bolivariana de Venezuela en la conmemoración del Ducentésimo Segundo Aniversario del Juramento del Libertador Simón Bolívar en el Monte Sacro y el Tercer Aniversario del Referendo Aprobatorio de su mandato constitucional*, Sesión especial del día Miércoles 15 de agosto de 2007, Asamblea Nacional, División de Servicio y Atención legislativa, Sección de Edición, Caracas 2007.

8 *Idem*, p. 4.

9 *Idem*, p. 33.

10 *Idem*, p. 4. Es decir, se pretendía imponer al 56% de los votantes que no votaron por la reelección presidencial, la voluntad expresada por sólo el 46% de los votantes inscritos en el Registro Electoral que votaron por la reelección del Presidente. Según las cifras oficiales del CNE, en las elecciones de 2006, de un universo de 15.784.777 votantes inscritos en el Registro Electoral, sólo 7.309.080 votaron por el Presidente.

11 Véase *Discurso...* p. 34

propia historia”<sup>12</sup>. Y todo ello bajo la premisa de que “**sólo en el socialismo será posible la verdadera democracia**”<sup>13</sup>, pero de una “democracia” sin representación que, como lo propuso el Presidente y fue sancionado por la Asamblea en la propuesta de reforma del artículo 136 de la Constitución, “**no nace del sufragio ni de elección alguna**, sino que nace de la condición de los grupos humanos organizados como base de la población”. Es decir, se buscaba establecer con la reforma constitucional, una “democracia” que no era democracia, pues no hay democracia sin elección de representantes.

Todas estas propuestas que se materializaron en la reforma sancionada en noviembre de 2007, las resumió el Presidente en su Discurso de agosto de 2007, así:

“en el terreno político, profundizar la democracia popular bolivariana; en el terreno económico, preparar las mejores condiciones y sembrarlas para la construcción de un modelo económico productivo socialista, nuestro modelo, lo mismo en lo político la democracia socialista; en lo económico, el modelo productivo socialista; en el campo de la Administración Pública incorporar novedosas figuras para aligerar la carga, para dejar atrás el burocratismo, la corrupción, la ineficiencia administrativa, cargas pesadas del pasado, que todavía tenemos encima como rémoras, como fardos en lo político, en lo económico, en lo social”<sup>14</sup>.

Y todas estas propuestas de construcción del socialismo, además, el Presidente las vinculó al proyecto de Simón Bolívar elaborado en 1819, el cual -dijo- “**es perfectamente aplicable a un proyecto socialista: perfectamente se puede tomar la ideología bolivariana originaria, como elemento básico de un proyecto socialista**”<sup>15</sup>.

Sin embargo, basta leer el Discurso de Simón Bolívar al presentar el proyecto de Constitución de 1819 en Congreso de Angostura, para captar que nada de lo que allí expresó tiene que ver con proyecto socialista alguno<sup>16</sup>.

---

12 *Idem*, p. 32.

13 *Idem*, p. 35. Estos conceptos se recogieron igualmente en el documento *Proyecto de Exposición de Motivos para la Reforma Constitucional, Presidencia de la República, Proyecto Reforma Constitucional. Propuesta del presidente Hugo Chávez Agosto 2007*, donde se expresó la necesidad de “ruptura del modelo capitalista burgués” (p. 1), de desmontar la superestructura que le da soporte a la producción capitalista” (p. 2); de “dejar atrás la democracia representativa para consolidar la democracia participativa y protagónica” (p. 2); de “crear un enfoque socialista nuevo” (p. 2) y “construir la Vía venezolana al socialismo” (p. 3); de producir “el reordenamiento socialista de la geopolítica de la Nación” (p. 8); de la “construcción de un modelo de sociedad colectivista” y “el Estado sometido al poder popular” (p. 11); de “extender la revolución para que Venezuela sea una República socialista, bolivariana”, y “construir el socialismo venezolano como único camino a la redención de nuestro pueblo” (p. 19).

14 *Idem*, p. 74.

15 *Idem*, p. 42. Debe recordarse que solo un mes antes del Discurso del Presidente de la República con motivo de la presentación de su Anteproyecto de reforma de la Constitución, quien fuera su Ministro de la Defensa hasta el 18-07-2007, General en jefe, Raúl Baduel, en su discurso al dejar el Ministerio del Poder Popular para la Defensa, había dicho que el llamado del Presidente “a construir el **Socialismo del Siglo XXI**, implica la **necesidad imperiosa y urgente de formalizar un modelo** teórico propio y autóctono de Socialismo que esté acorde a nuestro contexto histórico, social, cultural y político”, pero que “este modelo teórico **hasta los momentos, ni existe ni ha sido formulado**”. Véase *Discurso de Raúl Baduel*, Caracas 18-07-2007,

16 Véase Simón Bolívar, *Escritos Fundamentales*, Caracas, 1982. Véase también, Pedro Grases (Ed), *El Libertador y la Constitución de Angostura de 1819*, Caracas, 1969; y José Rodríguez Iturbe (Ed.), *Actas del Congreso de Angostura*, Caracas, 1969.

Estas propuestas, sin duda, tocaban las bases fundamentales del Estado, en particular, en relación a la ampliación constitucional de la llamada doctrina bolivariana; a la sustitución del Estado democrático y social de derecho por el Estado Socialista; a la eliminación de la descentralización como política de Estado en aras de la participación política; a la desarticulación de la organización de la Administración Pública, y a la eliminación definitiva de la disciplina presupuestaria y del principio de la unidad del tesoro.

#### 1. *La doctrina bolivariana como supuesta doctrina del Estado socialista*

Una de las innovaciones de la Constitución de 1999, fue el cambio de la denominación de la República de Venezuela por el de “República Bolivariana de Venezuela” (art. 1), sustituyendo el que había tenido la República entre 1811-1821 y luego, desde 1830 hasta 1999. Solamente en el período 1821-1830, dicha denominación desapareció cuando Venezuela también desapareció como Estado independiente al ser integrada a la República de Colombia, precisamente a propuesta de Simón Bolívar. Esta última organización política fue la que respondió a lo que podría considerarse una concepción “bolivariana” del Estado, donde Venezuela simplemente no existió como tal.

El cambio de nombre, por tanto, en 1999 nada tenía que ver con Simón Bolívar y su pensamiento, y ni siquiera con la idea de construcción del socialismo -pues incluso que como lo dijo el Presidente en su discurso del 15 de agosto de 2007, en ese momento no estaba planteado-, y realmente obedeció a una motivación político partidaria, partisana o partidista que inicialmente derivó de la denominación del Movimiento político que había sido establecido por el Presidente de la República que, como partido político, sin embargo no podía funcionar con esa denominación por utilizar el nombre del Libertador. De manera que fue el “partido bolivariano” el que le dio el nombre a la República, habiéndose hecho en la Constitución referencia al tema “bolivariano”, además, en el artículo 107, al referirse a la obligatoriedad de la enseñanza en las instituciones públicas y privadas, hasta el ciclo diversificado, de los principios del **ideario bolivariano**.

La doctrina bolivariana, ahora identificada por el Presidente de la República con el modelo socialista político económico del Estado, además de identificar al Estado mismo, es decir, a la República, en el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, se la utilizó para afirmar que “**la República Bolivariana de Venezuela es el producto histórico de la confluencia de varias culturas**” (art. 100), y además, para calificar a la Fuerza Armada, como **Fuerza Armada Bolivariana** (art. 156,8; 236,6; 328 y 329) y a sus componentes como **Ejército Bolivariano, Armada Bolivariana, Aviación Bolivariana, Guardia Territorial Bolivariana y Milicia Popular Bolivariana** (Art. 329). Además, en el artículo 328, se propuso que las funciones de la Fuerza Armada Bolivariana para garantizar la independencia y soberanía de la Nación, preservarla de cualquier ataque externo o interno y asegurar la integridad del espacio geográfico, se debía realizar “mediante el estudio, planificación y ejecución de **la doctrina militar bolivariana**”.

#### 2. *La sustitución del Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia por el Estado Socialista*

El artículo 2 de la Constitución define a Venezuela como un Estado democrático y social de derecho y de justicia, con lo que se sigue la tradición del constitucionalismo contemporáneo construido, precisamente, para diseñar un **Estado no socialista**, tal como se recogió en la Constitución de la República Federal de Alemania de 1949 (art. 20,1) de 1949, en la Constitución española de 1978 (art. 1º) y en la Constitución de Colombia de 1991 (art. 1º).

En esta concepción de Estado liberal de economía mixta no socialista, la idea de **Estado social** es la de un Estado con obligaciones sociales, de procura de la justicia social, lo que lo lleva a intervenir en la actividad económica y social, como Estado prestacional. Tal carácter social deriva principalmente del valor fundamental de la igualdad y no discriminación (arts. 2 y 21); y de la declaración del principio de la justicia social como base del sistema económico (art. 299).

El **Estado democrático**, es el que fundamenta toda la organización política de la Nación en el principio democrático representativo, que deriva del Preámbulo (sociedad democrática) y de los artículos 2, 3, 5 y 6 de la Constitución, al identificar como valor fundamental del constitucionalismo a la democracia, que se tiene que ejercer mediante representantes (democracia representativa) además de mediante elementos de democracia directa.

El **Estado de derecho** es el Estado sometido al imperio de la Ley o legalidad como lo señala el Preámbulo, lo que implica el sometimiento de la actuación del Estado a controles judiciales independientes (arts. 7, 137, 258, 334 y 336); lo que implica también que se lo defina como un **Estado de justicia**, que tiene que tender a garantizar la justicia por encima de la legalidad formal (art. 26).

La propuesta de crear un **Estado Socialista** en lugar del tradicional Estado democrático y Social de derecho y de justicia, aún cuando el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007 no hiciera mención al artículo 2 de la Constitución*, era evidente que el mismo se buscaba cambiar radicalmente, pues **un modelo de Estado Socialista es absolutamente incompatible con el Estado democrático y Social de derecho y de justicia**. Era un engaño más, por tanto, formular una propuesta de reforma constitucional para establecer un Estado Socialista sin que se cambie el artículo 2 de la Constitución.

Ello, sin embargo, se hizo para pretender argumentar que no se estaban tocando los aspectos fundamentales del Estado y que por ello no se recurría al procedimiento de la Asamblea Nacional Constituyente para reformar la Constitución<sup>17</sup>. Es decir, un fraude más a la Constitución.

En particular, las referencias al **Estado Socialista** estaban en las propuestas de reforma referidas al artículo 16, donde se creaban las Comunas y Comunidades como “el núcleo espacial básico e indivisible del **Estado Socialista Venezolano**”; al artículo 70, donde al definirse los medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio directo de su soberanía, se indicaba que era “para la **construcción del socialismo**”, haciéndose mención a las diversas asociaciones “constituidas para desarrollar los valores de la mutua cooperación y la **solidaridad socialista**”; al artículo 112 donde se indicaba, en relación con el modelo económico del Estado, que era para crear “las mejores condiciones para la construcción colectiva y cooperativa de una **Economía Socialista**”; y al artículo 113 que precisaba la necesidad de la constitución de “empresas mixtas y/o unidades de **producción socialistas**”.

Además, en el Anteproyecto del Presidente se buscaba derogar y sustituir el artículo 158 de la Constitución de 1999 **que define a la descentralización como política nacional**, para “**profundizar la democracia, acercando el poder a la población y creando las mejores condiciones, tanto para el ejercicio de la democracia como para la prestación eficaz y**

---

17 Ello lo declaró la Presidenta de la Asamblea Nacional el 23 de agosto de 2007 al aprobarse el Anteproyecto de Reforma Constitucional, en bloque, en primera discusión. Véase *El Universal*, Caracas, 24-08-2007.

eficiente de los cometidos estatales”, y establecer, en cambio, sólo que “El Estado promoverá como política nacional, **la participación protagónica del pueblo, transfiriéndole poder y creando las mejores condiciones para la construcción de una Democracia Socialista**”.

### 3. *La eliminación de la descentralización como política de Estado*

La Constitución de 1999 en su artículo 4 precisó que “La República Bolivariana de Venezuela es un **Estado federal descentralizado** en los términos consagrados por esta Constitución”; incorporando algunos aspectos que se habían establecidos en la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público de 1989, relativos a la transferencia a los Estados de competencias que eran de Poder Nacional. La descentralización en esta forma, como política de Estado se reflejó en varias normas de la Constitución, como sucedió, por ejemplo, en el artículo 6 (que define al gobierno como **descentralizado**), en el artículo 16 (al hablar de “la autonomía municipal y la **descentralización** político administrativa”; en el artículo 84 (que se refiere al sistema público nacional de salud **descentralizado**); en los artículos 269 y 272 (sobre la administración de justicia y penitenciaria descentralizadas); en el artículo 285 (sobre la administración electoral descentralizada); y en el artículo 300 (sobre organización administrativa económica del Estado funcionalmente descentralizada).

Pero además, respecto de todas las actividades públicas, la Constitución de 1999 al establecer los principios de la *política nacional de descentralización*, exige que la misma “**debe profundizar la democracia, acercando el poder a la población** y creando las mejores condiciones, tanto **para el ejercicio de la democracia** como para la prestación eficaz y eficiente de los cometidos estatales” (art. 158).

Todo esta se buscaba eliminar en las propuestas contenidas en el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, en las cuales siguiendo la orientación de la práctica política de los últimos años, definitivamente se buscaba **centralizar totalmente el Estado y eliminar todo vestigio de descentralización como organización y política pública, de autonomía territorial y de democracia representativa a nivel local**, es decir, de la unidad política primaria en el territorio. Ello, sin duda tocaba un aspecto fundamental y medular del Estado que no podía ser cambiado mediante una reforma constitucional.

A tal efecto, en el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, se proponía eliminar todo vestigio de “descentralización política”, comenzando por el principio fundamental de **descentralización y autonomía** territorial del artículo 16 de la Constitución de 1999 que exige que la división político territorial de la República garantice siempre “**la autonomía municipal y la descentralización** político administrativa”, como elementos básicos de la democracia de participación (autonomía y descentralización), proponiéndose en cambio una división territorial que sólo garantizase “la participación del **Poder Popular**.”

Además, en el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, se buscaba derogar y eliminar el artículo 158 de la Constitución de 1999 que como se indicó, define la *política nacional de descentralización* para “profundizar la democracia, acercando el poder a la población y creando las mejores condiciones, tanto para el ejercicio de la democracia como para la prestación eficaz y eficiente de los cometidos estatales”.

En lugar de esta norma, en el Anteproyecto se propuso redactar el artículo 158 así: “El **Estado promoverá como política nacional, la participación protagónica del pueblo, transfiriéndole poder y creando las mejores condiciones para la construcción de una Democracia Socialista**”, constituyendo esta redacción, como lo indicó el Presidente de la

República en su Discurso de presentación del Anteproyecto, “el desarrollo de lo que nosotros **entendemos por descentralización, porque el concepto cuarto republicano de descentralización es muy distinto al concepto que nosotros debemos manejar**. Por eso, incluimos aquí la participación protagónica, la transferencia del poder y crear las mejores condiciones para la construcción de la democracia socialista”.

#### 4. *La fragmentación de la Administración Pública del Estado*

Una de las innovaciones más importantes de la Constitución de 1999 fue el haber incorporado una normativa específica destinada a regular los principios fundamentales de la Administración Pública del Estado, buscando su racionalización, y en especial disponiendo en el artículo 141, como principios fundamentales, primero, que la Administración Pública **está al servicio de los ciudadanos**; segundo, que se fundamenta en los principios de **honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública**, y tercero, que debe actuar con **sometimiento pleno a la ley y al derecho**, lo que implica la formulación constitucional del **principio de legalidad**.

En el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, se propuso eliminar todos estos principios fundamentales sobre la Administración Pública eliminando el principio de que como un universo está al **servicio de los ciudadanos**, sustituyendo la norma del artículo 141 por otra en la que lo que se buscaba disponer que **estaba al sólo servicio del Estado, eliminándose el derecho de los ciudadanos a que la Administración esté a su servicio**.

Se propuso en efecto, que el artículo 141 dispusiera que: “Las administraciones públicas son las estructuras organizativas **destinadas a servir de instrumento a los poderes públicos**, para el ejercicio de sus funciones, y para la prestación de los servicios”.

En la redacción que se propuso del artículo 141, además, se buscaba fragmentar a la Administración Pública, pasándose de un régimen universal de “la Administración Pública” a regular a “las administraciones públicas”, las cuales, incluso, contra toda técnica legislativa, se las clasificaba en las siguientes dos “categorías”: “**las administraciones públicas burocráticas o tradicionales**, que son las que atienden a las estructuras previstas y reguladas en esta constitución y las leyes; y “**las misiones**”, constituidas por organizaciones de variada naturaleza, creadas para atender a la satisfacción de las más sentidas y urgentes necesidades de la población, cuya prestación exige de la aplicación de **sistemas excepcionales, e incluso, experimentales**, los cuales serán **establecidos por el Poder Ejecutivo mediante reglamentos organizativos y funcionales**”.

Es decir, con la reforma constitucional propuesta, en lugar de corregir el descalabro administrativo producido por la indisciplina presupuestaria de fondos asignados a “misiones” fuera de la organización general del Estado, se pretendía constitucionalizar el desorden administrativo, calificándose a las estructuras administrativas del Estado como “burocráticas o tradicionales”, renunciando a que las mismas fueran reformadas para convertirlas en instrumentos para precisamente atender a la satisfacción de las más sentidas y urgentes necesidades de la población. Y todo ello, dejando la organización de la Administración Pública **a la sola voluntad del Presidente de la República** mediante reglamentos.

#### 5. *El abandono de la disciplina presupuestaria y de la unidad del Tesoro*

En el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, aún cuando no se propuso reforma alguna expresa en relación con los artículos 313 y 314 de la Constitución que establecen el principio general de la disciplina presupuestaria, con la propuesta



de reforma que se formuló en relación con el artículo 321 se buscaba eliminar la disciplina presupuestaria como principio fundamental de la administración económica y financiera del Estado.

En efecto, conforme a los artículos 313 y 314 de la Constitución, la administración económica y financiera del Estado se tiene que regir por un presupuesto aprobado anualmente por la Asamblea nacional mediante ley, en el cual deben indicarse las estimaciones de ingresos públicos y los gastos públicos anuales que puede efectuar el Ejecutivo nacional, de manera tal que en el artículo 314 se declara que “no se hará ningún tipo de gasto que no hay sido previsto en la ley de Presupuesto”, siendo la excepción, sólo, en casos de créditos adicionales al presupuesto para gastos no previstos o con partidas insuficientes, que también deben ser aprobados por la Asamblea nacional.

Todo este sistema de disciplina presupuestaria para garantizar que los ingresos ordinarios sean suficientes para cubrir los gastos ordinarios y que “el ingreso que se genere por la explotación de la riqueza del subsuelo y los minerales, en general, propenderá a financiar la inversión real productiva, la educación y la salud” (art. 311), se buscaba desquiciar formalmente, al proponerse en el *Anteproyecto para la Iera. Reforma Constitucional PR, agosto 2007* la reforma del artículo 321, en el cual, en lugar de disponer, como lo hace la Constitución de 1999, que la ley debe establecer “un fondo de estabilización macroeconómica destinado a garantizar la estabilidad de los gastos del Estado en los niveles municipal, regional y nacional, ante las fluctuaciones de los ingresos ordinarios”, el cual debe funcionar bajo los “principios básicos la eficiencia, la equidad y la no discriminación entre las entidades públicas que aporten recursos al mismo”; se proponía atribuirle funciones al Presidente competencia (art. 318), en la **administración de las reservas internacionales, y para establecer “en coordinación con el Banco Central de Venezuela y al final de cada año, el nivel de las reservas necesarias para la economía nacional, así como el monto de las reservas excedentarias, las cuales se destinarán a fondos que disponga el Ejecutivo Nacional para inversión productiva, desarrollo e infraestructura, financiamiento de las misiones y, en definitiva, el desarrollo integral, endógeno, humanista y socialista de la nación”, con lo que se propugnaba la ruptura definitiva del principio de la unidad del Tesoro.**

En esta forma, se buscaba constitucionalizar el mecanismo de financiamiento paralelo al presupuesto, mediante **fondos creados por el sólo Ejecutivo Nacional** destinado a las misiones, que como se dijo, también se propuso que estuviesen a cargo de “misiones” como organizaciones administrativas públicas paralelas a la Administración Pública burocrática y tradicional”.

Se observa, sin embargo, que en la propuesta de reforma del artículo 184 de la Constitución que se formuló en el *Anteproyecto para la Iera. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, se precisó que sería la ley la que debía crear “un Fondo destinado al financiamiento de los proyectos de los Consejos Comunales”.

## II. LOS CAMBIOS EN EL SISTEMA POLÍTICO: DE LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA A LA SUPUESTA PARTICIPACIÓN POPULAR CONDUCTA POR EL PODER CENTRAL

### 1. *La eliminación de la democracia representativa a nivel local y su sustitución por una supuesta “participación protagónica”*

El artículo 5° de la Constitución, establece que “la soberanía reside intransferiblemente en el pueblo, quien la ejerce directamente en la forma prevista en esta Constitución y en la Ley, e indirectamente, mediante el sufragio, por los órganos que ejercen el Poder Público”.

Con esta norma, si bien se siguió la tradición republicana de la soberanía popular iniciada en 1811, en particular, en la Constitución de 1999 el concepto de representatividad política (democracia indirecta) se complementó con la previsión del ejercicio directo de la democracia, mediante los mecanismos de participación previstos en el artículo 62 que consagra el derecho de todos los ciudadanos “de participar libremente en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes”.

La democracia, por tanto, para ser tal, tiene que ser representativa, pudiendo **además**, establecerse mecanismos de democracia directa; y por ello, en la Constitución de 1999 se exige que la representatividad democrática **siempre tiene que tener su fuente en elecciones populares universales, directas y secretas** (art. 70), destinadas a elegir los titulares de los órganos que ejercen el Poder Público que, por supuesto, son los que establece la Constitución conforme a los principios de distribución y separación del Poder Público (art. 136).

Esta democracia representativa, por supuesto, no se opone a democracia participativa, y ambas se diferencian de los mecanismos de democracia directa como la que deriva de los referendos (consultivas, aprobatorios, abrogatorios y revocatorios) (arts. 78 ss.) que perfeccionan la democracia, al igual que de las consultas populares, la revocatoria del mandato, la iniciativa legislativa, constitucional y constituyente, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos y ciudadanas (art. 62), todas reguladas como formas de participación política en la Constitución.

Sin embargo, la democracia representativa no puede pretender ser sustituida por la “democracia participativa”; ello es una falsedad para no calificarla de ilusión. La democracia, para que sea participativa, además de esencialmente representativa, lo que tiene que permitir el ciudadano es participar en los asuntos públicos, **teniendo acceso al poder cuando lo tiene que tener cerca**, lo que necesariamente implica un bien arraigado y desarrollado sistema de gobierno local, en cada lugar, asentamiento urbano o rural, que sólo puede estar **basado en la descentralización política, es decir, en la creación de entidades políticas autónomas que permitan el autogobierno local**. En ese sentido, participar es sólo posible cuando mediante la descentralización, se crean autoridades locales en los niveles territoriales más pequeños, lo que implica desparramar el poder.

Ello, por supuesto, es contrario a la concentración del Poder y al centralismo que es lo que encubriéndolo con el tema del socialismo y la “participación protagónica” es lo que se buscaba en las propuestas de reformas constitucionales de 2007, al pretender eliminarse de la Constitución, como antes se ha comentado, toda referencia a la descentralización política. Lo que se estaba proponiendo, en definitiva era la sustitución de la democracia representativa por una supuesta “democracia participativa”, pero acabando con la propia democracia como régimen político, tratando de sustituirla por un régimen autoritario, centralizador y concentrador del Poder que impide la participación política al no existir entidades locales autónomas. Ello, como se dijo, se buscaba con las propuestas para **eliminar todo vestigio de autonomía territorial y de descentralización política, con lo que no puede haber democracia participativa**. Como se dijo, la participación democrática exige la existencia de **entes políticos territoriales autónomos**, sin los cuales aquella no pasa de ser una **simple movilización controlada desde el Poder Central**. Ello es lo que ocurre, precisamente, con los Consejos Comunales recién creados por ley, cuyos miembros **no son electos mediante sufragio sino designados bajo el control del propio Poder Ejecutivo Nacional**, lo cual se buscaba consolidar constitucionalmente, con la propuesta de reforma del artículo 16 al referirse a la división territorial para supuestamente garantizar “la participación del Poder Popular”.

En efecto, conforme al artículo 16 del *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, el Poder Popular se debía desarrollar de abajo hacia arriba, a partir de las **Comunidades**, “cada una de las cuales constituirá el núcleo espacial básico e indivisible del **Estado Socialista Venezolano**, donde los ciudadanos y las ciudadanas comunes tendrán el poder para construir su propia geografía y su propia historia”. Estas **Comunidades debían** estar agrupadas en **Comunas**, que debían ser “áreas o extensiones geográficas” que serían “células geo-humanas del territorio”; y estas, a su vez, debían estar agrupadas, en **ciudades** que se concebían como “**la unidad política primaria de la organización territorial nacional**”, entendidas “**como todo asentamiento poblacional dentro del Municipio**”. En esta forma, era a partir de la **Comunidad y la Comuna**, que “**el Poder Popular desarrollará formas de agregación comunitaria Político-Territorial, las cuales serán reguladas en la Ley, y que constituyan formas de Autogobierno y cualquier otra expresión de Democracia Directa.**”

La propuesta de reforma formulada en el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, respecto del artículo 136, en todo caso, era precisa al referirse al Poder Popular y establecer que el mismo “**se expresa constituyendo las comunidades, las comunas y el autogobierno de las ciudades, a través de los consejos comunales, los consejos obreros, los consejos campesinos, los consejos estudiantiles y otros entes que señale la ley**”, pero que siendo el pueblo “el depositario de la soberanía” el mismo “**la ejerce directamente a través del Poder Popular**”, con la precisión de que “**éste no nace del sufragio ni de elección alguna, sino que nace de la condición de los grupos humanos organizados como base de la población**”.

En definitiva, lo que se buscaba en esta “primera reforma”, era poner **fin a la** democracia representativa a nivel local, y con ello, de todo vestigio de autonomía política territorial que es la esencia de la descentralización, y ello, en nombre de la “democracia participativa” que se pretendía sustituir por una supuesta “democracia directa” de “participación” en asambleas de ciudadanos, comunidades, comunas y ciudades, **que no eran entes políticos territoriales autónomos**, todas controladas desde el Poder Central.

2. *La eliminación de principio de la alternabilidad republicana con la propuesta de reelección indefinida del Presidente de la República*

Conforme al artículo 4 de la Constitución, el gobierno de la República y de todas las entidades políticas que la componen tiene que ser democrático alternativo, y de allí las limitaciones que la Constitución establece respecto de la reelección de funcionarios.

En efecto, en cuanto al Presidente de la República, el artículo 230, cambiando radicalmente la tradición constitucional anterior, estableció la posibilidad de la reelección inmediata del Presidente de la República, aún cuando por una sola vez, para un nuevo período; el artículo 192 dispuso que los diputados a la Asamblea Nacional podían ser reelegidos sólo “por dos periodos consecutivos como máximo”; el artículo 160 dispuso que los Gobernadores de Estado podían ser “reelegidos, de inmediato y por una sola vez, para un nuevo período”; el artículo 162 dispuso que los legisladores a los Consejos Legislativos de los Estados podían ser reelegidos sólo “por dos periodos consecutivos como máximo”; y el artículo 174 dispuso que los Alcaldes podían ser “reelegidos, de inmediato y por una sola vez, para un nuevo período”.

En el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, se propuso reformar el artículo 230, aumentando el período constitucional del Presidente de la República a **siete años**, y establecerse que el Presidente de la República “**puede ser reelegido o reelegida de inmediato para un nuevo período**”.

3. *El sistema de partidos políticos y de asociación política y el financiamiento público a las actividades electorales*

En un marcado criterio reactivo contra los partidos políticos, en la Constitución de 1999 se eliminó tal expresión estableciéndose, en cambio, un conjunto de regulaciones contra lo que habían sido los partidos políticos tradicionales, pero garantizándose el derecho de los ciudadanos de asociarse con fines políticos mediante métodos democráticos de organización, funcionamiento y dirección.

Ahora bien, uno de los problemas vinculados a los partidos políticos había sido el tema del financiamiento público de los mismos que regulaba la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, lo que había conducido a un acaparamiento inequitativo de dichos fondos. Los redactores de la Constitución reaccionaron contra ello, prohibiendo simplemente dicho financiamiento público y exigiendo control respecto del financiamiento privado de los partidos (art. 67), con lo que se retrocedió en lo que es la constante en todo el mundo democrático, habiéndose abierto, de hecho, la posibilidad de financiamiento público irregular e ilegítimo a los partidos de gobierno.

En el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, se buscó modificar **la prohibición** establecida en el artículo 67 de financiamiento de los partidos políticos con fondos provenientes del Estado, previéndose que **“el Estado podrá financiar las actividades electorales”**, pero sin indicarse si se trataba de un financiamiento a los partidos políticos en general o a las actividades electorales del partido único socialista o de los candidatos a reelección. En las propuestas se establecía además una remisión a la ley para disponer **“los mecanismos para el financiamiento, el uso de los espacios públicos y accesos a los medios de comunicación social en las campañas electorales, por parte de las referidas asociaciones con fines políticos”**.

Por otra parte, en el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, se buscó eliminar la prohibición general que regula el artículo 67 de la Constitución de 1999, en el sentido de que **“Las direcciones de las asociaciones con fines políticos no podrán contratar con entidades del sector público”**. En un sistema de partido único oficialista, la eliminación propuesta era un llamado a la legitimación de la imbricación total entre el partido y el Estado.

Por otra parte, en el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, en la propuesta de reforma del artículo 67 se establecía una prohibición general en cuanto al **“financiamiento a las asociaciones con fines políticos o a quienes participen en procesos electorales por iniciativa propia, por parte de gobiernos o cualquier otra entidad pública o privada extranjeros”**.

### III. LOS CAMBIOS EN LA FORMA DEL ESTADO: DE LA FEDERACIÓN CENTRALIZADA A LA CENTRALIZACIÓN TOTAL DEL ESTADO

La forma del Estado venezolano, desde que se creó la República en 1811, y luego, desde que se reconstituyó la República en 1830, ha sido siempre formalmente la de una **Federación**, en la cual el Poder Público está distribuido en el territorio entre **entidades políticas territoriales autónomas** en tres niveles: el nivel nacional (República), el nivel estatal (Estados) y el nivel municipal (Municipios), cuyas respectivas autonomías garantiza la propia Constitución.

Con todos sus altibajos, y a pesar de la tendencia a centralizar la Federación, esa ha sido la forma del Estado que siempre hemos tenido, y que implica la distribución vertical del Poder Público. Esta forma de Estado federal, sin embargo, aún cuando sin eliminarla formalmente, desaparece con las reformas propuestas, de nuevo, en fraude a la Constitución.

1. *El desmoronamiento de la forma federal del Estado*

A. *El vaciamiento del contenido territorial de la Federación*

En efecto, en el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, si bien no se eliminaba expresamente la Federación, la verdad es que de tal manera se la vaciaba de contenido, que materialmente hubiera desaparecido.

En particular, en cuanto a los Estados y Municipios sobre cuya concepción se monta el sistema federal, conforme a la propuesta de reforma del artículo 16, si bien no se los eliminaba expresamente, de la norma **desaparecía la garantía constitucional de la autonomía municipal y la descentralización político administrativa** que establece dicha norma de la Constitución de 1999 como condición esencial de la división territorial, buscándose sentar las bases para vaciarlos de sentido y de competencias. Además, en cuanto a los Municipios, en la propuesta de reforma se les quitaba el carácter de **unidad política primaria** que el artículo 168 de la Constitución de 1999 les garantiza, y se proponía, en cambio, que “la unidad política primaria de la organización territorial nacional será **la ciudad, entendida esta como todo asentamiento poblacional dentro del Municipio, e integrada por áreas o extensiones geográficas denominadas Comunas**”.

Estas **Comunas** conforme al mismo artículo 16, “serán las células geo-humanas del territorio y **estarán conformadas por las Comunidades**, cada una de las cuales constituirá el núcleo espacial básico e indivisible del Estado Socialista Venezolano, donde los ciudadanos y las ciudadanas comunes tendrán el poder para construir su propia geografía y su propia historia”. Y se concluía indicando que “a partir de **la comunidad y la comuna, el Poder Popular desarrollará formas de agregación comunitaria político-territorial**, las cuales serán reguladas en la Ley, y **que constituyan formas de autogobierno y cualquier otra expresión de democracia directa**”.

La propuesta de reforma del *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, en el artículo 16 agregaba, además, que “**la Ciudad Comunal** se constituye cuando en la totalidad de su perímetro, se hayan establecido las **Comunidades** organizadas, las **Comunas** y los Auto Gobiernos Comunales, estando sujeta su creación a un referéndum popular **que convocará el Presidente de la República en Consejo de Ministros**”.

Pero además, en la propuesta de reforma del artículo 136 relativo al Poder Público, se precisaba el esquema, indicándose que “**El Poder Popular se expresa constituyendo las comunidades, las comunas y el autogobierno de las ciudades, a través de los consejos comunales, los consejos obreros, los consejos campesinos, los consejos estudiantiles** y otros entes que señale la ley”, y que el mismo, es decir, **el Poder Popular “no nace del sufragio ni de elección alguna**, sino que nace de la condición de los grupos humanos organizados como base de la población”.

Se trataba, en definitiva, de la eliminación de la democracia representativa y de la autonomía política local, es decir, de la descentralización política como condición para la participación política.

B. *La nueva división territorial de la República sujeta al Poder Central y con autoridades no electas*

Con todo el esquema antes indicado, lo que se proponía en el *Anteproyecto para la Iera. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, era el descuartizamiento de la forma de federal del Estado que, como se dijo, implica un a organización política del territorio en “entidades políticas”, es decir, que gozan esencialmente de autonomía política territorial, y cuyo gobierno, como lo exige el artículo 6 de la Constitución, debe ser entre otros aspectos “electivo”.

En efecto, en lugar de la organización política de la República montada en la división del territorio nacional en el de los Estados, el del Distrito Capital, el de las dependencias federales y el de los territorios federales, todas con gobiernos democráticos electos mediante sufragio, en la reforma del artículo 16 que se proponía en el *Anteproyecto para la Iera. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, “el territorio nacional se conforma a los fines político-territoriales y de acuerdo con la nueva geometría del poder, por un **Distrito Federal** en el cual tendrá su sede la capital de la República, por los **Estados**, las **Regiones Marítimas**, los **Territorios Federales**, los **Municipios Federales** y los **Distritos Insulares**”, quedando “la vigencia de los Territorios Federales y de los Municipios Federales supeditada a la realización de un referéndum aprobatorio en la entidad respectiva”, ya que con la creación de los mismos se afectaba la división política territorial de los Estados. Se disponía, sin embargo, que la organización político-territorial de la República se debía regir por una Ley Orgánica.

Además, conforme a la propuesta del mismo artículo 16, y dejando aparte las de orden local ya referidas mediante las cuales el Municipio se vaciaba en las Comunidades, comunas y ciudades, a partir de las cuales se proponía desarrollar el Poder Popular, se buscaba autorizar al **Presidente de la República, en Consejo de Ministros**, para que “previo acuerdo aprobado por la mayoría simple de los diputados y diputadas de la Asamblea Nacional”, pudiera “**crear mediante decreto, Provincias Federales, Ciudades Federales y Distritos Funcionales, así como cualquier otra entidad que establezca la Ley**”. Es decir, con la propuesta de reforma, la división político territorial de la República dejaba de ser una materia de rango constitucional como siempre lo ha sido, y se pretendía que pasase a ser una materia ni siquiera de regulación mediante ley, sino de la sola regulación ejecutiva.

Respecto de esas entidades territoriales nuevas, en el *Anteproyecto para la Iera. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, se indicaba que los “**Distritos Funcionales**” que podían ser conformados “por uno o más Municipios o Lotes Territoriales de estos, **sin perjuicio del Estado al cual pertenezcan**”, se crearían conforme a las características históricas, socio-económicas y culturales del espacio geográfico correspondiente, así como en base a las potencialidades económicas que, desde ellos, sea necesario desarrollar en beneficio del país”; y que la creación de los mismos “implica la elaboración y activación de una **Misión Distrital con el respectivo Plan Estratégico-funcional a cargo del Gobierno Nacional**, con la participación de los habitantes de dicho Distrito Funcional y en consulta permanente con sus habitantes”.

En cuanto a las **Ciudades federales**, conforme a la propuesta de reforma, su organización y funcionamiento debía hacerse “de conformidad con los que establezca la ley respectiva”, y en este caso, también implicaba “la activación de una Misión Local con su correspondiente plan estratégico de desarrollo”.

En cuanto al los **Territorios Federales, los Municipios Federales y las Ciudades Federales**, se trataba, conforme a la propuesta de reforma, no de entidades políticas con alguna autonomía, sino de entidades sujetas al Poder Central, de manera que se proponía que fuera el Poder Nacional” el que designase “las autoridades respectivas, por un lapso máximo que establecerá la Ley y sujeto a mandatos revocables”.

En cuanto a las “**Provincias Federales**”, en la propuesta de reforma se disponía que las mismas “se conformarán como unidades de agregación y coordinación de políticas territoriales, sociales y económicas a escala regional, siempre en función de los planes estratégicos nacionales y el enfoque estratégico internacional del Estado venezolano”, y se “constituirán pudiendo agregar indistintamente Estados y Municipios, sin que estos sean menoscabados en las atribuciones que esta Constitución les confiere”.

Como se dijo, si bien en las propuestas del *Anteproyecto* no se propuso la eliminación formal de los Estados y Municipios, sin embargo, como se verá, las propuestas en materia de distribución de competencias y de vaciamiento de las mismas en los Consejos Comunales, hacían que materialmente desaparecieran por inoperantes. Por otra parte, y salvo en el caso de los Estados y Municipios, todas las otras entidades territoriales se establecían sin garantía alguna de que sus gobiernos serían electos mediante sufragio universal, directo y secreto. Al contrario, en tanto que se buscaba fueran básicamente nuevas organizaciones que se integraban al Poder Popular, sobre este, se proponía indicar en el artículo 136 que como “El pueblo es el depositario de la soberanía y la ejerce directamente a través del Poder Popular”, “**este no nace del sufragio ni de elección alguna**, sino que nace de la condición de los grupos humanos organizados como base de la población”.

C. *La nueva concepción de la Ciudad Capital sin autonomía política ni gobierno democrático local*

Una de las reformas importantes en la Constitución de 1999 fue la de asegurar definitivamente un régimen de gobierno local descentralizado y democrático para la ciudad capital, garantizando la autonomía municipal y la participación política de las diversas entidades que componen la ciudad. Por ello la figura del gobierno metropolitano a dos niveles: para asegurar el gobierno global (metropolitano) de la ciudad y a la vez, asegurar el gobierno local. En esta forma se eliminó el Distrito Federal que había quedado como vestigio decimonónico del esquema tradicional de las federaciones, en el cual la ciudad capital carecía de autogobierno.

En las propuestas de reforma constitucional que se anunciaron en 2007, se buscaba volver al mismo esquema del siglo XIX, ya superado en todas las Federaciones del mundo, de ausencia de gobierno local en la ciudad capital.

En efecto, en el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, en relación con el artículo 18, se proponía **eliminar el Distrito Capital** y la organización municipal del mismo, y su sustitución por un **Distrito Federal**, que se propuso revivir, pero **sin garantía constitucional alguna de la autonomía municipal o territorial** ni “carácter democrático y participativo de su gobierno” como lo establece la Constitución de 1999, con lo cual se buscaba que pasase a estar **controlado por el Poder Nacional, como fue la concepción original del Distrito Federal en 1863**, para que en la capital de la República y sede del **Poder nacional, no existiera gobierno local y democrático alguno con autonomía**. En lugar del artículo 18 de la Constitución de 1999 se proponía que la norma se redactase de manera de regular a la ciudad de Caracas como la capital de la República y el asiento de los órganos del Poder Nacional, remitiendo a una ley especial el establecimiento “de la unidad político territorial de la ciudad de Caracas, la cual será llamada la Cuna de

Bolívar y Reina del *Guaraira Repano*". Dicha organización, dependiente del Poder Central, se la concebía sin autonomía local alguna, agregándose en la norma que "El Poder Nacional **por intermedio del Poder Ejecutivo** y con la colaboración y participación de todos los entes del Poder Público Nacional, Estadal y Municipal, así como del **Poder Popular, sus Comunidades, Comuna, Consejos Comunales** y demás organizaciones sociales, dispondrá todo lo necesario para el reordenamiento urbano, reestructuración vial, recuperación ambiental, logros de niveles óptimos de seguridad personal y pública, fortalecimiento integral de los barrios, urbanizaciones, sistemas de salud, educación, deporte, diversiones y cultura, recuperación total de su casco y sitios históricos, construcción de un sistema de pequeñas y medianas Ciudades Satélites a lo largo de sus ejes territoriales de expansión y, en general, lograr la mayor suma de humanización posible en la Cuna de Bolívar y Reina del *Guaraira Repano*".

D. *El sistema nacional de ciudades y el derecho a la ciudad*

Por otra parte, en la misma norma del artículo 18 de la Constitución, en el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, sin que ello tuviera relación directa con el Distrito federal, se proponía incorporar la definición de políticas de ordenamiento territorial y urbano, en el sentido de que el Estado Venezolano debía desarrollar "una política integral, para articular un **sistema nacional de ciudades**, estructurando lógica y razonablemente las relaciones entre las ciudades y sus territorios asociados y uniendo y sustentando las escalas locales y regionales en la visión sistémica del país".

Se proponía agregar, además, que "a tales efectos, el Estado enfrentará toda acción especulativa respecto a la renta de la tierra, los desequilibrios económicos, las asimetrías en la dotación de servicios e infraestructura, así como sobre las condiciones de accesibilidad, físicas y económicas, de cada uno de los componentes del citado sistema nacional de ciudades".

Además, se indicaba que todos los ciudadanos "sin discriminación de género, edad, etnia, orientación política y religiosa o condición social, disfrutarán y serán titulares del **Derecho a la Ciudad**, y ese derecho debe entenderse como el beneficio equitativo que perciba, cada uno de los habitantes, conforme al rol estratégico que la ciudad articula, tanto en el contexto urbano regional como en el Sistema Nacional de Ciudades".

Estas disposiciones se buscaban que fueran aplicables a todo el Sistema Nacional de Ciudades y a sus componentes regionales.

2. *El abandono del principio de la distribución vertical del Poder Público en Nacional, Estadal y Municipal con la incorporación del Poder Popular*

En las Constituciones venezolanas, la forma federal del Estado concretizada en la distribución vertical del Poder Público, comenzó a expresarse formalmente en texto constitucional en la Constitución de 1858, que estableció que "El Poder Público se divide en Nacional y Municipal" (art. 9), a lo que posteriormente, a partir de la Constitución de 1925, se agregó el Poder Municipal. Por ello, el artículo 136 de la Constitución de 1999 disponer en su artículo 136 que: "El Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, el Poder Estadal y el Poder Nacional".

Esta distribución tradicional del Poder público se buscaba cambiar radicalmente en el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, al proponerse que en el artículo 136 se agregase un nuevo nivel territorial de distribución del Poder Público, además del poder municipal, del poder estatal y del poder nacional, que era el **Poder Popular**. En relación con este último, como ya se ha destacado, se proponía que en la norma



se indicase que “el pueblo es el depositario de la soberanía y la **ejerce directamente** a través del Poder Popular” y que “**éste no nace del sufragio ni de elección alguna**, sino que nace de la condición de los grupos humanos organizados como base de la población”, el cual “se expresa constituyendo las comunidades, las comunas y el autogobierno de las ciudades, a través de los consejos comunales, los consejos obreros, los consejos campesinos, los consejos estudiantiles y otros entes que señale la ley”.

3. *La “nacionalización” de competencias que la Constitución de 1999 atribuye a los Estados*

La Constitución en su artículo 136, al organizar al Estado “Federal” conforme al principio de la distribución vertical del Poder Público, distribuye y asigna diversas competencias a los tres niveles de gobierno, es decir, al Poder Nacional, al Poder Estatal y al Poder Municipal, aún cuando siguiendo la tendencia centralista de los últimos cien años, centralizó casi todas las competencias públicas en el nivel nacional, con muy pocas competencias en el nivel estatal intermedio y con competencias en materia de la vida local atribuida a los Municipios.

En todo caso, las competencias de cada nivel territorial deben ejercerse con autonomía, en el sentido de que ésta no podría ser limitada por ley nacional posterior, pues de ello se trata, al establecerse una distribución constitucional del Poder Público en el territorio. En la Constitución, sin embargo, la regulación del funcionamiento y la organización de los Consejos Legislativos Estadales se remite a la ley nacional (art. 162), lo cual, además de contradictorio con la atribución de los Estados de dictarse su Constitución para organizar sus poderes públicos (art. 164, ord. 1), es una intromisión inaceptable del Poder Nacional en el régimen de los Estados.

En cuanto a los Municipios, la autonomía municipal tradicionalmente garantizada en la propia Constitución, también se encuentra interferida, al señalarse que los Municipios gozan de la misma, no sólo “dentro de los límites” establecidos en la Constitución, sino en la ley nacional (art. 168), con lo cual el principio descentralizador básico, que es la autonomía, queda minimizado.

Por otra parte, en cuanto a la distribución de competencias entre los entes territoriales, el proceso de descentralización exigía, ante todo, la asignación efectiva de competencias tributarias a los Estados, sobre todo en materia de impuestos al consumo, como sucede en todas las Federaciones, lo que no se satisfizo de manera que los Estados han seguido dependientes del Situado Constitucional.

Ahora, en las Propuestas de reforma 2007 relativas a la distribución de competencias públicas entre los tres niveles territoriales de gobierno, las mismas **terminaban de centralizar materialmente todas las competencias del Poder Público en el nivel nacional**, mediante la asignación de nuevas competencias al Poder Nacional; mediante la **centralización de competencias** que tienen los Estados en la Constitución de 1999, que se eliminaban; y mediante la obligación impuesta a los Estados y Municipios de transferir sus competencias a los Consejos Comunales, con lo que hubieran quedando como entelequias vacías.

Entre las nuevas competencias que se buscaba asignar al Poder Nacional en el *Ante-proyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, está la del **Registro Civil de Bienes** (art. 156,5), quizás ignorándose que desde el siglo XIX esta es y ha sido una competencia del Poder Nacional establecida en el Código Civil (Registro Público).

También se buscaba, en las propuestas de reforma 2007, asignar al Poder nacional competencia en materia de las **políticas de control fiscal** (art. 156,22), lo que implicaba la **centralización total de la materia en la Contraloría General de la República**, eliminándose la supuesta autonomía de las contralorías de los Estados y Municipios (art. 290). Se buscaba agregar también, como competencia nacional, la relativa a los **teleféricos** (art. 156, 28).

Llama la atención que en el artículo 156, se buscara atribuir al Poder Nacional competencia además de en materia de derecho internacional privado que siempre ha sido del ámbito nacional, competencia en cuanto a la **legislación de derecho internacional público**. No se entiende cómo se pretendía que el derecho internacional público, **cuya creación corresponde a la comunidad internacional y a las relaciones entre Estados**, se pudiera atribuir al Poder Nacional de la República.

Además, en el artículo 156,30, que regula los servicios públicos domiciliarios, se buscaba atribuir al Poder Nacional, competencia en materia de servicios de **telefonía por cable, inalámbrica y satelital y televisión por suscripción**, ignorando que todos son servicios de telecomunicaciones ya están atribuidos al Poder Nacional en la misma norma (art. 156, 28). Igualmente, se buscaba asignar al Poder Nacional en el artículo 156,32 competencia en materia de **legislación económica y financiera** ignorando que un Título entero de la Constitución (Título VI) se destina a la materia como competencia nacional.

Entre las materias que en el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, se proponía asignar al Poder Nacional, destacan aquellas que implicaban una completa centralización de competencias en el Poder Nacional y de ahogamiento definitivo de las competencias estatales y municipales, al pretenderse atribuir al Poder Nacional en el artículo 156,10, competencia para **“la ordenación y gestión del territorio y el régimen territorial del Distrito Federal, los Estados, los Municipios, las Dependencias Federales y demás entidades regionales”** y en el Artículo 156,11, competencia para **“la creación, ordenación, y gestión de Provincias federales, Territorios federales y Comunales, Ciudades Federales y Comunales”**. En esta forma, los Estados y Municipios hubieran dejado de ser “entidades políticas” y pasaban a **depender totalmente del nivel nacional**, como órganos **sin autonomía alguna, es decir, como administraciones periféricas del Poder central** sometidas a la ordenación y gestión que estableciera el Poder Nacional. Además, en el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, en relación con el artículo 156,32, se buscaba atribuir al Poder Nacional competencia en cuanto a la legislación **administrativa**, lo que implicaba la **centralización total de la legislación sobre la Administración Pública**, así fuera estatal o municipal.

Por último, en el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, se busca eliminar varias competencias que en la Constitución de 1999 se atribuyen tanto los Estados y Municipios, y asignarlas al Poder Nacional, como una muestra más de la **orientación totalmente centralista** de la propuesta. En particular, en el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, se buscaba atribuir en el artículo 156,27, al Poder Nacional (“nacionalizar”) la competencia que el artículo 164,10 de la Constitución de 1999 atribuyó a los Estados en materia de la **conservación, administración y aprovechamiento de autopistas y carreteras nacionales** como un avance en el proceso de descentralización, lo que implicaba también la modificación de los ordinales 9 y 10 del artículo 164 de la Constitución, que asignan competencia a los Estados en materia de “la conservación, administración y aprovechamiento de **carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial**, en coordinación con el Ejecutivo Nacional”.

Además, en esta misma orientación, en el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, se propuso eliminar la competencia de los Estados establecida en el artículo 164,5 de la Constitución de 1999 en materia del **régimen y aprovechamiento de minerales no metálicos, las salinas y ostrales**, dejándose a los Estados competencias en materia de administración de tierras baldías” (art. 164, 5), lo que se atribuía al Poder nacional (art. 156,17). En el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, sin embargo, se preveía la posibilidad de que el régimen y aprovechamiento de dichos minerales no metálicos se pudiera “delegar” a los Estados (156,17).

Por último, en el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, **el golpe de gracia definitivo a la forma federal del Estado**, era la propuesta de eliminar la tradicional **competencia residual** de los Estados establecida en el artículo 164,11 de la Constitución de 1999, en el sentido de que les corresponde “todo lo que no corresponda, de conformidad con esta Constitución, a la competencia nacional o municipal”; buscándose sustituir esta disposición en el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, por otra que estableciera una situación inversa, es decir, atribuir la competencia residual al Poder Nacional en el artículo 156 al proponerse su redacción indicando que debía corresponder al Poder Nacional **“toda otra materia que la presente Constitución atribuya al Poder Público Nacional, o que le corresponda por su índole o naturaleza, o que no este atribuido expresamente a la competencia estatal o municipal”**.

Además, en cuanto a la competencias de los Estados en materia de ingresos, si bien en el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007* se propuso aumentar su monto a un 25 % de los ingresos ordinarios estimados en la ley de presupuesto (donde no están los recursos derivados de las reservas excedentarias), **se propuso eliminar** del artículo 167,5 de la Constitución la exigencia de la Constitución de 1999 de que “El porcentaje del ingreso nacional ordinario estimado que se destine al situado constitucional, no será menor al quince por ciento del ingreso ordinario estimado, para lo cual se tendrá en cuenta la situación y sostenibilidad financiera de la Hacienda Pública Nacional, sin menoscabo de la capacidad de las administraciones estatales para atender adecuadamente los servicios de su competencia”.

Por último, en materia de competencia nacional compartida con la municipal, se propuso **eliminar toda referencia al ámbito municipal** de la previsión del artículo 156,14 de la Constitución de 1999 según la cual compete al Poder Nacional la creación y organización de impuestos territoriales o sobre predios rurales y sobre transacciones inmobiliarias, **“cuya recaudación y control corresponda a los municipios, de conformidad con esta Constitución”**. Por ello, en el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, se propuso en el artículo 156,15 agregar como competencia del Poder Nacional, la **“recaudación** de los impuestos territoriales o sobre predios rurales”.

4. *La obligación de los Estados y Municipios de desprenderse (descentralizar) sus competencias y transferirlas en los órganos del Poder Popular*

La Constitución de 1999 en su artículo 184 estableció el principio de que la ley debía crear mecanismos abiertos y flexibles para que los Estados y los Municipios descentralicen y transfieran a las comunidades y grupos vecinales organizados los servicios que éstos gestionen previa demostración de su capacidad para prestarlos, promoviendo entre otras, la transferencia de servicios en materia de salud, educación, vivienda, deporte, cultura, programas sociales, ambiente, mantenimiento de áreas industriales, mantenimiento y conservación de áreas urbanas, prevención y protección vecinal, construcción de obras y prestación de servicios públicos; la participación de las comunidades y de ciudadanos, a través de las asociaciones vecinales y organizaciones no gubernamentales, en la formulación de pro-

puestas de inversión ante las autoridades estatales y municipales encargadas de la elaboración de los respectivos planes de inversión, así como en la ejecución, evaluación y control de obras, programas sociales y servicios públicos en su jurisdicción; y la creación de nuevos sujetos de descentralización a nivel de las parroquias, las comunidades, los barrios y las vecindades a los fines de garantizar el principio de la corresponsabilidad en la gestión pública de los gobiernos locales y estatales y desarrollar procesos autogestionarios y cogestionarios en la administración y control de los servicios públicos estatales y municipales.

En esta materia, el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, redefinía materialmente el Estado democrático federal descentralizado y buscaba convertirlo en un Estado Comunal centralizado no democrático. En efecto, en relación con el antes mencionado artículo 184 de la Constitución, la propuesta del *Anteproyecto* establecía que esa “descentralización y transferencia” que debía regular la ley debía ser hecha a “**las Comunidades organizadas, a los Consejos Comunales, a las Comunas y otros Entes del Poder Popular**”, implicando incluso, entre otros casos, “**la asunción por parte de las organizaciones comunales de la gestión de las empresas públicas municipales y/o estatales**” (ord. 2), y “**la transferencia a las organizaciones Comunales de la administración y control de los servicios públicos estatales y municipales, con fundamento en el principio de corresponsabilidad en la gestión pública**” (ord .7).

En la propuesta, además, como se ha visto, se definió la estructura de “**la Comunidad organizada**” indicando que “**tendrá como máxima autoridad la Asamblea de ciudadanos y ciudadanas del Poder Popular, quien en tal virtud designa y revoca a los órganos del Poder Comunal en las comunidades, Comunas y otros entes político-territoriales que se conformen en la ciudad, como la unidad política primaria del territorio**”; y además, que “**El Consejo Comunal constituye el órgano ejecutor de las decisiones de las asambleas de ciudadanos y ciudadanas, articulando e integrando las diversas organizaciones comunales y grupos sociales, igualmente asumirá la Justicia de Paz y la prevención y protección vecinal**”, que han sido competencias tradicionales de los Municipios. Además, se dispone que “**por Ley se creará un Fondo destinado al financiamiento de los proyectos de los Consejos Comunales**”.

Este esquema institucional, por supuesto hay que concatenarlo que lo que el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, proponía para reformar el artículo 136, relativo al Poder Popular y **eliminar todo vestigio democrático representativo**, al indicar, como antes se ha dicho, que “**El pueblo es el depositario de la soberanía y la ejerce directamente a través del Poder Popular. Este no nace del sufragio ni de elección alguna, sino que nace de la condición de los grupos humanos organizados como base de la población**” y se “**se expresa constituyendo las comunidades, las comunas y el autogobierno de las ciudades, a través de los consejos comunales, los consejos obreros, los consejos campesinos, los consejos estudiantiles y otros entes que señale la ley**”.

##### 5. *La limitación a la autonomía municipal*

De acuerdo con el artículo 168 de la Constitución, los Municipios constituyen la unidad política primaria de la organización nacional, gozan de personalidad jurídica y de autonomía, comprende, la elección de sus autoridades; la gestión de las materias de su competencia; la creación, recaudación e inversión de sus ingresos, y que sus actos “no pueden ser impugnados sino ante los tribunales competentes, de conformidad con la Constitución y la ley”; por lo que no pueden ser revisados, en forma alguna, por los órganos del Poder Nacional ni de los Estados. Ello se proponía fuera eliminado en la reforma constitucional, con lo cual los municipios hubieran podido haber quedar sujetos al control administrativo y ejecutivo por parte de los Estados y la Administración nacional.

#### IV. LOS CAMBIOS EN LA ORGANIZACIÓN DEL PODER NACIONAL: LA ACENTUACIÓN DEL PRESIDENCIALISMO

En el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, las propuestas que se formularon en relación con los órganos del Poder Nacional, se referían básicamente a los que conforman el Poder Ejecutivo, con una acentuación creciente del presidencialismo.

##### 1. *La extensión del período presidencial*

En el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, lo primero que se propuso, además de **establecer la reelección indefinida** del Presidente de la república, fue la **extensión del período presidencial de seis a siete años**, en forma contraria a la tradición constitucional venezolana (art. 230).

##### 2. *Los nuevos órganos ejecutivos: los Vice Presidentes*

Una de las innovaciones de la Constitución de 1999, fue la creación del cargo de Vicepresidente Ejecutivo, pero para disipar cualquier duda sobre la posible inclusión de un elemento del parlamentarismo en el texto constitucional, con la previsión expresa de que es del libre nombramiento y remoción del Presidente de la República (art. 225).

En el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, en relación con el artículo 225 se propuso que además de cambiarle el nombre al Vicepresidente Ejecutivo por **Primer Vicepresidente, el Presidente pudiera designar Vice Presidentes, en el número “que estime necesario”**, quienes también ejercerían el Poder Ejecutivo, los cuales tal como se ha anunciado públicamente, se designarían para determinado territorio, sector o materia, con competencias en las materias que les asignase el Presidente, lo que hubiera significado configurar dicho funcionario como un mecanismo para reforzar la acción directa del Presidente en el territorio o en determinadas materias, independientemente del sistema de distribución vertical del Poder Público o de las posibles autonomías territoriales que pudieran existir, con lo que se hubiera acentuado aún más el **centralismo de Estado controlado por el Presidente**.

##### 3. *La extensión de las atribuciones del Presidente de la República*

El artículo 236 de la Constitución de 1999 enumera las competencias del Presidente de la República siguiendo la tradición constitucional anterior, con algunas innovaciones como la de formular el Plan de desarrollo nacional y dirigir su ejecución con la aprobación de la Asamblea (art. 236, 18) y fijar el número, organización y competencia de los Ministerios y otros organismos de la Administración (art. 236,20).

En el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, en las reformas al artículo 236 de la Constitución, se proponían nuevas atribuciones del Presidente de la República, y la ampliación de las que tiene, en la siguiente forma:

1. Se le atribuía la competencia para no sólo dirigir las acciones del Gobierno, sino del **Estado, y además**, coordinar las relaciones con los otros Poderes Públicos Nacionales en su carácter de Jefe de Estado (art. 236, 2).

2. Se le atribuía una nueva competencia para iniciar en la organización territorial del Estado, **creando “las Provincias Federales, los Territorios Federales y/o las Ciudades Federales** según lo establecido en la Constitución y designar sus autoridades, según la ley (art. 236,3).

3. Se le atribuía la competencia para **“formular el Plan Nacional de Desarrollo y dirigir su ejecución”** (art. 236,19), eliminándose la necesaria aprobación de la Asamblea Nacional en relación con la formulación y ejecución del Plan Nacional de desarrollo que dispone la Constitución de 1999 (art. 236, 18).

4. En lugar de “dirigir la Fuerza Armada Nacional en su carácter de Comandante en Jefe, ejercer la suprema autoridad jerárquica de ella y fijar su contingente” y de “ejercer el mando supremo de la Fuerza Armada Nacional, promover sus oficiales a partir del grado de coronel o capitán de navío, y nombrarlos para los cargos que les son privativos” como dicen los artículos 236,5 y 236,6 de la Constitución de 1999, se proponía asignarle la competencia para **“comandar la Fuerza Armada Bolivariana en su carácter de Comandante en Jefe, ejerciendo la Suprema Autoridad Jerárquica en todos sus Cuerpos, Componentes y Unidades, determinando su contingente”** (art. 236,6), y **“promover a sus oficiales en todos los grados y jerarquías y designarlos o designarlas para los cargos correspondientes”** (art. 236,7).

Además, en el *Anteproyecto para la Iera. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, se le asignaban al Presidente de la República competencias para:

1. En el artículo 11 se proponía asignarle al Presidente de la República competencia para **“decretar Regiones Especiales Militares** con fines estratégicos y de defensa, en cualquier parte del territorio y demás espacios geográficos de la República” y para **“decretar Autoridades Especiales** en situaciones de contingencia, desastres naturales, etc.”

2. En el artículo 16 se proponía asignarle competencia para **convocar referendo popular** en caso de constitución de una **Ciudad Comunal** cuando en la totalidad de su perímetro se hayan establecido las Comunidades organizadas, las Comunas y los Auto Gobiernos Comunales.

3. En el mismo artículo 16 se proponía asignarle competencia al Presidente de la República, en Consejo de Ministros, previo acuerdo aprobado por la mayoría simple de los diputados de la Asamblea Nacional, para **“crear mediante decreto, Provincias Federales, Ciudades Federales y Distritos Funcionales**, así como cualquier otra entidad que establezca la Ley”; y al “Gobierno Nacional”, **la elaboración y activación de una Misión Distrital con el respectivo Plan Estratégico-funcional con motivo de la creación de un Distrito Funcional.**

4. En el artículo 18 se proponía atribuir al “Poder Ejecutivo” con la colaboración y participación de todos los entes del Poder Público Nacional, Estatal y Municipal, así como del Poder Popular, sus Comunidades, Comuna, Consejos Comunales y demás organizaciones sociales, el **disponer “todo lo necesario para el reordenamiento urbano, reestructuración vial, recuperación ambiental, logros de niveles óptimos de seguridad personal y pública, fortalecimiento integral de los barrios, urbanizaciones, sistemas de salud, educación, deporte, diversiones y cultura, recuperación total de su casco y sitios históricos, construcción de un sistema de pequeñas y medianas Ciudades Satélites a lo largo de sus ejes territoriales de expansión”**.

5. En el artículo 141 se le asignaba al “Poder Ejecutivo” competencia para establecer como “administraciones públicas” **mediante reglamentos organizativos y funcionales**, a **“las misiones”**, como “organizaciones de variada naturaleza, creadas para atender a la satisfacción de las más sentidas y urgentes necesidades de la población, cuya prestación exige de la aplicación de sistemas excepcionales, e incluso, experimentales”.

6. En el artículo 318 se proponía asignarle al Presidente de la República o al Poder Ejecutivo competencia para, en coordinación con el Banco Central de Venezuela, fijar **“las políticas monetarias y ejercerán las competencias monetarias del Poder Nacional”**; para conjuntamente con el Banco Central de Venezuela, **“lograr la estabilidad de precios y preservar el valor interno y externo de la unidad monetaria”**; para compartir con el Banco Central de Venezuela las funciones **“de participar en la formulación y ejecución de la política monetaria, en el diseño y ejecución de la política cambiaria, en la regulación de la moneda, el crédito y fijación de las tasas de interés”**; y para como administrador de la Hacienda Pública Nacional, la competencia **para administrar y dirigir las reservas internacionales de la República** manejadas por el Banco Central de Venezuela.

7. En el artículo 321 se proponía atribuirle al “Jefe del Estado”, en el marco de su función de administración de las reservas internacionales, el establecer, en coordinación con el Banco Central de Venezuela y al final de cada año, **el nivel de las reservas necesarias para la economía nacional, así como el monto de las reservas excedentarias**, las cuales se debían destinar a fondos que **“disponga el Ejecutivo Nacional para inversión productiva, desarrollo e infraestructura, financiamiento de las misiones** y, en definitiva, el desarrollo integral, endógeno, humanista y socialista de la nación”.

#### V. LOS CAMBIOS EN LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA: DE UN ESTADO SOCIAL Y PROMOTOR DE ECONOMÍA MIXTA, A UN ESTADO SOCIALISTA, DE ECONOMÍA ESTATAL CENTRALIZADA Y CONFISCATORIA

Uno de los componentes normativos esenciales de toda Constitución contemporánea, es la *Constitución Económica* que tiene por objeto establecer los principios del régimen de las relaciones económicas y el papel que, en las mismas, corresponde a la iniciativa privada y al propio Estado, y que conforme al constitucionalismo desarrollado desde mitades del siglo pasado, estableció un modelo económico de economía mixta, basado en el principio de la libertad como **opuesto al de economía dirigida**, similar al que existe en todos los países occidentales.

La aplicación práctica de ese modelo constitucional provocó el desenvolvimiento de una economía basada en la libertad económica y la iniciativa privada, pero con una intervención importante y necesaria del Estado para asegurar los principios de justicia social que constitucionalmente deben orientar el régimen económico; lo que se ha acrecentado por el hecho de ser el Estado, el ser titular desde siempre del dominio público sobre el subsuelo.

Conforme a esa orientación, la Constitución de 1999 estableció un **sistema económico de economía mixta**, es decir, **de economía social de mercado que se fundamenta en la libertad económica, pero que debe desenvolverse conforme a principios de justicia social, que requieren de la intervención del Estado**. Por ello, conforme al artículo 299 de la Constitución de 1999, el régimen socioeconómico de la República se fundamenta en los siguientes principios: justicia social, democratización, eficiencia, libre competencia, protección del ambiente, productividad y solidaridad, a los fines de asegurar el desarrollo humano integral y una existencia digna y provechosa para la colectividad.

El sistema de economía mixta en la Constitución, por otra parte, conforme se dispone expresamente en el artículo 299, obliga al Estado, **“conjuntamente con la iniciativa privada”, a promover “el desarrollo armónico de la economía nacional** con el fin de generar fuentes de trabajo, alto valor agregado nacional, elevar el nivel de vida de la población y fortalecer la soberanía económica del país, garantizando la seguridad jurídica, solidez, dinamismo, sustentabilidad, permanencia, equidad del crecimiento de la economía, para garantizar una justa distribución de la riqueza **mediante una planificación estratégica democrática, participativa y de consulta abierta”**.

En el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, se proponía cambiar radicalmente ese modelo, acentuando el desequilibrio existente entre lo público y lo privado, y transformarlo en un sistema de **economía estatal, de planificación centralizada, propia de un Estado y economía socialista**.

1. *La eliminación de la libertad económica como derecho constitucional al libre ejercicio de las actividades económicas*

En efecto, el artículo 112 de la Constitución establece como uno de los principios fundamentales del sistema constitucional, el derecho de todas las personas de poder **dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia**, sin más limitaciones que las previstas en la Constitución y las que establezcan las leyes, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social, a cuyo efecto, **el Estado está obligado a promover “la iniciativa privada**, garantizando la creación y justa distribución de la riqueza, así como la producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población, **la libertad de trabajo, empresa, comercio, industria**, sin perjuicio de su facultad para dictar medidas para planificar, racionalizar y regular la economía e impulsar el desarrollo integral del país”.

En el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, se proponía **eliminar este derecho y la libertad económica**, y sustituir esta norma por otra en la cual lo que se proponía era establecer la definición de una política estatal para promover “el desarrollo de un **Modelo Económico Productivo, intermedio, diversificado e independiente**, fundado en los valores humanísticos de la **cooperación y la preponderancia de los intereses comunes sobre los individuales**, que garantice la satisfacción de las necesidades sociales y materiales del pueblo, la mayor suma de estabilidad política y social y la mayor suma de felicidad posible”; agregándose que el Estado, así mismo, “**fomentará y desarrollará distintas formas de empresas y unidades económicas de propiedad social, tanto directa o comunal como indirecta o estatal, así como empresas y unidades económicas de producción y/o distribución social, pudiendo ser estas de propiedad mixtas entre el Estado, el sector privado y el poder comunal, creando las mejores condiciones para la construcción colectiva y cooperativa de una Economía Socialista**”.

Es decir, en un artículo como el 112 ubicado en el Capítulo constitucional sobre los **derechos económicos**, simplemente **se eliminaba el derecho al libre ejercicio de las actividades económicas y la propia libertad económica**. Ello, por supuesto, es contrario al principio de la progresividad en materia de derechos humanos y constitucionales que garantiza en artículo 19 de la Constitución.

En la Constitución de 1999, por otra parte, se establecen un conjunto de atribuciones que facultan al Estado para regular el ejercicio de los derechos económicos, en particular, al precisarse el régimen de la prohibición de los monopolios (art. 113), declarándose contrarios a los principios fundamentales de la Constitución las actividades tendientes su establecimiento o que conduzcan a su existencia. También se declaró como contrario a dichos principios, el abuso de la posición de dominio que puedan adquirir los agentes económicos independientemente de su causa. En todos estos casos, la norma faculta al Estado para adoptar las medidas que fueren necesarias para evitar los efectos nocivos y restrictivos del monopolio, del abuso de la posición de dominio y de las demandas concentradas, teniendo como finalidad la protección del público consumidor, los productores y productoras y el aseguramiento de condiciones efectivas de competencia en la economía.

En el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, se proponía **cambiar radicalmente el régimen de la actividad económica**, estableciéndose en la propuesta de reforma del artículo 113 una serie de limitaciones a la misma que iban mucho



más allá de la restricción de los monopolios y la posición dominante de empresas, privilegiándose la **economía estatal y los medios de producción socialista**. En esta orientación, se proponía agregar a la norma que en general no se permitirán actividades, acuerdos, prácticas, conductas y omisiones de los y las particulares que vulnerasen los **métodos y sistemas de producción social y colectiva** con los cuales **se afectara la propiedad social y colectiva** o impidieran o dificultasen la justa y equitativa concurrencia de bienes y servicios.

Además, en el *Anteproyecto para la Iera. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, se proponía agregar a la norma que en los casos de explotación de recursos naturales o de cualquier otro bien del dominio de la Nación de carácter estratégico, o de la prestación de servicios públicos vitales, el Estado podría **reservarse la explotación o ejecución de los mismos, directamente o mediante empresas de su propiedad**, sin perjuicio de establecer empresas de **propiedad social directa, empresas mixtas y/o unidades de producción socialistas**, que asegurasen la soberanía económica y social, respetasen el control del Estado, y cumplieran con las cargas sociales que se le impusieran, todo ello conforme a los términos que desarrollen las leyes respectivas de cada sector de la economía.

2. *La eliminación del derecho como derecho constitucional y la garantía de la propiedad privada*

Por otra parte, otro de los pilares fundamentales de la Constitución de 1999, además de la libertad económica, es la garantía del derecho de propiedad privada, que conforme al artículo 115 de la Constitución de 1999, se lo concibe como el derecho que tiene toda persona **“al uso, goce, disfrute y disposición de sus bienes”**, aún cuando sometida a “las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general”. Dicha garantía implica que “sólo por causa de utilidad pública o interés social, **mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización**, podrá ser declarada la **expropiación** de cualquier clase de bienes.

En el *Anteproyecto para la Iera. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, se proponía cambiar radicalmente el régimen de la **propiedad privada, la cual se buscaba que quedase materialmente eliminada como derecho constitucional, y reducida a la que pudiera existir sobre los bienes de consumo y medios de producción, quedando por tanto minimizada y marginalizada en relación con la propiedad pública**.

En el *Anteproyecto para la Iera. Reforma Constitucional PR, agosto 2007* en efecto, respecto del artículo 115 de la Constitución, en lugar de garantizarse la propiedad privada, lo que se propuso fue que se reconociera y garantizase eran **“las diferentes formas de propiedad”**, las cuales se enumeraban así:

1. **“La propiedad pública** es aquella que pertenece a los entes del Estado; **la propiedad social** es aquella que pertenece al pueblo en su conjunto y las futuras generaciones, y **podrá ser de dos tipos:**

- A. **“La propiedad social indirecta**, cuando es ejercida por el Estado a nombre de la comunidad”, y
- B. **“La propiedad social directa**, cuando el Estado la asigna, bajo distintas formas y en ámbitos territoriales demarcados, a una o varias comunidades, a una o varias comunas, constituyéndose así en **propiedad comunal**, o a una o varias ciudades, constituyéndose así en **propiedad ciudadana;**”

2. **“La propiedad colectiva** es la perteneciente a grupos sociales o personas, para su aprovechamiento, uso o goce en común, pudiendo ser de origen social o de origen privado”;

3. **“La propiedad mixta** es la conformada entre el sector público, el sector social, el sector colectivo y el sector privado, en distintas combinaciones, para el aprovechamiento de recursos o ejecución de actividades, siempre sometida al respeto absoluto de la soberanía económica y social de la nación”; y

4. **“La propiedad privada es aquella que pertenece a personas naturales o jurídicas y que se reconoce sobre bienes de uso y consumo, y medios de producción legítimamente adquiridos”.**

La propiedad privada, en consecuencia, quedaba reducida a los bienes de consumo y a los medios de producción legítimamente adquiridos.

En el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, por otra parte, a la norma del artículo 115 que regula la expropiación se propuso agregarle **“a facultad de los Órganos del Estado, de ocupar previamente, durante el proceso judicial, los bienes objeto de expropiación”**, con lo que se buscaba constitucionalizar el mecanismo de la ocupación previa.

### 3. *La eliminación del latifundio*

El artículo 307 de la Constitución de 1999 declara al régimen latifundista como contrario al interés social, y remite al legislador para disponer lo conducente **en materia tributaria para gravar las tierras ociosas y establecer las medidas necesarias para su transformación en unidades económicas productivas**, rescatando igualmente las tierras de vocación agrícola.

Por otra parte, la norma establece el derecho de los campesinos y demás productores agropecuarios a la propiedad de la tierra, en los casos y formas especificados por la ley respectiva, con la obligación para el Estado de **proteger y promover las formas asociativas y particulares de propiedad para garantizar la producción agrícola**, y para velar por la ordenación sustentable de las tierras de vocación agrícola con el objeto de asegurar su potencial agroalimentario.

Excepcionalmente dispone el mismo artículo constitucional, que el legislador creará contribuciones parafiscales con el fin de facilitar fondos para financiamiento, investigación, asistencia técnica, transferencia tecnológica y otras actividades que promuevan la productividad y la competitividad del sector agrícola.

En el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, se proponía eliminar del artículo 307 toda idea de promover la desaparición del latifundio mediante medidas **tributarias** para gravar las tierras ociosas, así como la política de transformar el latifundio en unidades económicas productivas, rescatando igualmente las tierras de vocación agrícola; y su sustitución por una disposición que estableciera que **“la República determinará mediante Ley la forma en la cual los latifundios serán transferidos a la propiedad del Estado, o de los entes o empresas públicas, cooperativas, comunidades u organizaciones sociales** capaces de administrar y hacer productivas las tierras”.

Se propuso agregar a la norma, además, que a los fines de garantizar la producción agrícola, el Estado **protegería y promovería la propiedad social**; y que la ley **crearía tributos sobre las tierras productivas que no fueran empleadas para la producción agrícola o pecuaria**.

Por último, se propuso agregar a la norma que “se **confiscarán** aquellos fundos cuyos dueños ejecuten en ellos **actos irreparables de destrucción ambiental, los dediquen a la producción de sustancias psicotrópicas o estupefacientes o la trata de personas o los utilicen o permitan su utilización como ámbitos para la comisión de delitos contra la seguridad y defensa** de la Nación”.

#### 4. *El régimen de la intervención del Estado en la economía*

En cuanto a la intervención del Estado en la economía, la forma clásica es mediante la constitución de empresas públicas, respecto de cuya regulación, el artículo 300 de la Constitución remitió a la ley nacional para el establecimiento de las condiciones para su creación como entidades funcionalmente descentralizadas para la realización de actividades sociales o empresariales, con el objeto de asegurar la razonable productividad económica y social de los recursos públicos que en ellas se inviertan.

En el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, se buscó cambiar la concepción de esta regulación, **eliminándose toda referencia a la descentralización** y reduciéndose la posibilidad de creación de empresas o entidades para la promoción y realización de **los fines de la economía socialista**. En particular, en el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, se propuso que la norma sólo se refiriera a la creación de **empresas o entidades regionales**, para la promoción y realización de actividades económicas o sociales, **bajo los principios de la economía socialista**, estableciendo los mecanismos de control y fiscalización que asegurasen la transparencia en el manejo de los recursos públicos que en ellas se invirtieran, y su razonable productividad económica y social.

En cuanto a la reserva de actividades al Estado, el artículo 302 de la Constitución, luego de intensos debates estableció que “el Estado se reserva, mediante la ley orgánica respectiva y por razones de conveniencia nacional, la actividad petrolera”, agregando que también se puede reservar en la misma forma “industrias, explotaciones, servicios y bienes de interés público y de carácter estratégico”. En esta forma, si bien la reserva de la industria petrolera efectuada mediante la Ley Orgánica de 1975, adquirió rango constitucional en el texto de 1999, ello se sujetó a lo que estableciera la ley orgánica respectiva, la cual podría ser modificada, como en efecto ha ocurrido en 2000. La reserva que se estableció en 1999, por tanto, no fue ni rígida ni absoluta, sino flexible, conforme lo estableciera la ley orgánica respectiva.

En el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, se buscó cambiar radicalmente la concepción de esta regulación, proponiéndose el establecimiento de la reserva en la propia Constitución, **por razones de conveniencia nacional**, en una forma materialmente ilimitada, no sólo respecto de “**la actividad explotación de los hidrocarburos líquidos, sólidos y gaseosos**”, sino de las “**explotaciones, servicios y bienes de interés público y de carácter estratégico**”, sin precisión ni definición alguna. Con esta propuesta, **todo servicio que se declarase en una ley como de interés público, hubiera quedado reservado al Estado**.

Además, se propuso agregar a la norma que “el Estado privilegiará por carácter estratégico y de soberanía, el uso de tecnología nacional para el **procesamiento de los hidrocarburos líquidos, gaseosos y sólidos**, especialmente de aquellos cuyas características constituyen **la mayoría de las reservas** y sus derivados”.

Una importante innovación en la Constitución de 1999 fue la regulación en el artículo 305 de los principios y políticas en materia de producción de la agricultura sustentable y de la seguridad alimentaria. En el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, se propuso agregar al artículo 305 una disposición que estableciera que “si ello fuere necesario para garantizar la seguridad alimentaria, **la República podrá asumir sectores de la producción agrícola, pecuaria, pesquera y acuícola indispensables a tal efecto, y podrá transferir su ejercicio a entes autónomos, empresas públicas y organizaciones sociales, cooperativas o comunitarias.** Así como utilizar a plenitud las **potestades de expropiación, afectación y ocupación** en los términos de esta Constitución y la Ley”.

5. *Los cambios en el régimen fiscal y económico del Estado*

En materia del régimen fiscal, por primera vez en el constitucionalismo venezolano se incorporaron al texto fundamental un conjunto de normas relativas al Banco Central de Venezuela y a la política macroeconómica del Estado (arts. 318 a 321). En particular, sobre el Banco Central de Venezuela la Constitución de 1999 le atribuyó las competencias monetarias del Poder Nacional para ejercerlas de manera exclusiva y obligatoria, estableciéndose como su objetivo fundamental lograr la estabilidad de precios y preservar el valor interno y externo de la unidad monetaria, y garantizándose su autonomía para la formulación de las políticas de su competencia. La Constitución además, le asignó al banco para el adecuado cumplimiento de su objetivo, la atribución de formular y ejecutar la política monetaria, participar en el diseño y ejecutar la política cambiaria, regular la moneda, el crédito y las tasas de interés, administrar las reservas internacionales, y todas aquellas que establezca la ley.

A. *La eliminación de la autonomía del Banco Central de Venezuela y la asunción de la política monetaria por el Ejecutivo*

En el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, se propuso **cambiar total y radicalmente** el régimen de la política monetaria y del Banco Central de Venezuela, **eliminándosele sus competencias** y su autonomía, y estableciendo su total dependencia directa del Ejecutivo Nacional.

A tal efecto, se proponían las siguientes reformas al artículo 318:

En primer lugar, se buscaba precisar que **“El sistema monetario nacional debe propender al logro de los fines esenciales del Estado Socialista y el bienestar del pueblo, por encima de cualquier otra consideración.”**

En segundo lugar, las competencias para fijar las políticas monetarias del Poder Nacional que la Constitución de 1999 asignó “exclusivamente” al Banco Central, se buscaba **atribuirlas al Ejecutivo Nacional y al Banco Central “en estricta y obligatoria coordinación”**.

En segundo lugar, se precisó que el objetivo específico del Banco Central de Venezuela, **“conjuntamente con el Ejecutivo Nacional”**, era lograr la estabilidad de precios y preservar el valor interno y externo de la unidad monetaria.

En tercer lugar, **se eliminaba formalmente la autonomía** del Banco Central, al disponerse que **“es persona de derecho público sin autonomía** para la formulación y el ejercicio de las políticas correspondientes”, y se agregaba que sus funciones estarían **supeditadas a la política económica general y al Plan Nacional de Desarrollo** para alcanzar los **objetivos superiores del Estado Socialista** y la mayor suma de felicidad posible para todo el pueblo”.

En cuarto lugar, se establecía que **las funciones del Banco Central fueran “compartidas con el Poder Ejecutivo”**, al proponerse precisar en el artículo 118 que para el adecuado cumplimiento de su objetivo específico, el Banco Central de Venezuela **“tendrá entre sus funciones, compartidas con el Poder Ejecutivo Nacional”**, sólo **“participar en la formulación y ejecución de la política monetaria, en el diseño y ejecución de la política cambiaria, en la regulación de la moneda, el crédito y fijación de las tasas de interés”**.

En quinto lugar, **se le quitaba al Banco Central de Venezuela la competencia de “administrar las reservas internacionales”** y en su lugar se proponía establecer, que **“las reservas internacionales de la República serán manejadas por el Banco Central de Venezuela, bajo la administración y dirección del Presidente o Presidenta de la República, como administrador o administradora de la Hacienda Pública Nacional”**.

#### B. *La política macroeconómica a la merced del Ejecutivo Nacional*

Por otra parte, en el artículo 320 de la Constitución de 1999, en relación con la coordinación macroeconómica, se estableció una detallada regulación, primero sobre la estabilidad económica y segundo sobre el Fondo de Estabilización macroeconómica. En el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, ambas regulaciones se buscaba cambiarlas radicalmente.

En efecto, el artículo 320 de la Constitución de 1999 se dispone que **“el Estado debe promover y defender la estabilidad económica, evitar la vulnerabilidad de la economía y velar por la estabilidad monetaria y de precios, para asegurar el bienestar social”**, disponiéndose **la obligación** para **“el ministerio responsable de las finanzas y el Banco Central de Venezuela”** de contribuir **“a la armonización de la política fiscal con la política monetaria, facilitando el logro de los objetivos macroeconómicos”** y con la precisión de que **“en el ejercicio de sus funciones, el Banco Central de Venezuela no estará subordinado a directivas del Poder Ejecutivo y no podrá convalidar o financiar políticas fiscales deficitarias”**.

En la norma, además, se precisó que **la actuación coordinada del Poder Ejecutivo y del Banco Central de Venezuela se debía realizar “mediante un acuerdo anual de políticas”**, en el cual se debían establecer **“los objetivos finales de crecimiento y sus repercusiones sociales, balance externo e inflación, concernientes a las políticas fiscal, cambiaria y monetaria; así como los niveles de las variables intermedias e instrumentales requeridos para alcanzar dichos objetivos finales”**. La norma del artículo 320 precisa las formalidades de dicho acuerdo, el cual debe ser firmado por el Presidente del Banco Central de Venezuela y el titular del ministerio responsable de las finanzas, el cual se debe divulgar en el momento de la aprobación del presupuesto por la Asamblea Nacional. De acuerdo con la Constitución, es responsabilidad de las instituciones firmantes del acuerdo **“que las acciones de política sean consistentes con sus objetivos”**, debiendo especificarse en el acuerdo, **“los resultados esperados, las políticas y las acciones dirigidas a lograrlos”**.

En el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, se proponía eliminar todo este detallado marco regulatorio para garantizar la estabilidad económica y la coordinación entre el Ejecutivo nacional y el Banco Central, y en su lugar se propuso que el artículo 320 tuviera la siguiente redacción: **“El Estado debe promover y defender la estabilidad económica, evitar la vulnerabilidad de la economía y velar por la estabilidad monetaria y de precios, para asegurar el bienestar social. Igualmente velará por la armonización de la política fiscal con la política monetaria, para el logro de los objetivos macroeconómicos”**. Con ello, se eliminaba todo principio de coordinación entre el Ejecutivo nacional y el Banco Central, el cual quedaba sin autonomía como un brazo ejecutor de lo que aquél disponga.

En cuanto al régimen del fondo de estabilización macroeconómica que el artículo 321 de la Constitución de 1999 se exigía que se estableciera por Ley para “garantizar la estabilidad de los gastos del Estado en los niveles municipal, regional y nacional, ante las fluctuaciones de los ingresos ordinarios”, con la precisión de que el funcionamiento del fondo debía sujetarse a los “principios básicos la eficiencia, la equidad y la no discriminación entre las entidades públicas que aporten recursos al mismo”.

En el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, se proponía eliminar totalmente la existencia del Fondo de Estabilización macroeconómica, y en su lugar se propuso que la norma del artículo 321 quedase redactada de manera que de atribuir **“al jefe de Estado” la función “de administración de las reservas internacionales”**, para lo cual se lo autorizaba a **“establecer, en coordinación con el Banco Central de Venezuela y al final de cada año, el nivel de las reservas necesarias para la economía nacional**, así como el monto de las **reservas excedentarias”** con la expresa indicación de que las mismas se debía destinar **“a fondos que disponga el Ejecutivo Nacional** para inversión productiva, desarrollo e infraestructura, financiamiento **de las misiones** y, en definitiva, el desarrollo integral, endógeno, humanista y socialista de la nación”.

#### VI. LOS CAMBIOS EN LOS DERECHOS LABORALES: UNA “REFORMA” CONSTITUCIONAL INÚTIL

En el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, se propuso la reforma de dos artículos del capítulo de la Constitución relativo a los derechos laborales, cuyo contenido, en realidad, no ameritaban de reforma constitucional alguna para su implementación.

La primera propuesta se refirió al artículo 87, básicamente en relación con al régimen de seguridad social de los trabajadores no dependientes. Dicha norma, en efecto, además de establecer que toda persona tiene derecho al trabajo y el deber de trabajar, dispone que el Estado debe garantizar la adopción de las medidas necesarias a los fines de que toda persona pueda obtener ocupación productiva, que le proporcione una existencia digna y decorosa y le garantice el pleno ejercicio de este derecho; declarando como “fin del Estado fomentar el empleo” y remitiendo a la **ley la adopción de medidas tendentes a garantizar el ejercicio de los derechos laborales de los trabajadores no dependientes**. La norma, además, exige que todo patrono debe garantizar a sus trabajadores condiciones de seguridad, higiene y ambiente de trabajo adecuados, obligando al Estado a adoptar medidas y crear instituciones que permitan el control y la promoción de estas condiciones.

La propuesta de reforma relativa a dicho artículo fundamentalmente consistía, primero, **en eliminar la declaración de que el fomento del empleo es un fin del Estado**; segundo, **en eliminar la obligación de los patronos de garantizar a los trabajadores condiciones de seguridad, higiene y ambiente de trabajo** adecuados, y sustituirla con la previsión de la **obligación del Estado de garantizar** que en todos los centros laborales se cumplan las condiciones de seguridad, higiene, ambiente y relaciones sociales acordes con la dignidad humana y de crear instituciones que permitan el control y supervisión del cumplimiento de estas condiciones de trabajo, y la formulación del principio de que en aplicación de los **principios de corresponsabilidad y solidaridad el patrono** “debe adoptar todas las medidas necesarias para el cumplimiento de dichas condiciones”; y tercero, en lugar de sólo remitir a la **ley para la adopción de medidas tendentes a garantizar el ejercicio de los derechos laborales de los trabajadores y trabajadoras no dependientes**, se propone definir algunos contenidos de la misma al prever que “a los fines de garantizar el ejercicio de los derechos

laborales de los trabajadores y trabajadoras no dependientes, como taxistas, transportistas, comerciantes, artesanos, profesionales y todo aquel que ejerza por cuenta propia cualquier actividad productiva para el sustento de sí mismo y de su familia, **la Ley creará y desarrollará todo lo concerniente a un “Fondo de estabilidad social para trabajadores y trabajadoras por cuenta propia”, para que con el aporte del Estado y del trabajador,** pueda éste último gozar de los derechos laborales fundamentales tales como jubilaciones, pensiones, vacaciones, reposos, prenatal, post natal y otros que establezcan las leyes”.

La verdad es que para la implementación de lo que se proponía en esta “reforma” bastaba sancionar una ley que regulara todos esos aspectos, conforme a la norma vigente. La “reforma”, en realidad, nada hubiera cambiado en relación a lo que conforme a la norma del artículo 87 de la Constitución puede desarrollar el Legislador.

La segunda de las reformas propuestas en materia de derechos laborales, se referiría al artículo 90 en relación con la jornada de trabajo. En efecto, el artículo 90 de la Constitución de 1999 dispone que **“la jornada de trabajo diurna no excederá de ocho horas diarias ni de cuarenta y cuatro horas semanales”** y en los casos “en que la ley lo permita, la jornada de trabajo nocturna **no excederá de siete horas diarias ni de treinta y cinco semanales”**, prohibiéndose a los patronos a “obligar a los trabajadores a laborar horas extraordinarias”. El artículo, además, establece el principio de que **se debe propender “a la progresiva disminución de la jornada de trabajo** dentro del interés social y del ámbito que se determine” y se debe “disponer lo conveniente para la mejor utilización del tiempo libre en beneficio del desarrollo físico, espiritual y cultural de los trabajadores y trabajadoras”; y consagra el derecho de los trabajadores “al descanso semanal y vacaciones remunerados en las mismas condiciones que las jornadas efectivamente laboradas”.

La propuesta de reforma relativa a dicho artículo fundamentalmente consistía, primero, en **reducir los límites máximos de la jornada de trabajo a seis horas diarias y treinta y seis horas semanales**, para la jornada diurna; y a seis horas diarias ni de treinta y cuatro semanales, para la jornada nocturna, para lo cual, en realidad, hubiera bastado la sanción de una ley, ya que lo que se establece en la Constitución es un límite máximo; y en segundo lugar, en indicar que la mejor **utilización del tiempo libre de los trabajadores no sólo es en beneficio del desarrollo físico, espiritual y cultural** de los mismos, sino además, en beneficio de **la educación, formación integral, desarrollo humano, moral, y técnico** de los trabajadores, para lo cual, de nuevo, no era necesario “reformular” la Constitución, bastando que ello se establezca en la ley. Por tanto, en esta materia laboral, la “reforma” propuesta de los artículos 87 y 90 de la Constitución era un ejercicio inútil, pues lo que en ellas se proponía podía establecerse mediante ley en ejecución de las normas de la Constitución de 1999, tal como están redactadas<sup>18</sup>.

---

18 La única explicación razonable de estas “reformas” constitucionales inútiles, era la que se derivaba de la decisión inicial adoptada por el Consejo Nacional Electoral, de que el referendo sobre la aprobación de la Constitución debía ser “en bloque”, y no separadamente, de manera de desestimularse el posible voto “NO”, que podía significar votar en contra de estas mejoras laborales que, como se dijo, sin embargo, no requerirían estar previstas en la Constitución para ser implementadas.

## VII. LOS CAMBIOS EN EL RÉGIMEN DE LA FUERZA ARMADA: DE UN ESTADO DE CONDUCCIÓN CIVIL A UN ESTADO MILITARISTA

Otra materia que constituyó una novedad en la Constitución de 1999 es la relativa a las Fuerza Armada Nacional dentro del régimen de la seguridad y defensa, con acentuado carácter militarista.

En el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional PR, agosto 2007*, además de buscarse cambiarse el nombre de la institución de **Fuerza Armada Nacional por Fuerza Armada Bolivariana** (art. 156,8; 236,6; 328 y 329) y de sus componentes de **Ejército, la Armada, la Aviación y la Guardia Nacional, por Ejército Bolivariano, Armada Bolivariana, Aviación Bolivariana, Guardia Territorial Bolivariana y Milicia Popular Bolivariana** (Art. 329); se formularon propuestas de reforma respecto de los artículos 328 y 329 de la Constitución.

En cuanto al artículo 328 de la Constitución de 1999, el mismo dispone que la Fuerza Armada Nacional **constituye “una institución esencialmente profesional, sin militancia política, organizada por el Estado para garantizar** la independencia y soberanía de la Nación y asegurar la integridad del espacio geográfico”, mediante la defensa militar, la cooperación en el mantenimiento del orden interno y la participación activa en el desarrollo nacional, de acuerdo con esta Constitución y con la ley. La norma agrega, que “en el cumplimiento de sus funciones, **está al servicio exclusivo de la Nación y en ningún caso al de persona o parcialidad política alguna**”, siendo sus pilares fundamentales “la disciplina, la obediencia y la subordinación”.

En la propuesta de reforma del artículo 328, en primer lugar, **se buscaba eliminar la previsión constitucional de que la Fuerza Armada es “institución esencialmente profesional, sin militancia política”,** y en su lugar se propuso establecer que constituye “**un cuerpo esencialmente patriótico popular y antiimperialista**”. Con ello, **desaparecía la institución militar como institución profesional, y desaparecía la prohibición de que la misma no tuviera militancia política, definiéndose un como “patriótico popular y antiimperialista”,** con lo que se buscaba abrir el camino constitucional para la integración de la Fuerza Armada en el partido **político de su Comandante en Jefe, quien se proponía que ejerciera la Suprema Autoridad Jerárquica en todos sus Cuerpos, Componentes y Unidades (como se propone en la reforma del artículo 236,6 de la Constitución).**

En segundo lugar, entre los objetivos de la Fuerza Armada, además de ser organizada para “**garantizar la independencia y soberanía de la nación y asegurar la integridad del espacio geográfico**”, se proponía agregar, además, que era para “**preservarla de cualquier ataque externo o interno**”.

En tercer lugar, en lugar de establecerse que esos objetivos se deben lograr “**mediante la defensa militar, la cooperación en el mantenimiento del orden interno y la participación activa en el desarrollo nacional**”, se proponía que se regulase que se debían lograr “**mediante el estudio, planificación y ejecución de la doctrina militar bolivariana, la aplicación de los principios de la defensa militar integral y la guerra popular de resistencia, la participación permanente en tareas de mantenimiento de la seguridad ciudadana, y conservación del orden interno, así como la participación activa en planes para el desarrollo económico, social, científico y tecnológico de la nación**”. Se incorpora, en esta forma, la “**doctrina militar bolivariana**”, como elemento esencial de la actuación de la Fuerza Armada, aún cuando se desconociera su contenido exacto, se buscaban incorporar elementos de guerrilla como “la guerra popular de resistencia”, y se buscaba convertir a la Fuerza Armada en organización de policía nacional, al atribuírsele la competencia en materia



de **seguridad ciudadana y conservación del orden interno**. Además, con la previsión de que entre sus funciones estaba la de participar en forma “activa en planes para el desarrollo económico, social, científico y tecnológico de la nación”, **se buscaba constitucionalizar la militarización del Estado y la Administración**.

En cuarto lugar, en lugar de establecerse como lo prevé la Constitución de 1999 que en el cumplimiento de sus funciones, la Fuerza Armada “**está al servicio exclusivo de la Nación y en ningún caso al de persona o parcialidad política alguna**”, se propuso sustituir esta disposición por la indicación de que en “**el cumplimiento de su función, estará siempre al servicio del pueblo venezolano en defensa de sus sagrados intereses y en ningún caso al de oligarquía alguna o poder imperial extranjero**”. La consecuencia de este cambio, era **la eliminación de la prohibición impuesta constitucionalmente a la Fuerza Armada de que pudiera estar al servicio de persona o parcialidad política alguna**, lo que de nuevo buscaba abrir el camino constitucional para la integración de la Fuerza Armada **en el partido político de su Comandante en Jefe, quien se proponía ejerciera la Suprema Autoridad Jerárquica en todos sus Cuerpos, Componentes y Unidades (como se propone en la reforma del artículo 236,6 de la Constitución), y quien la podía poner a su servicio o al servicio del partido del gobierno**.

Recuérdese, además, que en la reforma que se propuso al artículo 236,7, se buscaba atribuir al Presidente de la República, en tal carácter de Comandante en jefe, la potestad de **promover a sus oficiales en todos los grados y jerarquías y designarlos o designarlas para los cargos correspondientes (art. 236,7), lo que constituía el instrumento para asegurar la sujeción política de los mismos**.

En quinto lugar, además de establecerse que sus pilares fundamentales son la Constitución y las leyes, así como la disciplina, la obediencia y la subordinación, se propuso agregar que “**sus pilares históricos están en el mandato de Bolívar: “Libertar a la patria, empuñar la espada en defensa de las garantías sociales y merecer las bendiciones del pueblo”**”.

En cuanto al artículo 329 de la Constitución de 1999, el mismo dispone que, “el Ejército, la Armada y la Aviación tienen como responsabilidad esencial la planificación, ejecución y control de las operaciones militares requeridas para asegurar la defensa de la Nación”, y en cuanto a la Guardia Nacional, la misma debe “cooperar en el desarrollo de dichas operaciones y tendrá como responsabilidad básica la conducción de las operaciones exigidas para el mantenimiento del orden interno del país”. La norma agrega que “la Fuerza Armada Nacional podrá ejercer las actividades de policía administrativa y de investigación penal que le atribuya la ley”.

En la propuesta de reforma del artículo 329, en primer lugar, se buscaba **aumentar a cinco los componentes militares de la Fuerza Armada Bolivariana**, como cuerpos de tierra, mar y aire, organizados administrativamente así: **el Ejército Bolivariano, la Armada Bolivariana, la Aviación Bolivariana, la Guardia Territorial Bolivariana y la Milicia Popular Bolivariana**.

En segundo lugar, se buscaba disponer en la norma constitucional que los cinco componentes o cuerpos militares se debían “**estructurar en unidades combinadas de guarnición, unidades combinadas de adiestramiento y unidades de operaciones conjuntas**, tanto en el nivel táctico como en el nivel estratégico, a efectos del cumplimiento de su misión”.

En tercer lugar, mediante una “Disposición Transitoria” se buscaba establecer en cuanto a la Guardia Nacional, además de que la misma **“cambiará su denominación militar por el de Guardia Territorial”**, que dicho cuerpo “se convertirá en un cuerpo esencialmente militar, pudiendo ser destinada por su Comandante en Jefe para conformar cuerpos de tierra, mar y aire como parte integrante de otros componentes militares; y además, que **también podrán “formarse cuerpos policiales con una parte de sus recursos humanos, técnicos y materiales”**”.

En cuarto lugar, en otra “Disposición Transitoria” se buscaba establecer que **“las unidades y cuerpos de la reserva militar se transformarán en unidades de la Milicia Popular Bolivariana”**.

Con estas reformas se buscaba **terminar de acentuar el carácter político de la Fuerza Armada y el militarismo del Estado**, que se había iniciado en la propia Constitución de 1999, de cuyas normas ya había desaparecido “el carácter apolítico y no deliberante” de la Fuerza Armada que establecía el artículo 132 de la Constitución de 1961; la obligación esencial que tenía la Fuerza Armada Nacional conforme a ese mismo artículo, de asegurar “la estabilidad de las instituciones democráticas y el respeto a la Constitución y las leyes, cuyo acatamiento estará siempre por encima de cualquier otra obligación”; la tradicional prohibición de que la autoridad militar y la civil no podían ejercerse simultáneamente, que establecía el artículo 131 de la Constitución de 1961; el control por parte de la Asamblea Nacional respecto de los ascensos de los militares de alta graduación (art. 331, C. 1961).

Septiembre 2007

# *El Mercosur y la adhesión de Venezuela*

Roberto Chacón De Albuquerque<sup>1</sup>

**Resumen:** *En este artículo, se analiza el proceso de integración de Venezuela al Mercosur. La integración regional, el Mercosur como opción política y realidad jurídica también son objeto de estudio, así como el propio Protocolo de Adhesión de Venezuela. El proceso de aprobación de acuerdos internacionales en Brasil es explicado.*

**Abstract:** In this article, Venezuela's integration process to the Mercosur is analyzed. Regional integration, Mercosur as a political option and legal reality are also object of study, as well as Venezuela's Protocol of Adhesion. The approval process of international agreements in Brazil is explained.

## SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. LA INTEGRACIÓN REGIONAL COMO DESTINO
- III. EL MERCOSUR COMO OPCIÓN POLÍTICA
- IV. EL MERCOSUR COMO REALIDAD JURÍDICA
- V. LA ADHESIÓN DE VENEZUELA AL MERCOSUR
- VI. LA APROBACIÓN DE ACUERDOS INTERNACIONALES EN BRASIL

## I. INTRODUCCIÓN

Con el Protocolo de Adhesión del 4 de julio de 2006, se aprobó el ingreso de Venezuela como País Miembro del Mercosur. Hay entre Venezuela y Brasil una complementaridad de economías. Venezuela tiene una abundancia de petróleo y gas natural, mientras Brasil dispone de un sector industrial bastante complejo. La integración de Venezuela al Mercosur impulsaría el desarrollo de la Región Amazónica, abriendo una senda de exportación hacia el Mar del Caribe. Bajo el punto de vista de Venezuela, la adhesión al Mercosur estimularía la diversificación de su estructura productiva, disminuyendo su dependencia con relación a la exportación de petróleo.

El Protocolo de Adhesión de Venezuela al Mercosur ha sido el resultado de un largo proceso de acercamiento de Venezuela con los Países Miembros del Mercosur. Brasil y Venezuela firmaron en 1994 el Protocolo de la Guzmanía, con directrices para la cooperación entre los dos países. Se estipuló en este Protocolo el impulso de acciones en la frontera para asegurar la ocupación y el desarrollo de la Región Amazónica, el estímulo al comercio y a las inversiones, así como la creación de una zona de libre comercio en Sudamérica.

---

<sup>1</sup> Abogado, Doctor en Derecho por la Universidad de São Paulo, profesor de la Graduación y del Postgrado del Curso de Derecho de la Universidad Católica de Brasília.

En este artículo, analizamos el fenómeno de la integración regional, más particularmente del Mercosur. Esta organización de integración regional está abierta a la adhesión de otros países de Latinoamérica, preferencialmente de Sudamérica. La adhesión al Mercosur, no obstante, no es un proceso sencillo. Todos los Países Miembros del Mercosur tienen que aprobar internamente el ingreso de Venezuela. El Protocolo de Adhesión de Venezuela al Mercosur, como lo veremos, tiene que ser sometido en Brasil a un trámite de aprobación que está lejos de ser caracterizado como rápido. La última palabra con respecto a la aprobación de acuerdos internacionales en Brasil es de la Cámara de Diputados y del Senado. A la Presidencia de la República le cabe esforzarse para construir mayorías parlamentarias favorables a la aprobación de los acuerdos internacionales que le parezcan benéficos al País. La integración regional puede ser un destino, pero al Parlamento le cabe decidir cuales son sus protagonistas y su ritmo.

## II. LA INTEGRACIÓN REGIONAL COMO DESTINO

La integración regional no es un fenómeno reciente, surgido solamente a partir de la década del 50 con la Comunidad Económica Europea, antecesora de la Unión Europea. El Zollverein (unión aduanera) ha sido establecido en el siglo XIX para eliminar las barreras arancelarias entre los Estados alemanes, manteniendo un sistema arancelario proteccionista con los partners comerciales extranjeros. El constituyó una herramienta fiscal eficiente para la posterior unificación alemana. El Barón de Río Branco, estadista brasileño, al proponer una parceria política y económica entre los países del ABC, Argentina, Brasil y Chile, vislumbró en el comienzo del siglo XX el proceso de integración regional sudamericano.

La integración regional es el resultado del reconocimiento de la parte del Estado Nación de que es necesario facilitar el comercio intrarregional, estimulando la complementaridad de sus economías al explotar ventajas comparativas recíprocas, para enfrentar la competencia internacional de países terceros. La Unión Europea y el propio Mercado Común del Sur (Mercosur) se insertan dentro de esta lógica. Exhaustos por la Segunda Guerra Mundial, los países europeos juntaron fuerzas para convivir y competir política y económicamente con las dos mayores potencias políticas y económicas de la postguerra, los Estados Unidos y la Unión Soviética. Para que surgiera el Mercosur, ha sido necesario el final de la Guerra Fría. Con la redemocratización del Cono Sur, sus dos países más grandes, Brasil y Argentina, han precisado integrarse regionalmente para adaptarse a un proceso de globalización en el cual los Estados Unidos consolidaban una parceria comercial estratégica con los países asiáticos.

La globalización por sí misma tampoco es un fenómeno reciente, surgido a partir de la década del 80. La expansión portuguesa, iniciada con la conquista de Ceuta (1415), ha dado inicio a un proceso de globalización europeo del cual Brasil es uno de los resultados. Con los Descubrimientos, hubo un transbordamiento de la política y de la economía de países europeos sobre otros continentes, llevando a la modificación definitiva o a la extinción de culturas y civilizaciones. La globalización actual disminuye la capacidad de autodeterminación económica del Estado Nación, desafiándolo a concebir e implementar políticas públicas que sean capaces de contrapesar los efectos de una competición internacional sobre la cuál él tiene poca o ninguna capacidad de control. Acosados por disensiones internas que pueden terminar en guerra civil, los llamados "Estados quebrados" no tienen siquiera condiciones de participar de la integración regional como mecanismo de neutralización de los efectos negativos de la globalización.

La integración regional ha sido objeto de varias iniciativas institucionales. La Unión Europea y el Mercosul son algunas de ellas, pero no deben ser olvidadas la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), la Comunidad Andina, la Unión Africana, entre varias otras organizaciones de integración regional existentes. Si bien administrada regio-

nalmente, la globalización puede constituir un factor de desarrollo económico. Para que el poder político y económico de la correspondiente región sea fortalecido, puede ser necesario que haya una mitigación del concepto de soberanía estatal, para que la región adquiera en relación a países terceros una identidad comunitaria asegurada por instituciones permanentes. Estas instituciones permanentes con proyección supranacional, de las cuales se pueden dotar algunas organizaciones de integración regional, como la Unión Europea, son un indicio de que los respectivos Países Miembros están dispuestos a reconocer en la integración regional una más valía capaz de llevarlos a cogitar abrir mano de su propia soberanía en pro del ideal comunitario.

El derecho de la integración regional y el derecho comunitario no se confunden. El derecho de la integración resulta de un proceso de integración del cual no surge un derecho propio suficientemente autónomo e independiente que se sobrepone al derecho nacional de los Países Miembros. Este es el caso del Mercosur. El es el producto de la integración regional intergubernamental. El derecho comunitario, al contrario del derecho de la integración, constituye un derecho autónomo e independiente que se sobrepone al derecho nacional de los Países Miembros. Su principal innovación es la supresión de las necesidades de su submisión al proceso de ratificación para que él sea considerado válido. En el derecho comunitario, los Países Miembros de la respectiva organización de integración regional pasan a aceptar su primacía sobre el derecho nacional. Los Países Miembros de la Unión Europea reconocen la primacía del derecho comunitario, el cual emana de una estructura institucional capaz de conferirle medios para orientar la política y la economía comunes. El derecho comunitario es una señal de que el derecho de la integración puede constituir un fenómeno introductorio rumbo a un objetivo más ambicioso, asociado a un proceso de integración regional más intenso.

Al estudiarse los aspectos institucionales de la integración regional, suele muchas veces subyarse las experiencias de la Unión Europea y del Mercosur, que son distintas. La Unión Europea tiene un proyecto supranacional, mientras el Mercosur es eminentemente intergubernamental en su concepción original. La integración regional es un fenómeno de las relaciones internacionales que no se limita a los continentes europeo y americano. Hay una tendencia de diversificación de las organizaciones de integración regional que se contraponen a la tentativa de homogeneización económica encabezada por la globalización financiera. Las organizaciones de integración regional empiezan entonces a constituir un intermediador entre los Países Miembros y la propia globalización. La Unión Africana, iniciativa de integración regional panafricana con aspiraciones supranacionales, basada en el modelo de la Unión Europea, es un paradigma importante, si llevamos en consideración que este modelo también inspira aquellos que tienen la intención de agregar a las instituciones del Mercosur un carácter supranacional. En Asia, las iniciativas de integración regional han preferido adoptar el modelo intergubernamental. La Cooperación Económica del Asia-Pacífico (APEC) y la Asociación de Naciones del Sureste Asiático (ASEAN) no tienen una proyección supranacional.

### III. EL MERCOSUR COMO OPCIÓN POLÍTICA

La Guerra Fría tuvo diferentes consecuencias en cada continente. Si, en Europa, ella significó la compartimentación del Viejo Continente en dos áreas bajo la influencia de Estados Unidos y Unión Soviética, África se tornó el escenario de conflictos fratricidas apoyados por estos dos protagonistas. La Guerra Civil de Angola duró más de un cuarto de siglo. Ella empezó luego de la independencia de Angola, en 1975. No terminó antes de 2002. Ha sido el conflicto más largo de toda la Guerra Fría. En un país que no tenía más de 10 millones de habitantes, se estima que 500 mil han perecido. La Guerra Civil de Angola

transformó un tercio de la población en refugiada, desplazándola sobretodo rumbo a la capital. En Sudamérica, más precisamente en el Cono Sur, la principal consecuencia de la Guerra Fría ha sido la ruptura democrática. Regímenes de excepción bajo autoridad militar suspendieron las garantías constitucionales, mientras combatían a los opositores al gobierno.

En este ambiente político, no se podría pensar en la formación de un bloque comercial cuyo propósito sería la promoción de la libre circulación de bienes, personas y capital entre los respectivos Países Miembros. Bajo un régimen de excepción, no hay integración política ni cultural en el interior mismo del país sometido a la dictadura. Lo que hay es un consenso artificial mantenido por el arbitrio. Siendo así, cómo lanzar un proyecto de integración política y económica? Para que el Mercosur tomara cuerpo, ha sido necesario aguardar la redemocratización del Cono Sur. Una redemocratización que no ha sido posible sin el ablandamiento de la Guerra Fría, el cual señalaba el principio de una nueva era. Los patriarcas del Mercosur, como no podría dejar de serlo, son los dos primeros presidentes democráticamente electos de Brasil y Argentina tras el fin de los regímenes de excepción del Cono Sur. El texto fundador del Mercosur no es el Tratado de Asunción (1991), sino la Declaración de Iguazú (1985).

La Declaración de Iguazú, o el Acta de Iguazú, ha sido firmada por el presidente brasileño José Sarney y su homólogo argentino Raúl Alfonsín para impulsar la integración política y económica de sus países. El sitio de la firma de este acuerdo no podría ser más simbólico. Foz de Iguazú es una ciudad brasilenã que se ubica en la llamada "Triple Frontera". La Triple Frontera es una región donde se encuentran las ciudades de Foz de Iguazú (Brasil), Puerto Iguazú (Argentina) y Ciudad del Este (Paraguay). Las fronteras de Brasil, Argentina y Paraguay son separadas por los ríos Iguazú y Paraná. El río Paraná separa Brasil de Paraguay, mientras el río Iguazú separa Brasil de Argentina. El Puente de la Amistad conecta las ciudades de Foz de Iguazú y Ciudad del Este. A su turno, el Puente Tancredo Neves conecta las ciudades de Foz de Iguazú y Puerto Iguazú. Cerca de Foz de Iguazú, se ubica la represa hidroeléctrica de Itaipú, la primera en potencia instalada del mundo. Itaipú es un emprendimiento de Brasil y Paraguay, en la frontera entre estos dos países. Durante dos regímenes de excepción del Conosur, hubo acusaciones de que la construcción de la represa hidroeléctrica de Itaipú dañaría la construcción de la represa hidroeléctrica de Yacretá-Apipé, un emprendimiento de Argentina y Paraguay.

No solamente el ablandamiento de la Guerra Fría, que contribuyó significativamente para el proceso de redemocratización del Cono Sur, sino otros factores impulsaron la adopción de la Declaración de Iguazú. Brasil y Argentina, recién salidos de regímenes de excepción, enfrentaban políticas proteccionistas en el comercio exterior y estaban asfixiados por una deuda externa aplastante. Terminado el arbitrio, los gobiernos civiles encontraron sus países prácticamente en la bancarrota. El ideal de la integración sudamericana había sido defendido por intelectuales y políticos durante décadas, sin grandes consecuencias palpables. Ahora, sería diferente. La integración regional era finalmente vislumbrada como un mecanismo para enfrentar la competencia internacional. Brasil y Argentina se integrarían para integrarse juntos al mundo. El Acuerdo sobre Cooperación Técnico-Operativa entre los Aprovechamientos de Itaipú y Corpus puso fin a las disputas por recursos naturales entre Brasil y Argentina en la Cuenca del Plata. Habían bases geopolíticas sólidas que permitieron el acercamiento de estos dos países hacia la integración regional. Ellos vivenciaban un período histórico singular. Había estabilidad política, pero no estabilidad económica. El aumento del intercambio comercial entre Brasil y Argentina sería un medio de sacarse adelante pese a todas las dificultades económicas.

La integración regional, empezando en términos bilaterales, se tornara un proyecto estratégico para contrapesar un escenario de la post-Guerra Fría que no era favorable a Sudamérica. Los Estados Unidos se volvían crecientemente hacia una parceria con los países asiáticos. La Unión Europea, a su turno, estaba más ocupada en prepararse para su expansión rumbo al este del Viejo Continente. Un espacio económico común en el Cono Sur, con la apertura de los mercados y el estímulo a la explotación de ventajas comparativas, ha sido vislumbrado como una condición esencial para incrementar la competitividad de los Países Miembros de la Declaración de Iguazú. Se consolidara la idea de que la integración regional debería servir para construir un espacio común regional por medio de la liberalización comercial. La agenda era clara. Cubría la eliminación de todos los entaves tarifarios y no tarifarios al comercio de bienes y servicios. Esta agenda no tenía una temática social, sino primariamente comercial. Los gobiernos civiles acordaron que antes de colocar en práctica un programa de distribución de ingresos, era necesario generar más ingresos con el comercio intrarregional. Esta perspectiva política cobraría su precio más adelante. Los Países Miembros de la Declaración de Iguazú encontrarían ventajas comparativas sobretudo en la exportación de productos primarios hacia países terceros. Poco sería hecho para incrementar los niveles educacionales, indispensables para agregar valor a los productos exportados. La idea de integración regional concebida por la Declaración de Iguazú evolucionó, abriéndose camino para que otros países democráticos del continente se agregaran a este nuevo espacio común. La integración regional empezó a ser entendida como un mecanismo para asegurar la continuidad democrática de los Países Miembros. Más tarde, el Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático (1998) consagraría este principio. El Mercosur de dotó entonces de la llamada “cláusula democrática”.

El Protocolo de Ushuaia es muy claro. Si un País Miembro del Mercosur adopta una forma de régimen no democrática, este país debe ser excluido de esta organización de integración regional. Para el artículo 1, “la plena vigencia de las instituciones democráticas es condición esencial para el desarrollo de los procesos de integración entre los Estados Partes del presente Protocolo”. Lo previsto en el Protocolo de Ushuaia, artículo 2, se aplica específicamente en “caso de ruptura del orden democrático”. Se prevé un proceso de evaluación de la situación política del País Miembro sobre el cual recaen acusaciones de ruptura del régimen democrático. Según el artículo 3, “toda ruptura del orden democrático en uno de los Estados Partes del presente Protocolo dará lugar a la aplicación de los procedimientos previstos en los artículos siguientes”. “En caso de ruptura del orden democrático en un Estado Parte del presente Protocolo, los demás Estados Partes promoverán las consultas pertinentes entre sí y con el Estado afectado” (artículo 4). “Cuando las consultas mencionadas en el artículo anterior resultaren infructuosas, los demás Estados Partes del presente Protocolo, en el ámbito específico de los Acuerdos de integración vigentes entre ellos, considerarán la naturaleza y el alcance de las medidas a aplicar, teniendo en cuenta la gravedad de la situación existente. Dichas medidas abarcarán desde la suspensión del derecho a participar en los distintos órganos de los respectivos procesos de integración, hasta la suspensión de los derechos y obligaciones emergentes de esos procesos” (artículo 5). El Protocolo de Ushuaia, artículo 6, establece que “las medidas previstas en el artículo 5 precedente serán adoptadas por consenso por los Estados Partes del presente Protocolo, según corresponda de conformidad con los Acuerdos de integración vigentes entre ellos, y comunicadas al Estado afectado, el cual no participará en el proceso decisorio pertinente. Esas medidas entrarán en vigencia en la fecha en que se realice la comunicación respectiva”.

Más adelante, el Protocolo, artículo 7, define que condiciones deben ser observadas para el cese de las sanciones: “Las medidas a que se refiere el artículo 5 aplicadas al Estado Parte afectado, cesarán a partir de la fecha de la comunicación a dicho Estado del acuerdo de los

Estados que adoptaron tales medidas, de que se ha verificado el pleno restablecimiento del orden democrático, lo que deberá tener lugar tan pronto ese restablecimiento se haga efectivo”.

El Tratado de Asunción es un marco en la constitución de la integración regional del Cono Sur. El es uno de los resultados de la Declaración de Iguazú, lanzando un mercado común entre Brasil, Argentina, Paraguay y Uruguay. Todos estos países vivenciaron regímenes de excepción durante la Guerra Fría, al contrario de lo que sucedió en Venezuela. Si uno lleva en consideración este pasado reciente del Cono Sur, la adopción no solamente del Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático en el Mercosur, como del posterior Protocolo de Asunción sobre Compromiso con la Promoción y Protección de los Derechos Humanos del Mercosur (2005), debe ser encarada con naturalidad. La vigencia de la democracia es condición indispensable para la propia existencia del Mercosur. El sólo tiene legitimidad mientras funcione como un factor que asegure el mantenimiento de la democracia de sus Países Miembros y de la paz entre sus Países Miembros. Los paralelismos entre el Protocolo de Ushuaia y el Protocolo de Asunción son propositalmente evidentes. La adopción de ambos Protocolos ha sido fuertemente influenciada por la tentativa de golpe de estado ocurrida en Paraguay después de su redemocratización.

El Protocolo de Asunción, artículo 1, aclara que “la plena vigencia de las instituciones democráticas y el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales son condiciones esenciales para la vigencia y evolución del proceso de integración entre las Partes”. Se establece en el artículo 2 el compromiso de los Países Miembros para la promoción de los derechos humanos: “Las Partes cooperarán mutuamente para la promoción y protección efectiva de los derechos humanos y libertades fundamentales a través de los mecanismos institucionales establecidos en el MERCOSUR”. Si la supresión del régimen democrático puede provocar la exclusión del respectivo País Miembro del Mercosur, la violación a los derechos humanos puede tener consecuencias semejantes a las previstas en el Protocolo de Ushuaia. “El presente Protocolo se aplicará en caso de que se registren graves y sistemáticas violaciones de los derechos humanos y libertades fundamentales en una de las Partes en situaciones de crisis institucional o durante la vigencia de estados de excepción previstos en los ordenamientos constitucionales respectivos. A tal efecto las demás Partes promoverán las consultas pertinentes entre sí y con la Parte afectada” (artículo 3). “Cuando las consultas mencionadas en el artículo anterior resultaren infructuosas, las demás Partes considerarán la naturaleza y el alcance de las medidas a aplicar, teniendo en cuenta la gravedad de la situación existente. Dichas medidas abarcarán desde la suspensión del derecho a participar en los distintos órganos del proceso de integración, hasta la suspensión de los derechos y obligaciones emergentes del mismo” (artículo 4). “Las medidas previstas en el artículo 4 serán adoptadas por consenso por las Partes, y comunicadas a la Parte afectada, la cual no participará en el proceso decisorio pertinente. Esas medidas entrarán en vigencia en la fecha en que se realice la comunicación respectiva a la Parte afectada” (artículo 5). “Las medidas a que se refiere el artículo 4 aplicadas a la Parte afectada, cesarán a partir de la fecha de la comunicación a dicha Parte de que las causas que las motivaron fueron subsanadas. Dicha comunicación será transmitida por las Partes que adoptaron tales medidas” (artículo 6). La defensa de la democracia y la protección a los derechos humanos requieren un esfuerzo continuo de vigilancia que no debe ser contaminado por contingencias políticas. Tanto el Protocolo de Ushuaia como el Protocolo de Asunción pueden perder su legitimidad si carecen de una operabilidad exenta e imparcial.



#### IV. EL MERCOSUR COMO REALIDAD JURÍDICA

La Declaración de Iguazú, artículo 7, identifica claramente los factores que amenazaban inviabilizar completamente las jóvenes democracias del Cono Sur: “Los presidentes coincidieron en el análisis de las dificultades por las que atraviesa la economía de la región, en función de los complejos problemas derivados de la deuda externa, del incremento de las políticas proteccionistas en el comercio internacional, del permanente deterioro de los términos del intercambio, y del drenaje de divisas que sufren las economías de los países en desarrollo”. Los regímenes democráticos recién instalados heredaron no solamente una pesada carga política, en términos sobretodo de violaciones a los derechos humanos, sino también una pesada carga económica. Uno de los caminos a seguir para aliviar estos obstáculos sería la integración regional: “Concordaron igualmente en cuanto a la urgente necesidad de que América Latina refuerce su poder de negociación con el resto del mundo, ampliando su autonomía de decisión y evitando que los países de la región continúen vulnerables a los efectos de políticas adoptadas sin su participación. Por ello, resolvieron conjugar y coordinar los esfuerzos de los respectivos gobiernos para la revitalización de las políticas de cooperación e integración entre las naciones latinoamericanas” (artículo 8). Más adelante, la Declaración de Iguazú, artículo 18, identifica el ideal comunitario: “Dentro de ese espíritu expresaron su firme voluntad política de acelerar el proceso de integración bilateral. En armonía con los esfuerzos de cooperación y desarrollo regional, expresaron su firme convicción de que esta tarea debe ser profundizada por los gobiernos con la indispensable participación de todos los sectores de sus comunidades nacionales, a quienes convocaron a unirse a este esfuerzo, ya que cabe también a ellos explorar nuevos caminos en la búsqueda de un espacio económico regional latinoamericano”.

Si la Declaración de Iguazú es el marco que lanzó el Mercosur, su fundación jurídica debe ser sin duda atribuida al Tratado de Asunción, del 26 de marzo de 1991. El período de cinco años que transcurrió entre la firma de la Declaración de Iguazú y del Tratado de Asunción ha sido muy importante en términos de historia mundial. En estos cinco años, la Guerra Fría entre Estados Unidos y Unión Soviética se acabó. El Muro de Berlín se cayó el 9 de noviembre de 1989. La Alemania se reunificó en el 3 de octubre de 1990. En el 26 de diciembre de 1991, la Unión Soviética ha sido disuelta. En un mundo nuevo, los países del Cono Sur concedieron en el Tratado de Asunción el Mercado Común del Sur (Mercosur).

En el artículo 1 del Tratado de Asunción, están fijados los principales fundamentos del Mercado Común:

- La libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países, a través, entre otros, de la eliminación de los derechos aduaneros y restricciones no arancelarias a la circulación de mercaderías y de cualquier otra medida equivalente;
- El establecimiento de un arancel externo común y la adopción de una política comercial común con relación a terceros Estados o agrupaciones de Estados y la coordinación de posiciones en foros económicos-comerciales regionales e internacionales;
- La coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales entre los Estados Partes: de comercio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetaria, cambiaria y de capitales, de servicios, aduanera, de transportes y comunicaciones y otras que se acuerden, a fin de asegurar condiciones adecuadas de competencia entre los Estados Partes; y
- El compromiso de los Estados Partes de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes, para lograr el fortalecimiento del proceso de integración.

No hay en el artículo 1 ninguna referencia a instituciones supranacionales. Al contrario, la expresión más fuerte a la cual el artículo 1 remite es “coordinación”. “La coordinación de posiciones en foros económicos-comerciales regionales e internacionales”. “La coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales entre los Estados Partes”. Para que haya coordinación, es necesario que haya cooperación entre los Países Miembros. Cooperación entre gobiernos. El Mercosur entonces se caracteriza en el artículo 1 del Tratado de Asunción como una organización de integración regional intergubernamental. Si se prefiera, una organización de integración regional interpresidencial. Esta característica confiere más maleabilidad al Mercado Común del Sur, pero también no deja de atribuirle potencialmente más inestabilidad. Si no hay instituciones supranacionales en el bloque, si el Mercosur es una organización de integración regional interpresidencial, la dinámica de la integración es dependiente de la comprensión y entrosamiento que exista entre los respectivos presidentes de la República. Si no hay una comprensión y un entrosamiento razonable entre estos presidentes, el margen para la debilitación de la dinámica del proceso de integración es patente. La estructura del Mercosur como una organización de integración regional intergubernamental ha sido confirmada por el Protocolo de Ouro Preto (1994), el Protocolo Adicional al Tratado de Asunción sobre la Estructura Institucional del Mercosur, el cual estableció sus bases institucionales. El sistema de toma de decisiones es necesariamente consensual. Técnicamente, no es prevista la toma de decisiones por mayoría simple ni cualificada: “Las decisiones de los órganos del Mercosur serán tomadas por consenso y con la presencia de todos los Estados Partes” (artículo 37). El Protocolo de Ouro Preto, artículo 34, reconoció la personalidad jurídica de Derecho Internacional del Mercosur, atribuyéndole competencia para negociar, en nombre propio, acuerdos con países terceros, grupos de países y organizaciones internacionales.

Los dos órganos principales del Mercosur, que fomentan el proceso de integración regional, son el Consejo del Mercado Común y el Grupo Mercado Común. Son ellos que comandan la consecución de los objetivos determinados por el Tratado de Asunción. Estas dos instituciones fundamentales son instituciones intergubernamentales, interpresidenciales. Ellas, estrictamente hablando, no tienen ni una sede propia ni personal propio. El Consejo del Mercado Común y el Grupo Mercado Común son órganos cuyo personal, tanto jefes como subordinados, pertenecen a la Administración Pública de los respectivos Países Miembros. Más específicamente, a la Presidencia de la República y a los Ministerios de los Países Miembros del Mercado Común del Sur. Ellos se reúnen periódicamente con la intención de impulsar el proceso de integración regional basado en lo previsto originariamente en el Tratado de Asunción.

Para el Protocolo de Ouro Preto, el Consejo del Mercado Común es el ápice de la estructura institucional del Mercosur: “El Consejo del Mercado Común es el órgano superior del Mercosur al cual incumbe la conducción política del proceso de integración y la toma de decisiones para asegurar el cumplimiento de los objetivos establecidos por el Tratado de Asunción y para alcanzar la constitución final del mercado común” (artículo 3). La composición del Consejo del Mercado Común, como no podría dejar de serlo, es eminentemente intergubernamental: “El Consejo del Mercado Común estará integrado por los Ministros de Relaciones Exteriores; y por los Ministros de Economía, o sus equivalentes, de los Estados Partes” (artículo 4). Más que intergubernamental, interpresidencial. Los Ministros son nombrados y libremente despedibles por los Presidentes de la República. Aquellos siguen las directrices establecidas por estos mandatarios. En las reuniones del Consejo del Mercado Común, los Presidentes de la República deben estar presentes al menos dos veces por año: “El Consejo del Mercado Común se reunirá todas las veces que lo estime oportuno, debiendo hacerlo por lo menos una vez por semestre con la participación de los Presidentes de los

Estados Partes” (artículo 6). El Consejo del Mercado Común funciona de hecho como un órgano presidencial colegiado, compuesto por una pluralidad de representantes y titulares de las Presidencias de la República. El Protocolo de Ouro Preto, artículo 8, prevé tres atribuciones del Consejo del Mercado Común que le atribuyen la supremacía en la conducción del proceso de integración regional: “Son funciones y atribuciones del Consejo del Mercado Común: I - Velar por el cumplimiento del Tratado de Asunción, de sus Protocolos y de los acuerdos firmados en su marco; II - Formular políticas y promover las acciones necesarias para la conformación del mercado común; III - Ejercer la titularidad de la personalidad jurídica del Mercosur”. El Mercado Común del Sur existe, pero su existencia es dependiente en última instancia de la voluntad de los Presidentes de la República de sus Países Miembros. Si el Mercosur depende de la voluntad de estos mandatarios para que siga su destino de profundizar la integración regional entre los respectivos Estados Partes, uno podría afirmar que el Mercosur en cuanto tal no tiene voluntad propia.

El Grupo Mercado Común es el brazo ejecutivo del Consejo del Mercado Común. El Protocolo de Ouro Preto, artículo 10, le reconoce específicamente esta atribución: “El Grupo Mercado Común es el órgano ejecutivo del Mercosur”. El Consejo del Mercado Común elabora las directrices políticas, al Grupo Mercado Común le cabe ejecutarlas. Uno podría imaginarse el Consejo del Mercado Común como la presidencia del Mercado Común del Sur, mientras el Grupo Mercado Común es su gabinete de ministros. Los miembros del Grupo Mercado Común, como no podría dejar de serlo en una organización de integración regional intergubernamental, también pertenecen a la Administración Pública de los Países Miembros: “El Grupo Mercado Común estará integrado por cuatro miembros titulares y cuatro miembros alternos por país, designados por los respectivos Gobiernos, entre los cuales deben constar obligatoriamente representantes de los Ministerios de Relaciones Exteriores de los Ministerios de Economía (o equivalentes) y de los Bancos Centrales. El Grupo Mercado Común será coordinado por los Ministerios de Relaciones Exteriores” (artículo 11). Al contrario de lo que es previsto para el Consejo del Mercado Común, no se establece en el Protocolo de Ouro Preto, artículo 13, una periodicidad específica para las reuniones del Grupo Mercado Común: “El Grupo Mercado Común se reunirá de manera ordinaria o extraordinaria, tantas veces como fuere necesario, en las condiciones establecidas en su Reglamento Interno”. El Protocolo de Ouro Preto, artículo 14, destaca el rol del Grupo Mercado Común como brazo ejecutivo del Consejo del Mercado Común: “Son funciones y atribuciones del Grupo Mercado Común: I- Velar, dentro de los límites de su competencia por el cumplimiento del Tratado de Asunción, de sus Protocolos y de los acuerdos firmados en su marco; II- Proponer proyectos de Decisión al Consejo del Mercado Común; III- Tomar las medidas necesarias para el cumplimiento de las Decisiones adoptadas por el Consejo del Mercado Común”.

El Parlamento del Mercosur recién instalado, empezando a funcionar el 7 de mayo de 2007, tampoco confiere a esta organización de integración regional una proyección supranacional. El Parlamento no tiene “funciones y atribuciones” decisorias típicas de un Parlamento nacional. El no elabora leyes de cumplimiento obligatorio a los ciudadanos de los Países Miembros del Mercado Común del Sur. Ha sido elaborado como un órgano autónomo e independiente. Para que funcione de esta manera, será necesario verificar si los parlamentares del Mercosur actuarán como representantes de los intereses de los Países Miembros de los cuales ellos provienen, o como representantes de los intereses del Mercosur. Un dato que no debe dejar de ser llevado en consideración es que la única organización de integración regional del mundo con una efectiva proyección supranacional, la Unión Europea, tiene como Países Miembros democracias parlamentarias. Los Países Miembros del Mercosur, al contrario, no son democracias parlamentarias, sino repúblicas presidencialistas en las cuales los respectivos Parlamentos tampoco ejercen de manera indiscutible las “funciones y

atribuciones” decisorias típicas de un Parlamento. En los Países Miembros del Mercosur, los Parlamentos muchas veces casi no legislan. Es el Poder Ejecutivo que por medio de decretos o instrumentos jurídicos semejantes asume muchas veces el protagonismo de la actividad legislativa. A los Parlamentos les cabe frecuentemente dar el beneplácito a iniciativas legislativas que no tuvieran su origen ni en la Cámara de Diputados ni en el Senado. Si la dinámica nacional funciona de esta manera, es difícil imaginarse que la dinámica comunitaria funcionará de otra manera.

Quizás la mayor importancia del Parlamento del Mercosur residirá en su rol de instancia investigadora del cumplimiento de los derechos humanos en los Países Miembros. El Protocolo Constitutivo del Parlamento del Mercosur (2005), artículo 4, establece: “El Parlamento tendrá las siguientes competencias: (...) 2. Velar por la preservación del régimen democrático en los Estados Partes, de conformidad con las normas del MERCOSUR, y en particular con el Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático en el MERCOSUR, la República de Bolivia y la República de Chile. 3. Elaborar y publicar anualmente un informe sobre la situación de los derechos humanos en los Estados Partes, teniendo en cuenta los principios y las normas del MERCOSUR”. Esta atribución del Parlamento del Mercosur, por más bien intencionada que sea, puede revelarse ineficaz. Los principales responsables por violaciones a los derechos humanos son los Gobiernos que, por acción u omisión, permiten que los derechos humanos sean descumplidos. Para que el Parlamento del Mercosur asuma esta “función y atribución”, será necesario que los miembros del Parlamento del Mercosur desarrollen una actividad profesional que se desprenda de los intereses de los países de los cuales ellos son provenientes. Un mecanismo efectivo de vigilancia del cumplimiento de los derechos humanos mantenido por una organización internacional es el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Grupos de trabajo compuestos por expertos independientes examinan y vigilan la situación de los derechos humanos en países específicos o fenómenos importantes de violación a los derechos humanos en el mundo. Los expertos informan públicamente a la comunidad internacional al respecto de las violaciones ocurridas. Si los expertos estuvieran vinculados a un Gobierno cualquiera, no sería plausible esperar imparcialidad de sus trabajos.

El Parlamento del Mercosur no elabora leyes, normas jurídicas de cumplimiento obligatorio. Al contrario, el Parlamento del Mercosur aprueba proyectos de leyes que deberán ser sometidos a la aprobación de los Parlamentos de los Países Miembros. El Protocolo Constitutivo del Parlamento del Mercosur, artículo 4, prevé específicamente: “El Parlamento tendrá las siguientes competencias: (...) 12. Con el fin de acelerar los procedimientos internos correspondientes de entrada en vigor de las normas en los Estados Partes, el Parlamento elaborará dictámenes sobre todos los proyectos de normas del MERCOSUR que requieran aprobación legislativa en uno o varios Estados Partes, en un plazo de noventa días (90) de efectuada la consulta. Dichos proyectos deberán ser enviados al Parlamento por el órgano decisorio del MERCOSUR, antes de su aprobación. Si el proyecto de norma del MERCOSUR es aprobado por el órgano decisorio, de conformidad con los términos del dictamen del Parlamento, la norma deberá ser remitida por cada Poder Ejecutivo nacional al Parlamento del respectivo Estado Parte, dentro del plazo de cuarenta y cinco (45) días, contados a partir de dicha aprobación. En caso que la norma aprobada no estuviera en conformidad con el dictamen del Parlamento, o si éste no se hubiere expedido en el plazo mencionado en el primer párrafo del presente numeral, la misma seguirá su trámite ordinario de incorporación. Los Parlamentos nacionales, según los procedimientos internos correspondientes, deberán adoptar las medidas necesarias para la instrumentación o creación de un procedimiento preferencial para la consideración de las normas del MERCOSUR que hayan sido adoptadas de conformidad con los términos del dictamen del Parlamento,

mencionado en el párrafo anterior. El plazo máximo de duración del procedimiento previsto en el párrafo precedente, será de hasta ciento ochenta (180) días corridos, contados a partir del ingreso de la norma al respectivo Parlamento nacional. Si dentro del plazo de ese procedimiento preferencial el Parlamento del Estado Parte rechaza la norma, ésta deberá ser reenviada al Poder Ejecutivo para que la presente a la reconsideración del órgano correspondiente del MERCOSUR". Los Parlamentos de los Países Miembros tienen el derecho de rechazar las normas propuestas por el Parlamento del Mercosur.

El Poder Judicial del Mercosur tiene dos instancias. Los Tribunales *Ad Hoc*, constituidos para un caso concreto específico, resuelven el conflicto en primera instancia con un laudo. El Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur, en caso de recurso de las partes de un caso concreto específico sometido a un Tribunal *Ad Hoc*, tiene el poder de revisar el laudo para verificar si él posee errores jurídicos. El Tribunal Permanente de Revisión también puede resolver directamente un caso específico si las partes lo solicitan, sin que sea necesario someter el caso a un Tribunal *Ad Hoc*. El Poder Judicial del Mercosur, en esta configuración, ha sido creado por el Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias (2002). El Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur atiende reclamos contra los Países Miembros del Mercosur por incumplimiento de las normas del Mercosur. Los demandantes pueden ser tanto un País Miembro como un particular, persona física o jurídica. El Protocolo de Olivos, artículo 26, establece la obligatoriedad de los laudos: "1. Los laudos de los Tribunales Arbitrales *Ad Hoc* son obligatorios para los Estados Partes en la controversia a partir de su notificación y tendrán, con relación a ellos, fuerza de cosa juzgada si transcurrido el plazo previsto en el Artículo 17.1 para interponer el recurso de revisión, éste no fuere interpuesto. 2. Los laudos del Tribunal Permanente de Revisión son inapelables, obligatorios para los Estados Partes en la controversia a partir de su notificación y tendrán, con relación a ellos, fuerza de cosa juzgada". Y, más adelante, en el artículo 27, se prevé la obligación del cumplimiento de los laudos: "Los laudos deberán ser cumplidos en la forma y con el alcance con que fueron dictados. La adopción de medidas compensatorias en los términos de este Protocolo no exime al Estado parte de su obligación de cumplir el Laudo".

Se ha conferido entonces a los laudos de los Tribunales Arbitrales *Ad Hoc* y del Tribunal Permanente de Revisión una proyección de supranacionalidad que los proyectos de leyes del Parlamento del Mercosur no poseen. Los laudos de los Tribunales Arbitrales *Ad Hoc* y del Tribunal Permanente de Revisión son decisiones judiciales revestidas de obligatoriedad. No necesitarían ser homologados por la instancia judicial máxima de los Países Miembros a los cuales ellos se dirigen. Las normas propuestas por el Parlamento del Mercosur, al contrario, son proyectos de ley comunitarios que deben ser homologados, aprobados, por los Parlamentos de los Países Miembros. En los Países Miembros, no obstante, puede ocurrir que las instancias máximas de los Poderes Judiciales se consideren solamente a sí mismas como teniendo el derecho de analizar y decidir un caso en concreto. La Constitución de Brasil, artículo 5, estipula: "Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el País la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la propiedad, en los siguientes términos: (...) XXXV - la ley no excluirá de la apreciación del Poder Judicial la lesión o la amenaza de derechos". Primero, de que Poder Judicial se está hablando? Del Poder Judicial brasileño? Si éste es caso, los laudos de los Tribunales Arbitrales *Ad Hoc* y del Tribunal Permanente de Revisión tendrían que ser homologados en Brasil para que puedan ser ejecutados en el territorio brasileño. Para la Constitución brasileña, artículo 1: "La República Federal del Brasil, formada por la unión indisoluble de los Estados y Municipios y del Distrito Federal, se constituye en Estado Democrático de Derecho y tiene como fundamentos: I - la soberanía".

El párrafo único del artículo 4 de la Constitución, por otro lado, establece: “La República Federativa del Brasil buscará la integración económica, política, social y cultural de los pueblos de América Latina, con vistas a la formación de una comunidad latinoamericana de naciones”. No se ha previsto, no obstante, que esta “comunidad latinoamericana de naciones” podría tener una dimensión supranacional. Si los Países Miembros del Mercosur pretenden caminar hacia la formación de una organización de integración regional supranacional, sería recomendable que ellos reformen sus Constituciones para que ellas reconozcan explícitamente la dimensión supranacional del Mercado Común del Sur. *Pari passu*, los Países Miembros del Mercosur tendrían también que reformar las instituciones políticas de esta organización de integración regional para que ellas se revistan del carácter de la supranacionalidad. Esto significaría la superación del modelo de integración intergubernamental, interpresidencial. Significaría también una pérdida significativa de poder de la parte de los mandatarios de los Países Miembros. Como éstos son repúblicas presidencialistas, se supone que el Mercosur tendría de la misma manera un régimen presidencialista. Y, como en todo régimen presidencialista, el mandatario podría asumir un protagonismo político sin grande oposición. El presidencialismo es un fenómeno eminentemente estadounidense y latinoamericano.

La Unión Europea es una organización de integración regional cuyos Países Miembros siguen el régimen parlamentarista. Al Mercosur le cabría la alternativa de adoptar una proyección supranacional fundamentada en el presidencialismo.

El Tratado de Asunción, artículo 1, al crear el Mercado Común del Sur, ha previsto, como lo hemos subrayado anteriormente, que este Mercado Común implicaría: “La libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países, a través, entre otros, de la eliminación de los derechos aduaneros y restricciones no arancelarias a la circulación de mercaderías y de cualquier otra medida equivalente”. Este es el requisito fundamental para que exista una zona de libre comercio. Más adelante, el artículo 1 prevé que el Mercado Común también resultaría en: “El establecimiento de un arancel externo común y la adopción de una política comercial común con relación a terceros Estados o agrupaciones de Estados y la coordinación de posiciones en foros económico-comerciales regionales e internacionales”, fundamento de cualquier unión aduanera. Enseguida, el Tratado de Asunción, en el mismo artículo 1, establece las bases para la creación de un mercado común: “La coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales entre los Estados Partes: de comercio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetaria, cambiaria y de capitales, de servicios, aduanera, de transportes y comunicaciones y otras que se acuerden, a fin de asegurar condiciones adecuadas de competencia entre los Estados Partes”. El Mercosur, no obstante, no puede todavía ser considerado ni una zona de libre comercio perfecta ni una unión aduanera completa. Hay productos que no pueden circular con total libertad entre los Países Miembros sin que ellos sean sometidos a “derechos aduaneros”. Por otro lado, también hay productos que son importados de países terceros por algunos Países Miembros con aranceles diferenciados. Estas excepciones existen, pero son minoritarias.

## V. LA ADHESIÓN DE VENEZUELA AL MERCOSUR

El Mercosur no ha sido concebido para incluir apenas los Países Miembros originarios, Brasil, Argentina, Paraguay y Uruguay. Ni tampoco exclusivamente los países que hacen parte del Cono Sur. La Constitución brasileña, por ejemplo, como lo hemos subrayado, reitera, en el artículo 4, párrafo único: “La República Federativa del Brasil buscará la integración económica, política, social y cultural de los pueblos de América Latina, con vistas a la formación de una comunidad latinoamericana de naciones”. El Tratado de Asunción, artículo 1, también aclara: “Los Estados Partes deciden constituir un Mercado

Común, que deberá estar conformado al 31 de diciembre de 1994, el que se denominará “Mercado Común del Sur” (MERCOSUR)”. La denominación “Mercado Común del Sur” no remite siquiera a los países de Sudamérica, ni de Latinoamérica. El Mercado Común del Sur, si se tiene en cuenta solamente esta denominación, podría aceptar como Países Miembros Sudáfrica, o otros países del llamado “Sur” en desarrollo, en oposición al “Norte” desarrollado.

No se puede olvidar, no obstante, que el Mercosur corresponde a un proyecto de integración geoestratégico. Primeramente, de Sudamérica. Secundariamente, de Latinoamérica. En razón de esto, el Mercosur está abierto a la incorporación de otros países, con el status de País asociado o de País Miembro.

Por medio de acuerdos de complementación económica, se establece el status de País asociado al Mercosur. El Mercosur, de hecho, celebra acuerdos de complementación económica con cada País asociado. Estos acuerdos tienen como objetivo sobretudo asegurar la libre circulación de bienes y servicios, constituyendo un factor de expansión del intercambio comercial entre los Países Miembros y el País asociado. La denominación “acuerdos de complementación económica” se debe al hecho de que, con la libre circulación de bienes y servicios, se espera que haya una complementación e integración de las economías de los respectivos países. Se establece con tales acuerdos un espacio económico ampliado para facilitar la libre circulación de bienes y servicios, con la reducción de tarifas arancelarias. Los Países asociados participan en la calidad de invitados de las reuniones de los órganos del Mercosur. Ellos también son instados a firmar acuerdos sobre cuestiones específicas que fomenten el proceso de integración. El status de País asociado puede ser interpretado como una etapa preliminar al de País Miembro.

El Mercosur ha celebrado los siguientes acuerdos de complementación económica con países de Sudamérica:

- Acuerdo de Complementación Económica Mercosur-Chile;
- Acuerdo de Complementación Económica Mercosur-Bolivia;
- Acuerdo de Complementación Económica Mercosur-Perú; y
- Acuerdo de Complementación Económica Mercosur-Colombia, Ecuador y Venezuela.

Con respecto a la adhesión al Mercosur como País Miembro, el Tratado de Asunción, artículo 20, determina: “El presente Tratado estará abierto a la adhesión, mediante negociación, de los demás Países Miembros de la Asociación Latinoamericana de Integración, cuyas solicitudes podrán ser examinadas por los Estados Partes después de cinco años de vigencia de este Tratado”. Más adelante, el mismo artículo 20 prevé: “La aprobación de las solicitudes será objeto de decisión unánime de los Estados Partes”. “Los demás Países Miembros de la Asociación Latinoamericana de Integración” no se tornan Estados Partes del Mercosur por medio de acuerdos de complementación económica, sino con la celebración de protocolos. Los acuerdos complementarios al Tratado de Asunción, la norma institucional básica del Mercosur, se llaman “protocolos”. Ellos, los protocolos, en la calidad de acuerdos internacionales, necesitan ser aprobados unánimemente por los Países Miembros del Mercosur en un proceso de internacionalización normativa para que sean considerados válidos.

El Protocolo de Adhesión al Mercosur, del 4 de julio de 2006, aprobó el ingreso de Venezuela como País Miembro a esta organización de integración regional. En el artículo 1, el Protocolo establece: “La República Bolivariana de Venezuela adhiere al Tratado de Asunción, al Protocolo de Ouro Preto, al Protocolo de Olivos para Solución de Controversias

del MERCOSUR, que figuran como anexos I, II y III, respectivamente, en los términos establecidos en el artículo 20 del Tratado de Asunción”. Para el artículo 2, “el mecanismo de solución de controversias establecido en el Protocolo de Olivos se aplicará a la República Bolivariana de Venezuela en las controversias relacionadas con las normas de MERCOSUR anteriores a la vigencia del presente Protocolo, a medida que la República Bolivariana de Venezuela adopte progresivamente dichas normas”. De esta manera, se asegura la aplicación de las “normas de Mercosur” hasta mismo con relación a las controversias generadas al largo del proceso de adhesión.

“La República Bolivariana de Venezuela adoptará el acervo normativo vigente del MERCOSUR, en forma gradual, a más tardar cuatro años contados a partir de la fecha de entrada en vigencia del presente instrumento. A estos efectos, el Grupo de Trabajo creado en el Artículo 11 de este Protocolo, establecerá el cronograma de adopción de dicha normativa. Las normas MERCOSUR que a la fecha de entrada en vigencia del presente instrumento estén en trámite de incorporación, entrarán en vigencia con la incorporación al ordenamiento jurídico interno de los Estados Partes originales del MERCOSUR. La adopción por parte de la República Bolivariana de Venezuela de tales normas, se realizará en los términos del párrafo anterior.” (artículo 3). “A más tardar cuatro años contados a partir de la fecha de entrada en vigencia del presente instrumento, la República Bolivariana de Venezuela adoptará la Nomenclatura Común del MERCOSUR (NCM) y el Arancel Externo Común (AEC). A estos efectos, el Grupo de Trabajo creado en el Artículo 11 de este Protocolo establecerá el cronograma de adopción del AEC contemplando las eventuales excepciones al mismo de acuerdo con las normas pertinentes del MERCOSUR” (artículo 4). El Arancel Externo Común sin duda es el fundamento de cualquier unión aduanera.

El Protocolo de Adhesión de Venezuela al Mercosur, artículo 5, estipula los plazos para alcanzar el libre comercio entre Venezuela y los Países Miembros originales del Mercosur. Los plazos máximos para el comercio entre Venezuela y Brasil, con la excepción de los productos sensibles, “en los que el plazo podrá extenderse hasta el 1 de enero de 2014”, son los siguientes:

- Brasil a Venezuela: 1 de enero de 2010;
- Venezuela a Brasil: 1 de enero de 2012.

El artículo 5 aún dispone: “Durante el período de transición del programa de liberalización comercial y hasta tanto la República Bolivariana de Venezuela adopte el Régimen de Origen del MERCOSUR, se aplicará el Régimen de Origen previsto en el Acuerdo de Complementación Económica N° 59”, firmado entre el Mercosur y la Comunidad Andina. “A más tardar el 1 de enero de 2014 quedarán sin efecto las normas y disciplinas previstas en el Acuerdo de Complementación Económica N° 59 para la relación entre las Partes” (artículo 6). Hasta esta fecha, el proceso de adhesión de Venezuela al Mercosur deberá estar completado. El artículo 7 prevé que “el Grupo de Trabajo creado en el Artículo 11 de este Protocolo definirá las condiciones y los cursos de acción a ser negociados con los terceros países o grupos de países involucrados para la adhesión, por parte de la República Bolivariana de Venezuela, a los instrumentos internacionales y Acuerdos celebrados con los mismos en el marco del Tratado de Asunción”.

Esta adhesión es fundamental para que “los instrumentos internacionales y Acuerdos” celebrados por el Mercosur con países terceros incorporen a Venezuela. Así, los compromisos asumidos internacionalmente por el Mercosur comprenderán a todos los respectivos Países Miembros.



Para el artículo 10, “a partir de la fecha de la entrada en vigencia del presente Protocolo, la República Bolivariana de Venezuela adquirirá la condición de Estado Parte y participará con todos los derechos y obligaciones en el MERCOSUR de conformidad con el artículo 2 del Tratado de Asunción y los términos del presente Protocolo”. El artículo 2 del Tratado de Asunción dispone: “El Mercado Común estará fundado en la reciprocidad de derechos y obligaciones entre los Estados Partes”. Todos los Países Miembros deben participar de los derechos y deberes establecidos por la normativa del Mercosur.

Para que el Protocolo de Adhesión de Venezuela al Mercosur sea considerado válido, es necesario que él sea aprobado internamente por Brasil, Argentina, Paraguay y Uruguay. “El presente Protocolo, instrumento adicional al Tratado de Asunción, entrará en vigencia el trigésimo día contado a partir de la fecha de depósito del quinto instrumento de ratificación” (artículo 12). Esos países tienen que aprobar internamente aquel Protocolo de acuerdo con lo previsto en sus Constituciones a respecto de la incorporación de tratados internacionales a su orden jurídico. El Parlamento argentino ya aprobó el ingreso de Venezuela al Mercosur. El Congreso uruguayo también ha aprobado el ingreso de Venezuela.<sup>2</sup>

## VI. LA APROBACIÓN DE ACUERDOS INTERNACIONALES EN BRASIL

La aprobación de acuerdos internacionales en Brasil sigue un trámite que involucra el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo. Hay, en Brasil, un sistema que no es sencillo para la aprobación de estos acuerdos. La terminología utilizada para la denominación de acuerdo internacional no importa mucho para que él sea o no sometido a este sistema de aprobación. Lo que importa es que el acuerdo haya sido celebrado entre personas jurídicas de Derecho Internacional y que sea regido por éste. La terminología utilizada, de hecho, es indiferente. La llamada incorporación de “acuerdos internacionales” por el derecho brasileño ocurre por medio de actos complejos que comprenden la participación de varios agentes políticos. La aprobación de acuerdos internacionales en Brasil no es un acto solamente jurídico, sino también político.

La aprobación de acuerdos internacionales obedece resumidamente al siguiente trámite:

- Celebración del acuerdo internacional por el Presidente de la República o por sus representantes;
- Aprobación del acuerdo internacional por el Congreso Nacional, con un decreto legislativo;
- Ratificación del acuerdo internacional por el Presidente de la República, con el depósito del instrumento respectivo;
- Promulgación del acuerdo internacional por el Presidente de la República, con un decreto presidencial.

Todos estos procedimientos son indispensables para la aprobación, incorporación y vigencia de acuerdos internacionales en el orden jurídico brasileño. La Constitución brasileña establece un delicado equilibrio entre el Presidente de la República y el Congreso Nacional en términos de tratados internacionales. No se puede olvidar que la actual Constitución brasileña, aprobada tras la redemocratización de la década de 80, tiene mismo rasgos

---

2 COMISIÓN brasileña aprueba ingreso de Venezuela a Mercosur. Disponible en: <<http://www.rnv.gov.br/noticias/?act=ST&f=4&t=54996>>. Acceso en: 12 oct. 2007.

parlamentaristas. No mucho después de la aprobación de esta Constitución, hubo en Brasil un plebiscito en el cual la población tuvo la oportunidad de optar por el régimen parlamentarista. Los Presidentes de la República que asumieron el poder tras la aprobación de la actual Constitución nunca tuvieron mayoría entre los representantes del Congreso Nacional. Los representantes del gobierno han sido siempre minoritarios. Los gobiernos han sido siempre gobiernos de coalición, con pactos ni siempre estables entre el partido gubernista y partidos de oposición en el Congreso Nacional. Como no podría entonces dejar de serlo, la Constitución brasileña contempla la necesidad de ser un equilibrio de voluntades entre el Presidente de la República y el Congreso Nacional para la aprobación de acuerdos internacionales. El artículo 84 establece: “Compete privativamente al Presidente de la República: (...) VIII - celebrar tratados, convenciones y actos internacionales, sujetos a referendo del Congreso Nacional”. El artículo 49, a su turno, determina: “Es de competencia exclusiva del Congreso Nacional: I - resolver definitivamente sobre tratados, acuerdos o actos internacionales que acarreen encargos o compromisos gravosos para el patrimonio nacional”. El Presidente de la República puede celebrar un acuerdo internacional, pero él no podrá ratificarlo sin la anterior aprobación del Congreso Nacional. Para que el acuerdo internacional sea aprobado por el Congreso Nacional, es necesario que el Presidente de la República construya una mayoría favorable a tal aprobación tanto en la Cámara de Diputados como en el Senado.

#### VII. LA APROBACIÓN DE VENEZUELA COMO PAÍS MIEMBRO DEL MERCOSUR EN BRASIL

El Protocolo de Adhesión de Venezuela al Mercosur, como todos los “tratados, convenciones y actos internacionales”, está sujeto a “referendo del Congreso Nacional” (Constitución Federal, artículo 84, apartado VIII). Como acabamos de subrayar: “Es de competencia exclusiva del Congreso Nacional: I - resolver definitivamente sobre tratados, acuerdos o actos internacionales que acarreen encargos o compromisos gravosos para el patrimonio nacional” (Constitución Federal, artículo 49). En el Congreso Nacional, el análisis empieza por la Cámara de Diputados. Antes de llegar al Plenario de Cámara de Diputados, él tiene que ser sometido a la aprobación de la Comisión de Constitución y Justicia y de Ciudadanía y de la Comisión de Relaciones Exteriores y de Defensa Nacional de la misma Cámara de Diputados. Los informes de las Comisiones no resultan en el archivamiento definitivo del acuerdo internacional.<sup>3</sup>

Para que el Protocolo de Adhesión de Venezuela al Mercosur llegue a ser sometido a la aprobación del Senado, él debe ser aprobado por la Cámara de Diputados. En caso de no aprobación, el Senado no puede revertir la situación. La tramitación en el Senado es idéntica a la de la Cámara de Diputados. La Comisión de Constitución, Justicia y Ciudadanía y la Comisión de Relaciones Exteriores y Defensa Nacional del Senado deben examinar el

---

3 El Reglamento Interno de la Cámara de Diputados, artículo 24, determina: “A las Comisiones Permanentes, en razón de la materia de su competencia, y a las demás Comisiones, en lo que les sea aplicable, cabe: (...) II - discutir y votar proyectos de ley, dispensada la competencia del Plenario, salvo lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 132 y exceptuados los proyectos: (...) e) relativos a materia que no pueda ser objeto de delegación, consonante con el párrafo 1 del artículo 68 de la Constitución Federal”. Para el artículo 68, párrafo 1, de la Constitución Federal: “No serán objeto de delegación los actos de competencia exclusiva del Congreso Nacional”. “Es de competencia exclusiva del Congreso Nacional: I - resolver definitivamente sobre tratados, acuerdos o actos internacionales que acarreen encargos o compromisos gravosos para el patrimonio nacional” (Constitución Federal, artículo 49).

Protocolo. Si el Protocolo de Adhesión de Venezuela al Mercosur logra la aprobación del Senado, el Congreso Nacional adopta un decreto legislativo. Si el Senado rechaza el Protocolo, ni la Cámara de Diputados ni el Presidente de la República pueden revertir este rechazo.

Hasta el momento, el Protocolo de Adhesión de Venezuela al Mercosur logró la aprobación de la Comisión de Relaciones Exteriores y de Defensa Nacional de la Cámara de Diputados. En el respectivo informe, se planteó que “la adhesión de Venezuela al MERCOSUR no tiene nada de intempestiva y tampoco resulta de una decisión política sin substrato económico, comercial e histórico”.<sup>4</sup> Así, el informe concluye que “el Protocolo en discusión va al encuentro de los intereses mayores de los Estados Partes del MERCOSUR. Específicamente en relación a los intereses de Brasil, acreditamos que la adhesión de Venezuela al Mercosur, más allá de ampliar el protagonismo internacional de ese bloque económico en foros extranjeros de negociación, aumentará las exportaciones de nuestra industria, generando empleo y ingreso, creará fuentes alternativas de energía, principal obstáculo al nuestro crecimiento sostenido, y promoverá acciones conjuntas más significativas que tengan como objetivo el desarrollo de la Región Amazónica”.<sup>5</sup> La Comisión de Constitución y Justicia y de Ciudadanía de la Cámara de Diputados, como su propia denominación lo revela, examina sobretodo aspectos constitucionales. No ofrece obstáculos a la aprobación de acuerdos internacionales, salvo si ocurre alguna inconstitucionalidad.

#### VIII. CONCLUSIÓN

La consolidación y la ampliación del Mercosur es un objetivo estratégico, una política de Estado de todos los Países Miembros de esta organización de integración regional. La adhesión de Venezuela al Mercosur puede contribuir para ampliar el protagonismo de este bloque económico en foros de negociación internacionales. Las exportaciones de los Países Miembros del Mercosur podrán ser incrementadas.

El Protocolo de Adhesión ha creado un Grupo de Trabajo que debería especificar el cronograma de adopción de la parte de Venezuela del conjunto de normas del Mercosur, del Arancel Externo Común (AEC), del programa de liberalización comercial y de los acuerdos comerciales firmados por el Mercosur. Este Grupo de Trabajo no ha logrado presentar un informe conclusivo sobre la mayoría de tales cuestiones técnicas. Los siguientes aspectos no han sido completamente resueltos:

- El cronograma de adhesión de Venezuela a la normativa del Mercosur, con indicación de plazos;
- El cronograma de adhesión de Venezuela al Arancel Externo Común (TEC), con la lista de los productos para cada etapa del proceso de esta adhesión;
- Los cronogramas para la implementación del libre comercio entre Venezuela y Brasil; y
- El método de adhesión de Venezuela a los acuerdos negociados con países terceros.

---

4 BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional. Mensagem n. 82, de 2007 (Do Poder Executivo). Submete à consideração do Congresso Nacional o texto do Protocolo de Adesão da República Bolivariana da Venezuela ao MERCOSUL, assinado em Caracas, em 4 de julho de 2006, pelos Presidentes dos Estados Partes do MERCOSUL e da Venezuela. Parecer do Relator, Deputado Doutor Rosinha. Brasília, 21 ago. 2007, p. 10.

5 *Ibidem*, p. 12.

Al analizar el Protocolo de Adhesión de Venezuela al Mercosur, el Congreso Nacional de Brasil podrá llevar en consideración estas cuestiones técnicas.

#### IX. BIBLIOGRAFÍA

ALMEIDA, Elizabeth Accioly Pinto de Mercosul & União Européia: estrutura jurídico-institucional. 3° ed. Curitiba: Juruá, 2003.

BARBOSA, Rubens. O Mercosul e a Venezuela. O Estado de São Paulo, 25 set. 2007, p. A2.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional. Mensagem n. 82, de 2007 (Do Poder Executivo). Submete à consideração do Congresso Nacional o texto do Protocolo de Adesão da República Bolivariana da Venezuela ao MERCOSUL, assinado em Caracas, em 4 de julho de 2006, pelos Presidentes dos Estados Partes do MERCOSUL e da Venezuela. Parecer do Relator, Deputado Doutor Rosinha. Brasília, 21 ago. 2007.

BROWNLIE, Ian. *Princípios de direito internacional público*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

BRUM, Argemiro J. *Integração do Cone Sul: Mercosul*. Ijuí: Ed. Unijuí: 1995.

CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo. *O Poder de celebrar tratados: competência dos poderes constituídos para a celebração de tratados, à luz do direito internacional, do direito comparado e do direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1995.

COMISIÓN brasileña aprueba ingreso de Venezuela a Mercosur. Disponible en: <<http://www.rnv.gov.ve/noticias/?act=ST&f=4&t=54996>>. Acceso en: 12 oct. 2007.

KUNZLER, Jacob Paulo & QUADROS, João Carlos Maciel de. *Mercosul e o mercado internacional*. Porto Alegre: Ortiz, 1994.

MARIANO, Marcelo Passini. *A estrutura institucional do Mercosul*. São Paulo: Aduanearas, 2000.

REZEK, José Francisco. *Direito dos tratados*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1984.

-. *Direito internacional público: curso elementar*. 10. ed. ver. y actual. São Paulo: Saraiva, 2005.

RIBEIRO, Patrícia Henriques. *As relações entre o direito internacional e o direito interno: conflito entre o ordenamento brasileiro e normas do Mercosul*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

STEINFUS, Ricardo. *Manual das organizações internacionais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

TRINDADE, Otávio A. D. Caçado. *Mercosul no direito brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

VENTURA, Deisy de Freitas Lima. *A ordem jurídica do MERCOSUL*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

# Comentarios Monográficos

## LAS FUENTES DEL DERECHO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN VENEZUELA

Claudia Nikken  
*Doctora en Derecho*  
*Profesora de Derecho Administrativo de la UCV*

**Resumen:** *En el artículo se analizan la Constitución, la ley y la jurisprudencia como fuentes del derecho del contencioso administrativo en Venezuela.*

Cada vez que se inicia el estudio de una rama del derecho, se incluye el tema relativo a las “fuentes” de esa rama, como si no fuera obvio que debería tratarse de las mismas estudiadas en “Introducción al Derecho”, en el tema, justamente, de las fuentes del derecho. Frente a esto vale decir que no es tan obvio que se trate de las mismas “fuentes”, pues cada rama del derecho tiene su especialidad. El contencioso administrativo no escapa a esto.

Es cierto, en primer lugar, que la Constitución es fuente del contencioso administrativo y, esto, en términos muy particulares (I). También es cierto que la ley es fuente del contencioso administrativo; en ese sentido, estableceremos cuáles son las leyes que lo rigen en Venezuela (II). Veremos, por último, que la jurisprudencia es una fuente esencial del derecho del contencioso administrativo (III). En todo caso, entendemos que la expresión *fuentes del derecho* “remite a la existencia de *puntos de emergencia* de la regla jurídica que revelarían al mismo tiempo su carácter obligatorio”<sup>1</sup>; en otros términos, nos referimos a las categorías de normas que definen el objeto del derecho contencioso administrativo, y las normas esenciales para su creación.

### I. LA CONSTITUCIÓN

La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico.

Así lo reconoce el artículo 5 del Texto Fundamental que, como consecuencia, proclama que todas las personas y los órganos que ejercen el poder público están sujetos a ella. Por lo anterior, resulta obvio que la Constitución es fuente de toda rama del ordenamiento jurídico<sup>2</sup>. Ahora bien, cómo y en qué medida es la Constitución fuente del contencioso administrativo, es lo que veremos seguidamente.

En cuanto al *objeto* del contencioso administrativo, es decir, a su *contenido* o *consistencia*, no cabe duda de que la Constitución es la fuente primera. El artículo 259 establece en efecto lo siguiente:

---

1 F. Terré, *Introduction générale au droit*, Dalloz, París 1996, p. 143.

2 Sobre la noción de Constitución, ver C. Nikken, “Constitución y bloque de la constitucionalidad”, en *El Derecho Público a los 100 números de la Revista de Derecho Público*, EJV, Caracas 2006, pp. 73-87.

“(…). Los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en la responsabilidad de la Administración; conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa”.

De la norma parcialmente transcrita aparece entonces que el contencioso administrativo tiene por objeto, al menos:

- la anulación de los actos administrativos (generales o particulares), por contrariedad a derecho y desviación de poder;
- la condena (a la administración) al pago de sumas de dinero;
- la condena a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la “Administración”;
- conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos;
- disponer lo necesario para el restablecimiento de situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa.

Lo anterior se presenta como un *bosquejo preliminar* del derecho del contencioso administrativo. En otros términos, la constitución pretende mostrar al legislador lo que debería corresponder a esa especial rama del derecho.

Ahora bien, la Constitución no se limita a definir el “objeto” del contencioso administrativo. Siendo la “norma de las normas”, la Constitución define, en efecto, la “forma” del derecho del contencioso administrativo, es decir, las categorías de actos que definen las normas que regulan el contencioso administrativo; y en buena medida el “fondo” de esos actos.

En cuanto al “fondo” del derecho del *contencioso administrativo*, el mismo artículo 259 de la Constitución señala que la jurisdicción contencioso-administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley. De esa manera, por una parte, queda claro que en Venezuela se ha adoptado el sistema *judicialista* contencioso administrativo, a diferencia de lo que ocurre por ejemplo en Francia. Además, se señala de una vez los tribunales a los que corresponde esa especial competencia.

Todo, además de determinar, como ya se vio, los aspectos más relevantes del contencioso administrativo.

En ese orden de ideas, el artículo 262 define formaciones específicas del Tribunal Supremo de Justicia a las que correspondería conocer del contencioso administrativo: la Sala Político-Administrativa y la Sala Electoral. El artículo 266, numerales 4 y 5, señalan la competencia *originaria* de la Sala Político-Administrativa, mientras el artículo 297 se refiere a la “jurisdicción contencioso-electoral”. Luego, el artículo 266 se refiere a la jurisdicción disciplinaria judicial y su competencia.

De más está decir que las normas constitucionales correspondientes son igualmente aplicables al ingreso, ascenso y retiro de los jueces integrados a la “jurisdicción” contencioso-administrativa, por lo que no debería haber ninguna diferencia en este aspecto con respecto a los demás órdenes de “jurisdicción” y, por lo mismo, esta materia debería escapar al contencioso administrativo.

En materia de procedimiento –que es lo más importante–, la Constitución no refiere ninguna particularidad dirigida al contencioso administrativo, siéndole aplicables las regulaciones generales contenidas en los artículos 2, 26, 49 y 257, tal como se colige de la

disposición especial contenida en el artículo 267, referido al proceso disciplinario judicial. Además, en lo referido a la competencia del Tribunal Supremo de Justicia, se verifica que no se excluyen de la jurisdicción contencioso-administrativa los diversos tipos de recursos contra sentencia previstos en el ordenamiento jurídico.

En cuanto a la “forma” del derecho del contencioso administrativo, es decir, a las categorías de actos que deben definir las normas llamadas a regular el contencioso administrativo, encontramos lo siguiente:

El artículo 156 de la Constitución define la competencia del *poder nacional* –por oposición a la competencia del poder estatal y del poder municipal. En el numeral 31 establece como *materia* de la competencia del poder nacional *la organización y administración nacional de la justicia*. Además, señala en el numeral 32 como materias de la competencia del poder nacional, la legislación sobre derechos y garantías, sobre procedimientos, sobre expropiación, sobre la organización y funcionamiento de los poderes públicos en Venezuela.

Entonces, es claro que la regulación del contencioso administrativo corresponde al poder nacional, en particular a través de la *ley*. Esto excluye como fuente del derecho del contencioso administrativo la costumbre. En cuanto la reglamentación de la *ley* que regule el contencioso administrativo –*siempre que no se trate de normas atinentes al procedimiento que es materia de la reserva legal*–, la misma debería emanar del Tribunal Supremo de Justicia, con fundamento en los principios de la independencia del poder judicial y la autonomía del Tribunal Supremo de Justicia (artículo 254), que se materializan en que corresponde al Tribunal Supremo de Justicia, a través de la Dirección Ejecutiva, la dirección, gobierno y administración del poder judicial. Esta reglamentación puede referirse a la organización de la jurisdicción contencioso-administrativa, y a aspectos del funcionamiento de los tribunales que no incidan o modifiquen las normas de procedimiento establecidas en la ley.

Volviendo al acto *ley*, conforme a lo establecido en el artículo 203 de la Constitución, las leyes relativas al contencioso administrativo deberían ostentar el carácter de *orgánicas*, pues regulan el derecho al debido proceso y tratan sobre dos garantías constitucionales esenciales: el principio de la legalidad administrativa (artículo 137) y el principio de la responsabilidad del Estado (artículos 2, 6, 49, 139 y 140); o al menos, desarrollar alguna ley orgánica.

Por último, de la Constitución aparece como *fuentes* del contencioso administrativo –y en realidad del derecho en general– la *jurisprudencia*, en virtud del principio (y derecho) a la igualdad ante la ley (artículo 21): si el juez interpreta la ley cada vez que dicta una sentencia, en virtud del principio de igualdad, debe interpretarla de la misma manera en casos análogos, siendo ese precisamente el mecanismo de formación de la jurisprudencia.

## II. LA LEY

Acabamos de ver que la ley es, teóricamente, la fuente principal del derecho contencioso administrativo. Esto, pues la regulación de los derechos y garantías constitucionales en general es materia reservada a la *ley*, como lo es en particular la regulación de los procesos. Esa ley, como también se vio, debe ser producto del ejercicio del *poder legislativo nacional*, por oposición al estatal (y al municipal, para quienes éste es legislativo).

En los términos de la vigente Constitución, el poder legislativo nacional lo ejerce a título principal la Asamblea Nacional, a través del procedimiento especialmente establecido para la elaboración de las leyes (artículos 187-1 y 202). Ahora bien, el poder legislativo también es ejercido por el Presidente de la República en Consejo de Ministros, previa

habilitación de la Asamblea Nacional, mediante decretos con fuerza de ley (artículos 203 y 236-8) y; además, en el marco del estado de excepción (artículos 236-7, 337 y 339). Por último, la Constitución prevé la posibilidad de que el titular de la soberanía (el pueblo organizado en cuerpo electoral) ejerza directamente el poder legislativo, a través de la institución del referendo, bien sea aprobatorio de leyes (artículo 73) o abrogatorio de leyes (artículo 74).

Dicho lo anterior, es interesante traer a colación el criterio expresado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su opinión consultiva OC-6/86 de fecha 9 de mayo de 1986 (*La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*), en cuanto a la definición del término "ley":

24. La reserva de ley para todos los actos de intervención en la esfera de la libertad, dentro del constitucionalismo democrático, es un elemento esencial para que los derechos del hombre puedan estar jurídicamente protegidos y existir plenamente en la realidad. Para que los principios de legalidad y reserva de ley constituyan una garantía efectiva de los derechos y libertades de la persona humana, se requiere no sólo su proclamación formal, sino la existencia de un régimen que garantice eficazmente su aplicación y un control adecuado del ejercicio de las competencias de los órganos.

(...)

26. En tal perspectiva no es posible interpretar la expresión **leyes**, utilizada en el artículo 30, como sinónimo de cualquier norma jurídica, pues ello equivaldría a admitir que los derechos fundamentales pueden ser restringidos por la sola determinación del poder público, sin otra limitación formal que la de consagrar tales restricciones en disposiciones de carácter general. Tal interpretación conduciría a desconocer límites que el derecho constitucional democrático ha establecido desde que, en el derecho interno, se proclamó la garantía de los derechos fundamentales de la persona; y no se compadecería con el Preámbulo de la Convención Americana, según el cual "los derechos esenciales del hombre... tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos".

27. La expresión **leyes**, en el marco de la protección a los derechos humanos, carecería de sentido si con ella no se aludiera a la idea de que la sola determinación del poder público no basta para restringir tales derechos. Lo contrario equivaldría a reconocer una virtualidad absoluta a los poderes de los gobernantes frente a los gobernados. En cambio, el vocablo **leyes** cobra todo su sentido lógico e histórico si se le considera como una exigencia de la necesaria limitación a la interferencia del poder público en la esfera de los derechos y libertades de la persona humana. La Corte concluye que la expresión **leyes**, utilizada por el artículo 30, no puede tener otro sentido que el de ley formal, es decir, norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado.

28. La Convención no se limita a exigir una ley para que las restricciones al goce y ejercicio de los derechos y libertades sean jurídicamente lícitas. Requiere, además, que esas leyes se dicten "por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas". El criterio según el cual las restricciones permitidas han de ser aplicadas "con el propósito para el cual han sido establecidas" se encontraba ya reconocido en el Proyecto de Convención sobre Derechos Humanos elaborado por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos (1959), en el que se expresaba que tales restricciones "no podrán ser aplicadas con otro propósito o designio que aquél para el cual han sido previstas" (*Anuario Interamericano de Derechos Humanos, 1968*, Washington, D.C.: Secretaría General, OEA, 1973, p. 248). En cambio, la exigencia de que la aplicación de las restricciones esté "conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general" es el resultado de una enmienda introducida al proyecto final, en la Conferencia Especializada de San José, en 1969 (Actas y Documentos, *supra* 14, p. 274).



29. El requisito según la cual las leyes han de ser dictadas por razones de interés general significa que deben haber sido adoptadas en función del “bien común” (art. 32.2), concepto que ha de interpretarse como elemento integrante del orden público del Estado democrático, cuyo fin principal es “la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritualmente y alcanzar la felicidad” (“Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre” (en adelante “Declaración Americana”), Considerandos, párr. 1).

(...)

32. La ley en el Estado democrático no es simplemente un mandato de la autoridad revestido de ciertos necesarios elementos formales. Implica un contenido y está dirigida a una finalidad. El concepto de **leyes** a que se refiere el artículo 30, interpretado en el contexto de la Convención y teniendo en cuenta su objeto y fin, no puede considerarse solamente de acuerdo con el principio de legalidad (ver *supra* 23). Este principio, dentro del espíritu de la Convención, debe entenderse como aquel en el cual la creación de las normas jurídicas de carácter general ha de hacerse de acuerdo con los procedimientos y por los órganos establecidos en la Constitución de cada Estado Parte, y a él deben ajustarse su conducta de manera estricta todas las autoridades públicas. En una sociedad democrática el principio de legalidad está vinculado inseparablemente al de legitimidad, en virtud del sistema internacional que se encuentra en la base de la propia Convención, relativo al “ejercicio efectivo de la democracia representativa”, que se traduce, **inter alia**, en la elección popular de los órganos de creación jurídica, el respeto a la participación de las minorías y la ordenación al bien común (ver *supra* 22).

(...)

35. En consecuencia, las **leyes** a que se refiere el artículo 30 son actos normativos enderezados al bien común, emanados del Poder Legislativo democráticamente elegido y promulgados por el Poder Ejecutivo. Esta acepción corresponde plenamente al contexto general de la Convención dentro de la filosofía del Sistema Interamericano. Sólo la ley formal, entendida como lo ha hecho la Corte, tiene aptitud para restringir el goce o ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención.

36. Lo anterior no se contradice forzosamente con la posibilidad de delegaciones legislativas en esta materia, siempre que tales delegaciones estén autorizadas por la propia Constitución, que se ejerzan dentro de los límites impuestos por ella y por la ley delegante, y que el ejercicio de la potestad delegada esté sujeto a controles eficaces, de manera que no desvirtúe, ni pueda utilizarse para desvirtuar, el carácter fundamental de los derechos y libertades protegidos por la Convención.

Dicho lo anterior, es necesario hacer notar que en Venezuela NUNCA se ha dictado alguna ley cuyo objeto sea la regulación del proceso contencioso administrativo. Se han insertado normas a ese respecto en diversas leyes, en particular en las regulatorias de la Máxima instancia judicial (Corte Federal, Corte Federal y de Casación, Corte Suprema de Justicia, y ahora Tribunal Supremo de Justicia), pero no existe una ley que sistematice el procedimiento.

Por lo pronto, señalamos como “fuente” del contencioso administrativo las siguientes leyes:

- Código de Procedimiento Civil
- Código Orgánico Tributario
- Estatuto Electoral del Poder Público
- Ley de Arrendamientos Inmobiliarios
- Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social
- Ley de Tierras y Desarrollo Agrario

- Ley del Estatuto sobre la Función Pública.
- Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales
- Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia
- Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia
- Ley Orgánica de Ordenación Urbanística
- Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos
- Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República
- Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura
- Ley Orgánica del Poder Electoral
- Ley Orgánica del Poder Público Municipal
- Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política

### III. LA JURISPRUDENCIA<sup>3</sup>

En inglés el término “jurisprudencia” (“*Jurisprudence*”) designa la filosofía del derecho y la teoría general del derecho. En castellano el significado de la palabra es muy distinto. La jurisprudencia es la *doctrina que deriva de un conjunto de sentencias dictadas durante un período de tiempo, bien sea en una materia determinada, en una rama del derecho, o bien en derecho.*

Para que pueda afirmarse la existencia de *jurisprudencia*, es necesario partir de la base de que se han dictado sentencias, particularmente en el marco de la *jurisdicción contenciosa* –por oposición a la jurisdicción graciosa-, y que esas sentencias son conocidas y difundidas.

Además, las sentencias deben estar *motivadas*, pues sólo la motivación de la sentencia permite conocer el fundamento de hecho y de derecho del dispositivo y, por ende, la *interpretación* que ha hecho el juez de la norma aplicada al caso concreto. De hecho, el Código de Procedimiento Civil en su artículo 244 establece, entre los requisitos de la sentencia, precisamente su motivación.

A lo anterior se aúna el deber general de juez de sentenciar, plasmado en diversas normas legales (Código de Procedimiento Civil, Código Penal, entre otras), independientemente del silencio, la oscuridad o la ambigüedad de la ley. En tal caso, el juez debe llenar la *laguna*, o bien aclarar el sentido “correcto” de la norma y resolver positivamente el litigio que le ha sido planteado. Lo contrario se traduce en *denegación de justicia*.

De lo anterior aparece el *mecanismo* de la jurisprudencia: el juez resuelve un caso concreto, para lo que requiere derivar de la norma general su sentido, a fin de calificar los hechos que se le presentan y establecer la consecuencia jurídica. La sentencia (dispositivo) es particular y de efecto relativo, pero su motivación establece, por lo menos, una *norma* de interpretación, si no la norma misma. Se convertirá en jurisprudencia, si la misma norma se aplica a casos similares.

Dicho lo anterior, es necesario formular dos interrogantes: ¿acaso toda sentencia es susceptible de generar *jurisprudencia*?; ¿qué obliga al juez a “repetir” su propio criterio?

---

3 En este particular seguimos en parte el razonamiento de F. Terré en su *Introduction générale au droit*, citada, pp. 205-218.

La respuesta a la primera de las interrogantes formuladas es relativamente simple: no, no toda sentencia es susceptible de generar jurisprudencia. Las sentencias que generan jurisprudencia son, en principio, las dictadas por la máxima autoridad judicial (o “jurisdiccional”) de un Estado, pues son las que, en definitiva, causan *cosa juzgada*. Sin embargo, puede decirse más ampliamente que producen *jurisprudencia* las sentencias que no son susceptibles de recurso, porque así lo dispone el ordenamiento jurídico, como era el caso de las decisiones dictadas en materia de nulidad por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, hasta la entrada en vigencia de la nueva Constitución.

No obstante lo dicho, en virtud del principio (derecho) de igualdad ante la ley, lo que espera siempre el justiciable que acude a un tribunal es que éste se acoja a los criterios que ha expresado en casos anteriores, a menos, claro está, que el criterio haya sido desechado por las instancias superiores.

En efecto, es precisamente el derecho a la igualdad ante la ley lo que impone en última instancia al juez a acoger las normas establecidas en la jurisprudencia, pues aplicar la ley de manera distinta en casos análogos se traduce, necesariamente, en un tratamiento discriminatorio. Al respecto, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia del 17 de octubre de 2000 (*Nulidad del artículo 8 de la Ley Orgánica de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas Nacionales*), declaró que,

“en forma reiterada la jurisprudencia de la Sala Político Administrativa de la entonces Corte Suprema de Justicia (Casos: *Vidal Blanco de fecha 21 de julio de 1994* y *Eliseo Sarmiento de fecha 13 de abril de 1999*) ha entendido que “la discriminación existe también, cuando situaciones similares o análogas se deciden, sin aparente justificación, de manera distinta o contraria. En efecto el derecho fundamental a la igualdad y no discriminación entre particulares consagrado en el artículo 61 de la Constitución, abarca no sólo los supuestos por él señalados sino todas aquellas situaciones donde sin algún motivo o razón se resuelvan contrariamente planteamientos iguales, y así se declara”.

De conformidad con lo anterior, y con fundamento en la doctrina dominante en esta materia, observa esta Sala que el derecho subjetivo a la igualdad y la no discriminación, es entendido como la obligación de los Poderes Públicos de tratar de igual forma a quienes se encuentren en análogas o similares situaciones de hecho, es decir, que este derecho supone, en principio, que todos los ciudadanos gocen del derecho a ser tratados por la ley de forma igualitaria y se prohíbe por tanto, la discriminación.

Ahora bien, no todo *trato* desigual es *discriminatorio*, sólo lo será *el que no esté basado en causas objetivas y razonables*, pero el Legislador puede introducir diferencias de trato cuando no sean arbitrarias, esto es, cuando estén justificadas por la situación real de los individuos o grupos, es por ello, que *el derecho a la igualdad sólo se viola cuando se trata desigualmente a los iguales, en consecuencia, lo constitucionalmente prohibido es el trato desigual frente a situaciones idénticas*.

Como conclusión de lo antes expuesto, esta Sala considera necesario señalar, que la cláusula de igualdad ante la ley, no prohíbe que se le confiera un trato desigual a un ciudadano o grupo de ciudadanos, siempre y cuando se den las siguientes condiciones: a) que los ciudadanos o colectivos se encuentren real y efectivamente en distintas situaciones de hecho; b) que el trato desigual persiga una finalidad específica; c) que la finalidad buscada sea razonable, es decir, que la misma sea admisible desde la perspectiva de los derechos y principio constitucionales; y d) que la relación sea proporcionada, es decir, que la consecuencia jurídica que constituye el trato desigual no guarde una absoluta desproporción con las circunstancias de hecho y la finalidad que la justifica. Si concurren las condiciones antes señaladas, el trato desigual será admisible y por ello constitutivo de una diferenciación constitucionalmente legítima” (énfasis añadido).

Lo anterior justifica, entonces, la obligatoriedad de las normas jurisprudenciales. Ahora bien, ¿puede el juez interpretar o aplicar el derecho arbitrariamente?

La respuesta es definitiva: no debe. Está sujeto, en efecto, a lo que se ha denominado en doctrina las “directivas” de la interpretación. Esas directivas pueden ser *constitutivas* (competencia y procedimiento), o *metodológicas* (el texto, la intención del autor del acto, los principios y valores propios del ordenamiento jurídico, el fin perseguido por el acto, la analogía). Las primeras son jurídicas y obligatorias, mientras que las segundas definidas por cada comunidad jurídica considerada en espacio y tiempo, si bien son lógicas y racionales, no necesariamente son imponibles al juez. Aunque como bien lo dijo Humberto Eco a propósito de la interpretación de obras plásticas: *ante la Lección de Anatomía de Rembrandt, quién puede decir que está ante el retrato de una mujer desnuda.*

Por último, en cuanto a estas consideraciones generales relativas a la *jurisprudencia*, la norma *no escrita* que deriva de la misma, ocupa en el ordenamiento jurídico el mismo rango que el acto interpretado. A su vez, la *jurisprudencia* tendrá mayor o menor fuerza según derive de litigios que tengan por objeto el derecho objetivo, situaciones jurídicas objetivas o situaciones jurídicas subjetivas.

Todo lo anterior es verdad con respecto a todas las ramas del derecho, pero cobra particular importancia en el ámbito del contencioso administrativo, dado el ya comentado silencio legislativo en cuanto a la regulación exhaustiva de los procesos que lo integran. No hay lugar aquí para censar todas las normas jurisprudenciales referidas al proceso contencioso administrativo y, por lo tanto, nos abstendremos de hacerlo. Algún día...

## CONSIDERACIONES SOBRE LA FORMA DEL ESTADO Y LA REPARTICIÓN VERTICAL DEL PODER

Gustavo Tarre  
*Profesor de Derecho Constitucional*

**Resumen:** *Este trabajo tiene por objeto analizar la propuesta de reforma constitucional formulada en agosto de 2007 por el Presidente de la República, particularmente en los aspectos que tocan la forma federal del Estado y la distribución vertical del poder mediante la introducción de una “nueva geometría del Poder”.*

### I. ANTECEDENTES

A partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, se inicia el retorno al centralismo autoritario. Las declaraciones de principios del texto constitucional reiteran que Venezuela “es un Estado federal descentralizado”, que “se rige por los principios de integridad territorial, cooperación, solidaridad, concurrencia y corresponsabilidad” y más adelante (artículos 157 y 158) se agrega: “La descentralización, como política nacional, debe profundizar la democracia, acercando el poder a la población y creando las mejores condiciones, tanto para el ejercicio de la democracia como para la prestación eficaz y eficiente de los cometidos estatales”. Aunque la Constitución de 1999 establece ese principio descentralizador, las decisiones políticas del régimen han tenido una clara dirección centralista.

Leyes que debían coadyuvar a la descentralización, como las relativas al Consejo Federal de Gobierno, al Fondo de Compensación Interterritorial y a la Hacienda Pública Estatal, nunca se dictaron. El Poder Nacional empezó a prestar servicios bajo nuevas modalidades de las que quedaron marginados los estados y los municipios (Plan Bolívar 2000 y Misiones), la existencia de presupuestos paralelos, de inmensa magnitud, formulados a espaldas de la Asamblea Nacional, trajo consigo una violación del derecho de Estados y Municipios a percibir una proporción del ingreso público y por último, la creación de los consejos comunales que pretende vaciar de contenido y de recursos a las entidades regionales existentes.

La práctica administrativa y el discurso oficial no pueden ser más centralistas: La idea de una estricta planificación decidida desde el centro, aunada paradójicamente con la práctica de gobernar en base a “ocurrencias” presidenciales, deja a los poderes regionales y locales fuera de toda decisión. La Administración central, paulatinamente, ha ido limitando las facultades que, a finales del siglo pasado, fueron transferidas a las gobernaciones. El discurso del Presidente ha sido frecuentemente despreciativo: Los estados pretenden ser “republiquetas”, los gobernadores “caudillitos” o “reyecitos” y se condena la autonomía “mal entendida”. De la propuesta presidencial que analizamos, se desprende de manera inequívoca que se pretende modificar la Constitución para consolidar el poder central, en detrimento de los poderes estatal y municipal. La reforma contiene unos niveles de centralización que retrotraen a Venezuela a la época de Marcos Pérez Jiménez. Pero algo mucho más grave: Desplaza el poder regional y local de funcionarios elegidos (alcaldes y gobernadores) a funcionarios nombrados por el Presidente de la República y descarta el sufragio como fuente de la soberanía popular.

## II. ANÁLISIS DE LA PROPUESTA

**PRIMERO.**- La “nueva geometría del poder” que adquiere rango constitucional, no pasa de ser un mero slogan.

Los mecanismos de reparto vertical que se proponen se caracterizan por el uso de conceptos de contenidos imprecisos, equívocos, difusos y a veces contradictorios. Las “células geo-humanas”, el “núcleo espacial básico e indivisible del Estado Socialista”, las “formas de agregación humana político-territorial” no pasan de ser formulaciones pseudo-científicas de contenido dudoso y que reflejan un manejo caricatural de la técnica legislativa. El establecer que el soberano no se expresa a través del sufragio sino a través de “grupos organizados” es la negación de la democracia.

**SEGUNDO.**- La Nueva Geometría del Poder es sustancialmente menos democrática y menos participativa que la actual forma del Estado. Esta disminución de los espacios democráticos que trae consigo una mayor concentración del poder en manos del Presidente de la República es una constante a lo largo de toda la propuesta que analizamos, pero tiene expresiones concretas en el campo de la centralización del poder.

Así vemos que el artículo 136 establece que “el pueblo es el depositario de la soberanía y la ejerce directamente a través del Poder Popular. Este no nace del sufragio ni de elección alguna, sino que nace de la condición de los grupos humanos organizados como base de la población. El Poder Popular se expresa constituyendo las comunidades, las comunas y el autogobierno de las ciudades, a través de los consejos comunales, los consejos obreros, los consejos campesinos, los consejos estudiantiles y otros entes que señale la ley.”

Se establece entonces que el gobierno de las comunas, las comunidades, los consejos comunales y el autogobierno de las ciudades no será producto del sufragio “ni de elección alguna”. “Nace de la condición de los grupos humanos organizados como base de la población”. No se entiende qué significa la frase que se acaba de repetir, pero si está claro que **las autoridades de las entidades mencionadas no serán elegidas por el pueblo.**

Las Provincias Federales, las Ciudades Federales, y los Distritos Funcionales (así como cualquier otra entidad que establezca la Ley) serán creadas por el Presidente de la República, previo acuerdo de la Asamblea Nacional. Ni los habitantes de las regiones y localidades afectadas, ni los consejos legislativos estatales ni los concejos municipales tendrán participación alguna en estos procesos.

El Poder Nacional (no se indica cómo), designará las autoridades de los territorios federales, los municipios federales y ciudades federales. Se admite la figura del referendo revocatorio de esos funcionarios pero los mandatarios revocados serán sustituidos por el Presidente de la República.

La creación de la Ciudad Comunal está sujeta a un referendo, pero esta consulta puede sólo ser convocada por el Jefe del Estado en Consejo de Ministros. A más de constatar el carácter centralizador de esta norma, cabe preguntar si se trata de un referendo para la creación de cada ciudad comunal, como parece entenderse o si se propone un solo referendo para la creación de todas las ciudades comunales, lo que parece poco probable pues estas ciudades se constituyen “cuando en la totalidad de su perímetro se hayan establecido las Comunidades Organizadas, las Comunas y los Autogobiernos Comunales.

El país debe negarse a aceptar este proceso de sustitución de la democracia y exigir que **todos**, léase bien, **todos** los funcionarios que encabezan los entes subnacionales sean elegidos y revocados por el pueblo mediante el voto libre, universal y secreto.

**TERCERO.-** Pasamos a analizar la propuesta de división política de la República. En las modificaciones de los artículos 16 y 18 de la Constitución se proponen los siguientes entes “subnacionales”:

a) El regreso al **Distrito Federal**, sede la capital de la República y que será regido por una ley especial que “establecerá la unidad político territorial de la ciudad de Caracas, la cual será llamada la Cuna de Bolívar y reina del Garaira Repano”.

b) Las **Provincias Federales** que pueden agregar “indistintamente” estados y municipios y que “se conformarán como unidades de agregación y coordinación de políticas territoriales, sociales y económicas a escala regional, siempre en función de los planes estratégicos nacionales y el enfoque estratégico internacional del Estado venezolano”.

c) Los **Estados**.

d) Los **Municipios**, que dejan de ser “la unidad política primaria de la organización nacional como lo establece el artículo 168 de la Constitución vigente que recoge a su vez varios siglos de tradición colonial y republicana.

e) Las **Regiones Marítimas** cuyos límites, funciones y autoridades no se mencionan.

f) Los **Territorios Federales** que no se definen en la propuesta pero que en la teoría federal son porciones del territorio nacional gobernados y administrados por el Poder Central.

g) La **Ciudad** que pasa a ser la nueva “unidad política primaria y que se entiende “como todo asentamiento poblacional dentro del municipio e integrada por áreas o extensiones geográficas denominadas comunas.

h) Las **Comunas** que son “células geo-humanas” del territorio y que estarán conformadas por “comunidades” que constituyen el “núcleo espacial básico del Estado Socialista Venezolano.

i) Las **Ciudades Federales** cuya “organización y funcionamiento se hará de conformidad con lo que establezca la ley respectiva” y que “implica la activación de una Misión Local con su correspondiente Plan Estratégico de Desarrollo”

j) El **Sistema Nacional de Ciudades**.

k) Los **Municipios Federales**, mencionados pero no definidos ni explicados en la propuesta.

l) Los **Distritos Insulares**, no definidos en la propuesta y que coexistirán con las actuales dependencias federales, previstas en el artículo 17 del texto vigente, cuya modificación no se solicita.

m) Los **Distritos Funcionales**, creados “conforme a las características históricas, socio-económicas y culturales del espacio geográfico correspondiente, así como en base a las potencialidades económicas que, desde ellos, sea necesario desarrollar en beneficio del país”. Todo ello implica la creación de una “Misión Distrital, de acuerdo al “respectivo Plan Estratégico-funcional. Los Distritos Funcionales “podrán ser conformados por uno o más municipios o lotes territoriales (?) de estos (*sic*), sin perjuicio del Estado al cual pertenezcan”.

n) Las **Regiones Especiales Militares** que se crearán “con fines estratégicos y de defensa, en cualquier parte del territorio y demás espacios geográficos de la República.

o) Las **formas de agregación comunitaria Político-Territorial** (*sic*) desarrolladas a partir de las comunidades o comunas y que serán reguladas por la Ley

A las nuevas entidades propuestas en la reforma, deben agregarse aquellas ya existentes y que no fueron ni mencionadas ni eliminadas:

- p) Las **Mancomunidades de municipios** (artículo 170).
- q) Las **Parroquias** (artículo 173)

Esta larga enumeración es poco coherente, contradictoria y tiene por consecuencia el solapamiento de autoridades y ámbitos territoriales. La Constitución debe limitarse a las grandes subdivisiones político-territoriales (estados y municipios) y dejar a las leyes sobre el régimen municipal, ordenación territorial y defensa nacional la creación de otras entidades administrativas. El carácter federal de nuestro gobierno, que se mantiene en el artículo 6° de la Constitución obliga a reconocer la autonomía de los estados para descentralizarse y desconcentrarse. Si los municipios conservaren la autonomía, son ellos los encargados de establecer las unidades territoriales de rango inferior.

**CUARTO.-** La propuesta presidencial constituye la abolición del federalismo en Venezuela, lo que no puede hacerse, de conformidad con los artículos 6 y 342 de la Constitución vigente por la vía de la reforma. La federación es un pacto entre los estados que la conforman. La modificación del pacto requiere el consentimiento de quienes lo suscribieron. No se niega el derecho del pueblo venezolano a cambiar su forma de Estado pero el hacerlo de la manera que se propone es potestad del Poder Constituyente originario, con la convocatoria de una Asamblea Constituyente y de tomarse esa decisión, nuestro Estado dejaría de ser Federal. Mantener el calificativo federal obliga a reconocer la autonomía de los estados para descentralizarse y desconcentrarse y no permite que el poder estatal se vea vaciado de contenido.

Ya eran pocas las competencias estatales, según el texto de 1999, sometidas además a la interferencia de la ley nacional, pero ahora se ven reducidas casi a la nada si se toma en cuenta que pasan a ser competencia del Poder nacional según la reforma del artículo 156:

- 10. La ordenación y gestión del territorio y el régimen territorial del Distrito Federal, los Estados, los Municipios, Dependencias Federales y demás entidades regionales.
- 11. La creación, ordenación y gestión de Provincias Federales, Territorios Federales y Comunales, Ciudades Federales y Comunales.
- 27. El régimen de la navegación y del transporte aéreo, terrestre, marítimo, fluvial y lacustre, de carácter nacional; de los puertos, aeropuertos y su infraestructura, así como la conservación administración y aprovechamiento de autopistas y carreteras nacionales.

Un rasgo definitorio de las federaciones es la autonomía financiera de sus componentes. Según la tradición constitucional venezolana las potestades recaudatorias de los estados siempre han sido muy limitadas y se recurre a la figura del Situado, en virtud de la cual un porcentaje del ingreso público se transfiere a los estados y municipios. En la reforma que se considera se incrementa la alícuota del Situado según el ordinal 4° del artículo 167 que dice:

“El situado es una partida equivalente a un mínimo del veinticinco por ciento de los ingresos ordinarios estimados en la ley de presupuesto anual, el cual se distribuirá entre los Estados, el Distrito Federal, los Territorios Federales, los Municipios Federales, las Comunas y las Comunidades, de acuerdo a lo establecido en la ley orgánica del situado constitucional.

En cada ejercicio fiscal, los Estados destinarán a la inversión un mínimo del cincuenta por ciento del monto que les corresponda por concepto de situado. A los Municipios de cada Estado les corresponderá, en cada ejercicio fiscal, una participación no menor del veinticinco por ciento del situado y de los demás ingresos ordinarios del respectivo Estado.

La ley establecerá los principios, normas y procedimientos que propendan a garantizar el uso correcto y eficiente de los recursos provenientes del situado constitucional” Se observa que, si bien se incrementa la alícuota del situado a un 25 % de los ingresos ordinarios, los



municipios federales, la comunas y comunidades (sometidas a una total dependencia del Poder Nacional) participan en el reparto, resultado de ello un menor ingreso para los estados. Debe recordarse también que la existencia irregular de gastos públicos paralelos que se ejecutan por la vía de fondos especiales o de Petróleos de Venezuela y que no son ingresos ordinarios, priva a los estados de considerables sumas de dinero.

Una de las disposiciones más centralizadora e invasora de competencias estatales y municipales establece que el Poder nacional, por intermedio del poder ejecutivo, “dispondrá todo lo necesario para el reordenamiento urbano, reestructuración vial, recuperación ambiental, logros de niveles óptimos de seguridad personal y pública, fortalecimiento integral de los barrios, urbanizaciones, sistemas de salud, educación, deporte, diversiones y cultura, recuperación total de su casco y sitios históricos, construcción de un sistema de pequeñas y medianas Ciudades Satélites a lo largo de sus ejes territoriales de expansión y, en general, lograr la mayor suma de humanización posible en la Cuna de Bolívar y Reina del Guaraira Repano. Estas disposiciones serán aplicables a todo el Sistema Nacional de Ciudades y a sus componentes regionales.” La competencia es del Poder Nacional y sólo se plantea “la colaboración y participación” de todos los entes del Poder Público.

Para terminar en lo concerniente a la abolición del federalismo, se constata la eliminación de la competencia residual a favor de los estados, al establecer como competencia del Poder Nacional, “todo lo que no esté atribuido expresamente a la competencia estatal o municipal.” (ordinal 36 del artículo 156).

**QUINTO.-** Como ya se dijo, los municipios dejan de ser la unidad política primaria y ven su autonomía sustancialmente disminuida o cuestionada. Conservan la elección de sus autoridades, pero el ámbito de sus competencias disminuye al ser compartido o coexistir “con los Consejos del Poder Popular y los medios de producción socialista” A más de preguntar qué tienen que ver los medios de producción socialista con la autonomía municipal, debemos recordar que los municipios pueden ser fusionados, agrupados en municipios federales, y distritos funcionales; subdivididos en ciudades (que conforman un sistema nacional), en comunas creadas por referéndum convocado por el Presidente de la República y en ciudades federales creadas por el Poder Nacional. ¿Cómo se reparten las competencias entre municipios, las subdivisiones y fusiones? En ninguna parte se especifican y los solapamientos difícilmente pueden ser deslindados por la ley. Tanto más si se toma en cuenta que la reforma mantiene las competencias municipales en materia de:

1. Ordenación territorial y urbanística; patrimonio histórico; vivienda de interés social; turismo local; parques y jardines, plazas, balnearios y otros sitios de recreación; arquitectura civil, nomenclatura y ornato público.
2. Vialidad urbana; circulación y ordenación del tránsito de vehículos y personas en las vías municipales; servicios de transporte público urbano de pasajeros y pasajeras.
3. Espectáculos públicos y publicidad comercial, en cuanto concierne a los intereses y fines específicos municipales.
4. Protección del ambiente y cooperación con el saneamiento ambiental; aseo urbano y domiciliario, comprendidos los servicios de limpieza, de recolección y tratamiento de residuos y protección civil.
5. Salubridad y atención primaria en salud, servicios de protección a la primera y segunda infancia, a la adolescencia y a la tercera edad; educación preescolar, servicios de integración familiar del discapacitado al desarrollo comunitario, actividades e instalaciones culturales y deportivas. Servicios de prevención y protección, vigilancia y control de los bienes y las actividades relativas a las materias de la competencia municipal.

6. Servicio de agua potable, electricidad y gas doméstico, alcantarillado, canalización y disposición de aguas servidas; cementerios y servicios funerarios.

7. Justicia de paz, prevención y protección vecinal y servicios de policía municipal, conforme a la legislación nacional aplicable.

Paralelamente la reforma anuncia que una ley nacional “creará mecanismos para que el Poder Nacional, los Estados y los Municipios descentralicen y transfieran a las Comunidades organizadas, a los Consejos Comunales, a las Comunas y otros Entes del Poder Popular, los servicios que éstos gestionen, promoviendo:

1. La transferencia de servicios en materia de vivienda, deportes, cultura, programas sociales, ambiente, mantenimiento de áreas industriales, mantenimiento y conservación de áreas urbanas, prevención y protección vecinal, construcción de obras y prestación de servicios públicos.

2. La participación y asunción por parte de las organizaciones comunales de la gestión de las empresas públicas municipales y/o estatales.

3. La participación en los procesos económicos estimulando las distintas expresiones de la economía social y el desarrollo endógeno sustentable, mediante cooperativas, cajas de ahorro, empresas de propiedad social, colectiva y mixta, mutuales y otras formas asociativas, que permitan la construcción de la economía socialista.

4. La participación de los trabajadores y trabajadoras en la gestión de las empresas públicas.

5. La creación de organizaciones, cooperativas y empresas comunales de servicios, como fuentes generadoras de empleo y de bienestar social, propendiendo a su permanencia mediante el diseño de políticas en las cuales aquellas tengan participación.

6. La transferencia a las organizaciones Comunales de la administración y control de los servicios públicos estatales y municipales, con fundamento en el principio de corresponsabilidad en la gestión pública.

7. La participación de las Comunidades en actividades de recreación, deporte, esparcimiento, privilegiando actividades de la cultura popular y el folclor nacional.

La Comunidad organizada tendrá como máxima autoridad la Asamblea de ciudadanos y ciudadanas del Poder Popular, quien en tal virtud designa y revoca a los órganos del Poder Comunal en las comunidades, Comunas y otros entes político-territoriales que se conformen en la ciudad, como la unidad política primaria del territorio.

El Consejo Comunal constituye el órgano ejecutor de las decisiones de las asambleas de ciudadanos y ciudadanas, articulando e integrando las diversas organizaciones comunales y grupos sociales, igualmente asumirá la Justicia de Paz y la prevención y protección vecinal. Por Ley se creará un Fondo destinado al financiamiento de los proyectos de los Consejos Comunales. Todo lo relativo a la constitución, integración, competencias y funcionamiento de los Consejos Comunales será regulado mediante la ley.”

El choque y el conflicto entre estas competencias municipales con las que correspondan a los nuevos entes político-territoriales y especialmente las ciudades y comunas es evidente y será resuelto por el Poder Nacional a través de la legislación nacional y de los tribunales nacionales.

**SEXTO.**- El último punto a considerar tiene que ver con la eliminación de Consejo Federal de Gobierno. Circunstancia ésta de poca significación práctica pues en los siete años de vigencia de la Constitución nunca se llegó a sancionar la Ley que debió regular esta figura. Según el artículo 185 del texto fundamental, el Consejo Federal de Gobierno “es el

órgano encargado de la planificación y coordinación de políticas y acciones para el desarrollo del proceso de descentralización y transferencia de competencias del Poder Nacional a los Estados y Municipios. Estará presidido por el Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva e integrado por los Ministros y Ministras, los gobernadores y gobernadoras, un alcalde o alcaldesa por cada Estado y representantes de la sociedad organizada, de acuerdo con la ley”.

Del Consejo Federal de Gobierno depende el Fondo de Compensación Interterritorial, destinado al financiamiento de inversiones públicas dirigidas a promover el desarrollo equilibrado de las regiones, la cooperación y complementación de las políticas e iniciativas de desarrollo de las distintas entidades públicas territoriales, y a apoyar especialmente la dotación de obras y servicios esenciales en las regiones y comunidades de menor desarrollo relativo.

En la propuesta, se produce, en primer lugar, un cambio de nombre. Del Consejo Federal de Gobierno pasamos al Consejo Nacional de Gobierno. El nuevo Consejo es un órgano bastante diferente, no es permanente, y está “encargado de evaluar los diversos proyectos comunales, locales, estadales y provinciales, para articularlos al plan de desarrollo integral de la nación, dar seguimiento a la ejecución de las propuestas aprobadas y realizar los ajustes convenientes a los fines de garantizar el logro de sus objetivos.” Desaparece la función coordinadora en materia de descentralización y de transferencia de competencias, lo que parece lógico, al no haber ni descentralización ni competencias por transferir, no se requieren entes coordinadores.

A diferencia del anterior, “estará presidido por el Presidente o Presidenta de la República, quien lo convocará, e integrado por los Vicepresidentes y Vicepresidentas, los Ministros y Ministras, los Gobernadores y Gobernadoras, Alcaldes y Alcaldesas, convocados por el Presidente de la República”. Desaparece la representación de la sociedad organizada.

### III. CONCLUSIÓN

La desaparición de la descentralización como política nacional se refleja en todo el texto de la reforma propuesta y se evidencia en la modificación del artículo 158 de la Constitución, que la consagraba y su sustitución por “la participación protagónica del pueblo” y la creación de una Democracia Socialista. El poder será cada vez más centralizado y la “democracia socialista” significa quitarle al soberano la designación de sus gobernantes y ponerlos a todos a depender del Jefe del Estado. A pesar de mantener el federalismo descentralizado como un principio fundamental (artículo 4 de la Constitución que no puede ser modificado sino por una Asamblea Constituyente), Venezuela deja de ser un estado federal para ser un estado unitario fuertemente centralizado. La implantación de estos cambios, si llegan a aprobarse, no será fácil, pues no sólo chocan con arraigados sentimientos regionales y locales sino que la imprecisión en los objetivos, la incoherencia institucional, las contradicciones, imprecisiones y vaguedades, hacen muy cuesta arriba su entrada en vigor. Según el Diccionario de la Real Academia, se entiende por galimatías “un lenguaje oscuro por la impropiedad de la frase y por la confusión de las ideas”. No cabe mejor descripción del contenido de los artículos 16 y 18 que se pretenden reformar.

## CONGELACIÓN DE ALQUILERES

Irma Lovera de Sola \*

**Resumen:** *En este trabajo se expone las motivaciones y fundamentos constitucionales y legales del Decreto que declaró de primera necesidad una serie de bienes y servicios en el año 2002, y las Resoluciones que sucesivamente, al menos hasta Agosto de 2007, han mantenido sin variación, es decir congelados, los cánones de arrendamiento de los inmuebles destinados a vivienda. Se expone la falta de asidero jurídico y las repercusiones de dicha congelación.*

### I. DECLARATORIA DE BIENES DE PRIMERA NECESIDAD: DECRETO 2.304

Después de los terribles acontecimientos vividos en Venezuela durante el año 2001 hasta Marzo 2003, que incluyeron enfrentamientos entre partidarios del gobierno del Presidente Hugo Chávez y opositores pertenecientes a varios partidos políticos y a la llamada sociedad civil, manifestaciones callejeras multitudinarias, extrema polarización política, un clima de total crispación, angustia e inseguridad para toda la población, la sensación constante de que el Gobierno podía caer o perder el control del país, la masacre de ciudadanos desarmados en el centro de la ciudad, la anunciada renuncia del Presidente de la República el 11 de Abril de 2002, la juramentación de un gobierno de facto y la vuelta al poder del Presidente Chávez el 13 de Abril del mismo año, posteriormente otra huelga general a partir del 1º de Diciembre de 2003 que se extendía angustiosamente por 48, 72, 96 horas y tensaba el ambiente en forma insostenible para gobierno y oposición, que incluyó a la industria petrolera que para ese momento producía más del cincuenta por ciento del ingreso nacional, la cual cesó con un estrepitoso fracaso después de más de 63 días de “*paro petrolero*”.

Quedó la depresión general debido a ello, la población encara dolorosamente la realidad de tener que volver al día a día del trabajo, de la supervivencia diaria, sin haber logrado nada de lo que aspiraba, con el agravante de que el gobierno había salido fortalecido, después de lograr sortear todos estos gravísimos desafíos.

El país volvía a sus rutinas, pero la economía estaba semi paralizada, la confianza mermada, y el Presidente fortalecido políticamente, pero sabía que la debilidad de su gobierno estaba en la baja productividad económica y en la desconfianza, que producía deformaciones en la percepción del país como destino económico confiable, salían capitales diariamente y en cantidades alarmantes capaces de desestabilizar el frágil equilibrio económico y el Gobierno comenzó a tomar medidas, entre ellas el 23 de Enero de 2003 paralizó la venta de divisas y posteriormente anunció un fuerte control de cambio, con muchos requisitos para

---

\* Abogada y docente de la Universidad Católica Andrés Bello, Mediadora y Árbitro del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas.

Este trabajo fue presentado en la Jornada sobre Arrendamiento en Tiempo de Crisis realizado en la Universidad Católica Andrés Bello el 19 de Junio de 2007

la obtención de divisas para las importaciones y dejó un solo resquicio para la convertibilidad de la moneda, a través de operaciones bursátiles con papeles que se cotizaban en Venezuela y en el exterior.

Dentro de este traumático escenario se dictó el **Decreto N° 2.304 de fecha 5 de Febrero de 2003 de la Presidencia de la República, publicado en la Gaceta Oficial N° 37.626 del 6 de Febrero**, mediante el cual el Presidente en Consejo de Ministros declaró como bienes y servicios de primera necesidad los cánones de arrendamiento para vivienda entre otros rubros. La percepción inmediata y general fue, y sigue siendo, que una vez tomado por el Gobierno, el rumbo de los controles de cambio y de precios, ese camino no tiene retorno, al menos en corto tiempo, y cuando estos controles económicos son aplicados como controles políticos, como instrumentos de persecución política y de discriminación, aunado a un régimen con características autoritarias, el retorno al libre mercado y la iniciativa privada es menos que poco probable.

Dice dicho Decreto:

*“Considerando que las circunstancias imperantes en el país, han obligado al Ejecutivo Nacional a implementar medidas temporales relativas al régimen cambiario, lo cual presionará los precios de bienes y servicios, pudiendo originar alzas indebidas y arbitrarias de los mismos, en evidente perjuicio de los consumidores, Considerando que el Ejecutivo Nacional está en el deber de garantizar el bienestar de la población y salvaguardar los derechos e intereses de los consumidores, para lo cual debe tomar las medidas que estimen pertinentes y a tales efectos decreta: Artículo 1º: Se declaran bienes y servicios de primera necesidad en todo el territorio nacional, los bienes que se señalan a continuación: Servicios: ...2. Alquileres de vivienda...”*

En su artículo 1º declara bienes de primera necesidad a los que se enumeran a continuación y en su literal D, señala los servicios y entre ellos en el numeral 2 de este literal a los alquileres de viviendas. El artículo 2º indica que es competente el Ministerio de Industria y Comercio para proceder a la fijación de los precios. El artículo 3º dispone que los precios vigentes para el momento de dictarse este Decreto quedarán vigentes hasta tanto el Ministerio del ramo, junto con el de Producción y Comercio den sus disposiciones al respecto. El Artículo 7º encarga de la ejecución del Decreto al mismo Ministro de Producción y Comercio. Y son justamente estos artículos, literales y numerales los que posteriormente sirven de basamento a los Resueltos de congelación de alquileres.

El Ejecutivo fundamentó esa decisión en el Artículo 320 de la Constitución, que dice textualmente en su primera parte:

*“El Estado debe promover y defender la estabilidad económica, evitar la vulnerabilidad de la economía y velar por la estabilidad monetaria y de precios, para asegurar el bienestar social.”*

Y también en los artículos 4º y 5º de la vigente para ese momento, Ley de Protección al Consumidor, los cuales establecían:

*“Artículo 4º: A los efectos de esta Ley, se consideran bienes y servicios de primera necesidad aquellos que por ser esenciales e indispensables para la población determine expresamente, mediante decreto, el Presidente de la República en Consejo de Ministros.”*

*“Artículo 5º: Cuando las circunstancias económicas y sociales así lo requieran, a fin de garantizar el bienestar de la población y evitar distorsiones en la economía, el Ejecutivo Nacional, podrá dictar las medidas necesarias, en todo o en parte del territorio nacional, destinadas a evitar el alza indebida de los precios de bienes y las tarifas de servicios declarados o no de primera necesidad.”*

Es significativo señalar que esta norma faculta al Ejecutivo para “*dictar las medidas necesarias... destinadas a evitar el alza indebida de los precios de bienes y las tarifas de servicios...*”, pero no menciona qué tipo de medidas se pueden o deben tomar, así que la regulación o congelación de precios es tan solo una opción, no es la única posibilidad que se presenta al Ejecutivo para enfrentar y resolver esta clase de situaciones.

Ahora bien, es cierto que en esos momentos el país estaba en una grave situación de altísima vulnerabilidad, que amenazaba la estabilidad económica y política; y hasta podríamos sostener con buen criterio, que en aquella realidad de ese momento, se justificaban desde el punto de vista de política económica y monetaria, las medidas de protección de capitales y controles de precios que se estaban decretando, pero desde el análisis jurídico, el acto administrativo mencionado constituido por el Decreto N° 2.304, en mi opinión, no estuvo correctamente fundamentado, por las razones que explico a continuación:

A pesar que parte de la doctrina sostiene que solamente los actos administrativos de efectos particulares son los que deben estar profusamente motivados, y los de efectos generales solamente deben invocar las normas legales que le sirven de sustento, por el contrario según mi criterio, los actos administrativos de efectos generales, como este al cual nos referimos, también deben estar motivados en forma precisa, cuando los mismos se fundamentan, o pretenden fundamentarse, en hechos, en realidades específicas, en circunstancias especiales o excepcionales y no solamente en las normas jurídicas que deben invocar.

En estos casos no basta copiar el contenido de los artículos de las leyes que se mencionan como su basamento legal, como es el caso del artículo 320 de la Constitución y los artículos 4° y 5° de la Ley de Protección al Consumidor, para que una decisión administrativa de tal trascendencia sea plenamente válida, sino que debe contener una motivación específica, que en este caso debió referirse a cuáles eran las invocadas “*circunstancias económicas imperantes en el país*” que en forma especial servían de basamento a las decisiones tomadas, cuáles incidían en la supuesta alza de precios y de qué manera sucedería, también en qué forma el régimen cambiario recién implementado presionaría el alza de los precios de bienes y servicios, si justamente fue concebido para que sucediera lo contrario, es decir, para que se mantuvieran estables los precios, por qué se originarían alzas “*indebidas y arbitrarias*”, si el control cambiario se estaba poniendo en práctica justamente la evitar este efecto perverso. Pero el Decreto en referencia no contiene ninguna de estas especificaciones, sino que se limita a hacer afirmaciones vagas, meras suposiciones, especulaciones vacías de contenido, y además señala que las medidas serían temporales, pero no indica su plazo de vigencia.

Esta mera especulación de que el establecimiento del control cambiario por sí solo, provocaría alzas de precios en los bienes y servicios de primera necesidad, es un contrasentido, ya que justamente este tipo de controles o restricciones a la libre convertibilidad de la moneda, se establecen para controlar indirectamente los precios, mientras se toman otras medidas mas profundas que generen confianza y reactivación del aparato productivo, reconstrucción de la red industrial del país, y de ninguna forma son la plataforma jurídica ni práctica adecuada para servir como fundamento a una declaratoria de bienes de primera necesidad, y su posterior regulación de precios. El Decreto debió señalar cuáles eran en ese momento las “*...circunstancias económicas imperantes en el país...*”, que servían de base a la decisión tomada y también si se dictaban medidas temporales, debía señalarse por cuánto tiempo estarían vigentes, pues de la forma como fue proferido dicho acto de la Presidencia de la República en Consejo de Ministros, el mismo es abiertamente arbitrario, carente de sentido lógico, infundado desde el punto de vista fáctico y hasta contradictorio.

Además este Decreto no permite al ciudadano que pudiera querer impugnarlo, la posibilidad de cuestionar o desmentir esas circunstancias invocadas o interpretarlas en un sentido diferente del que hizo el Ejecutivo en ese momento, porque el Decreto no las precisó y simplemente afirmó que esos hechos (sin decir exactamente cuáles) serían causa de alzas de precios; también el Decreto contiene suposiciones contrarias a la lógica normal de la dinámica de un control de cambios, al indicar que el control de cambio por sí mismo generaría alzas indebidas y abusivas en los precios de los bienes de primera necesidad.

El Decreto tampoco señala por cuánto tiempo la población estará sometida a tales restricciones que afectan, o mejor dicho violan una garantía constitucional plenamente vigente como es el libre ejercicio de la actividad económica contenida en el Artículo 112 de la Constitución, el cual dice:

*“Todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social.”*

Considero que el Decreto en referencia está impregnado de deficiencias cruciales, contradicciones e inconsistencias en su motivación que lo hacen anulable, así como también vicios mas graves como ser contrario a la garantía constitucional de la libre iniciativa económica, sin embargo la realidad es que dicho Decreto está siendo aplicado como si no tuviera estos vicios y está vigente.

## II. PRIMERA RESOLUCIÓN DE CONGELACIÓN DE ALQUILERES

**Resolución N° 058 y 036 de 4 de Abril de 2003 emanada de los Ministerios de la Producción y el Comercio y de Infraestructura, publicada en la Gaceta Oficial N° 37.667 del 8 de Abril de 2003, que fijó los alquileres en el monto que estaban para el 30 de Noviembre de 2002.**

Con base en el Decreto anteriormente mencionado de declaratoria de bienes de primera necesidad, los Ministros de Producción y Comercio y de Infraestructura dictaron una:

**Resolución conjunta marcada con los N° 058 y N° 036 en fecha 4 de Abril de 2003,** mediante el cual fijaron los cánones de arrendamiento de las viviendas en los mismos montos que estaban vigentes para una fecha cuatro (4) meses anterior a su expedición, es decir para el 30 de Noviembre de 2002.

Esta Resolución utiliza como motivación la misma del Decreto que declaró de primera necesidad algunos bienes y servicios, es decir, invoca las *“circunstancias económicas”* imperantes en el país que han obligado al Ejecutivo a implementar medidas temporales de control de cambio, lo cual, según el Decreto y el Resuelto, presionarán alzas indebidas y arbitrarias de los alquileres.

Por lo tanto este Resuelto adolece del mismo vicio que señalamos al Decreto de Bienes de Primera Necesidad, por cuanto invoca hechos genéricos, pero no particulariza de qué forma esos hechos justifican y sirven de base al Resuelto, así como también incurre en suposiciones infundadas, o al menos no indica las causas específicas de esas suposiciones, lo cual deja sin motivación legítima al Resuelto, por lo tanto, igual que el Resuelto 2.304, este también es anulable.

Esta Resolución fundamentalmente establece como obligatorias las siguientes normativas:

1º) Mantener en todo el país, los montos de los alquileres para viviendas, establecidos para el 30 de Noviembre de 2002, con lo cual pretende su aplicación en forma retroactiva, es

decir, fueron declarados de primera necesidad los alquileres de vivienda el 6 de Febrero de 2003, fue dictada la “congelación” el 4 de Abril de 2003, pero comenzaba a aplicarse a partir del 30 de Noviembre de 2002, es decir, que se violó groseramente el principio de la irretroactividad de las leyes, consagrado en Art. 24 de la Constitución vigente<sup>27</sup>, y además se congelaron los alquileres de vivienda a partir de una fecha en que aún no eran “*bienes de primera necesidad*”, careciendo dicha fijación de todo sentido legal y constitucional.

Esta Resolución, como hemos señalado, además de estar fundamentada en el Decreto 2.304 anteriormente analizado, también viciado de defectos que pueden acarrear su nulidad, es ella en sí misma nula por haber violentado un principio constitucional que significa a la vez una garantía para los ciudadanos como es la irretroactividad de las normas, que de admitir semejante estropicio legal, los ciudadanos que pudieran haberse comportado de una forma lícita en un momento dado, después se ven penalizados por ley posterior y expuestos al cumplimiento de una sanción por incurrir en una conducta que en su momento era lícita.

En este caso, por ejemplo, el arrendador que hubiera ajustado de manera lícita, el canon de arrendamiento de un inmueble destinado a vivienda a partir del 1° de Enero de 2003, tuvo que volver atrás, aceptar pagos por el canon que regía antes del 30 de Noviembre de 2002 y devolver el diferencial al arrendatario, o al menos así lo estableció esa Resolución.

Así pues, este Resuelto pretende regir situaciones de hecho anteriores a la fecha en que fueron definidos los alquileres de vivienda como “*servicio de primera necesidad*”.

Este Resuelto congela el monto de los alquileres de todas las viviendas, es decir, de aquellas que antes del Resuelto estaban sometidas a regulación y las que estaban exentas de regulación, las viviendas de lujo, es decir todas las viviendas.

2º) La segunda disposición de este Resuelto fue suspender los efectos de las fijaciones futuras de alquileres regulados, es decir mantener suspendidos, en principio por un año, los efectos de las Resoluciones de regulación que dictara el organismo competente, es decir la Dirección de Inquilinato del Ministerio de Infraestructura.

3º) La tercera disposición fue someter a la congelación de alquileres, no solamente a los inmuebles que según la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios estaban sometidos a regulación (los construidos con anterioridad al 2 de Enero de 1987), sino todos los inmuebles por el hecho de estar destinados a vivienda, así como también los cánones de arrendamiento de viviendas que por su valor, estaban exentas de regulación.

4º) La cuarta disposición fue obligar a quienes habían pactado sus cánones de arrendamiento en divisas extranjeras, a realizar el cálculo del monto del alquiler con sujeción en la referencia del tipo de cambio oficial, sin embargo es necesario señalar que no prohibió el pacto de alquileres en dólares (o divisas extranjeras en general), sino que lo sujetó a la tasa de cambio oficial, según quedó fijada en el Convenio Cambiario suscrito entre en Ejecutivo y el Banco Central de Venezuela<sup>28</sup>. Sin embargo posteriormente, en el 2004, al promulgarse la nueva Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, se incluyó una disposición en la cual se limita el uso de la denominación en moneda extranjera para los “contratos de adhesión,

---

27 Constitución, Art. 24: “Ninguna disposición legislativa tendrá efecto retroactivo...”

28 Artículo 6º: Para las operaciones cambiarias indicadas en el presente Convenio Cambiario, el Banco Central de Venezuela fijará de común acuerdo con el Ejecutivo Nacional el tipo de cambio para la compra y para la venta y lo ajustarán cuando con consideren conveniente, de común acuerdo.”



siempre que esa denominación en divisas extranjeras se utilice para burlar la aplicación de leyes reguladoras; aunque normalmente los contratos de arrendamiento no son contratos de adhesión, esta disposición se ha pretendido aplicarla a ellos y hoy día, Notarios ni jueces admiten tramitar asuntos cuyas obligaciones hayan sido denominadas en moneda extranjera.<sup>29</sup>

5º) Seguidamente se subraya el carácter obligatorio de las decisiones expuestas, para todos los funcionarios que ejerzan funciones inquilinarias en todo el territorio del país.

6º) La sexta disposición indica que quienes infrinjan este Resuelto, incluidos los funcionarios públicos que desempeñan funciones administrativas en materia inquilinaria, serán sancionados con las penas previstas en la Ley de Protección al Consumidor y las establecidas en la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios.

7º) Fija su vigencia en un año a partir de publicación en la *Gaceta Oficial*, lo cual sucedió el 8 de Abril de 2003, hasta el 8 de Abril de 2004.

Este Decreto mencionó estar fundamentado en:

- Decreto N° 2.141 sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Central del 21 de Noviembre de 2002 (Artículo 10, numeral 14 y Artículo 16 numerales 7 y 8)
- Ley de Protección al Consumidor y al Usuario vigente para ese momento (Artículo 40º)
- Ley de Arrendamientos Inmobiliarios (Artículo 9º)
- Decreto 2.304 (Artículo 1º, numeral D, 2º, 3º y 7º)

### III. RESOLUCIONES DE CONGELACIÓN DE ALQUILERES Y ANÁLISIS DE SU FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

Examinamos a continuación detalladamente las fundamentaciones de estas Resoluciones ministeriales:

**Resolución N° 058 y 036 de 4 de Abril de 2003 emanada de los Ministerios de la Producción y el Comercio y de Infraestructura, publicada en la Gaceta Oficial N° 37.667 del 8 de Abril de 2003**, señala como su propia base normativa las siguientes:

**Decreto N° 2.141** sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Central del 21 de Noviembre de 2002 en su Artículo 10, numeral 14 atribuye al Ministerio de Producción y Comercio la función de “ *La concertación, análisis y fijación de precios y tarifas de productos y servicios, tanto públicos como privados, en todo el territorio nacional.*”

En su artículo 16, fija las competencias del Ministerio de Infraestructura y entre ellas el numeral 7 establece “*la fijación de tarifas y fletes sobre los servicios especificados en este artículo*”, y el numeral 8: “*La política habitacional y de financiamiento a la vivienda*”

---

29 Ley de Protección al Consumidor: Artículo 87. Se considerarán nulas de pleno derecho las cláusulas o estipulaciones establecidas en el contrato de adhesión que: 7. Fijen el dólar de los Estados Unidos de América o cualquier otra moneda extranjera como medio de pago de obligaciones en el país, como mecanismo para eludir, burlar o menoscabar la aplicación de las leyes reguladoras del arrendamiento de inmuebles y demás leyes dictadas en resguardo del bien público o del interés social. En estos casos se efectuará la conversión de la moneda extranjera al valor en bolívares de conformidad con el valor de cambio vigente para la fecha de la suscripción del contrato.

Estas menciones señalan que estos dos Ministerios tienen a su cargo la fijación de precios y la política de vivienda, temática dentro de la cual se enmarca lo relacionado con los alquileres de viviendas y esta mención reitera la actuación de estos Ministerios dentro de sus atribuciones específicas.

- **Ley de Protección al Consumidor y al Usuario** vigente para ese momento (artículo 40°) promulgada en 1995, que en su artículo 40 dice:

*“El Ministerio o los Ministerios, según el caso, que tengan asignada la competencia en materia de precios y tarifas podrá establecer mediante resolución, el precio máximo de venta o de prestación de servicios al público, en todo o parte del Territorio Nacional, para aquellos bienes y servicios que hayan sido declarados de primera necesidad.”*

Ratifica esta norma la función que deben asumir los Ministerios de Producción y Comercio y de Infraestructura, con lo cual su competencia en materia de fijación de precios de los alquileres queda establecida en forma clara.

- **Ley de Arrendamientos Inmobiliarios** (Artículo 9°)

El artículo 9° de esta Ley está enmarcado dentro del Capítulo III, que se denomina “De la Jurisdicción Especial Inquilinaria” como parte de las Disposiciones Generales y dice textualmente:

*“Las funciones administrativas inquilinarias son de la competencia exclusiva del Poder Ejecutivo Nacional, y el ejercicio de sus funciones podrá ser delegado por este Poder Nacional a las Alcaldías, en cuyo caso las multas que aquéllas impongan como sanciones a los contraventores de esta ley, ingresarán al respectivo Tesoro Municipal.”*

Para quienes estuvimos presentes y participamos en la redacción y discusiones previas a la promulgación de esta ley, está claro que la intención de esta norma era evitar la dispersión de las decisiones sobre avalúo y consecuente regulación de los cánones de arrendamiento de los inmuebles que quedaban sometidos a regulación, dispersión que de producirse recaería en las 337 Alcaldías existentes en el país, y que en vez de esto, lo que se quiso es que en todo caso, fuera por decisión del Ejecutivo que se delegara o no esa potestad reguladora en las Alcaldías que estuvieran en capacidad tanto económica como técnica que organizar dentro de su estructura administrativa una Dirección de Inquilinato. Sin embargo el espíritu equilibrado que prevalecía en el momento de la discusión de la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios, el hecho de haberse llegado a un proyecto de consenso de todos los sectores, arrendatarios, arrendadores, administradores, abogados de diversas tendencias jurídicas, propietarios, y hasta podríamos mencionar el entusiasmo del Ejecutivo por promulgar esa ley que sin haberlo previsto los proyectistas fue acogida por el Presidente para promulgarla dentro de una primera Ley Habilitante que tuvo el Presidente durante este gobierno, nunca hizo pensar siquiera en la posibilidad de que esta norma fuera fundamento para decretar una congelación del alquileres, como la que tenemos vigente hoy día. Sin embargo no se puede desconocer que esta norma da facultad al Ejecutivo Nacional para tomar decisiones que afecten todo el territorio nacional en materia de arrendamientos, específicamente de fijación de precios.

- **Decreto 2.304 (Artículo 1°, numeral D, 2°, 3° y 7°)**

La última de las normas en que se basa la primera Resolución de congelación de alquileres, es justamente el Decreto 2.304, anteriormente analizado, mediante el cual se declaró bien de primera necesidad a los alquileres de vivienda, cuyas deficiencias ya fueron mencionadas.

El Resuelto contentivo de esta primera congelación de alquileres de viviendas, que acabamos de analizar en sus basamentos legales, caducó por propia disposición el 8 de Abril

de 2004, al vencerse su vigencia de un año, y los alquileres quedaron “liberados” durante cuarenta y un (41) días, para volver a la normativa restrictiva y a la congelación de precios, además de atropelladora de las normas constitucionales, mediante una nueva Resolución, el 18 de Mayo de 2004, cuando se dictó una nueva Resolución con semejante contenido tanto en su motivación como en su normativa.

**Resolución N° 152 y 046** de los mismos Ministerios, dictada el 18 de Mayo de 2004 y publicada en la *Gaceta Oficial* N° 37.941 al día siguiente. Su contenido es el mismo de la anterior Resolución.

Esta Resolución invoca sus fundamentaciones jurídicas en los siguientes textos:

- **Decreto N° 2.360 sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Central de 9 de Abril de 2003.**

- Ley de Protección al Consumidor y al Usuario que era la misma anteriormente citada (Artículo 40°).
- Ley de Arrendamientos Inmobiliarios (Artículo 9°)
- Decreto 2.304 (Artículo 1°, numeral D, 2°, 3° y 7°)

La única modificación de la base normativa, en comparación con el primer Resuelto, se debe a que había sido modificado el Decreto de Organización de la Administración Pública y había cambiado el número de dicho Decreto, pero no los números de los artículos y numerales invocados, ni su contenido.

Por lo tanto todas las observaciones realizadas al Resuelto anterior son válidas para este, excepto en lo relativo a su vigencia en el tiempo, que fue fijada en seis (6) meses condados a partir de su publicación en la *Gaceta Oficial*, por lo cual estuvo vigente hasta el 19 de Noviembre de 2004.

**Resolución N° 354 /006-E** de los mismos Ministerios, de fecha 9 de Noviembre de 2004, publicada en *Gaceta Oficial* N° 38.069, el 19 de Noviembre del mismo año; esta Resolución se fundamentó en algunas normas diferentes, debido a que algunos Decretos y algunas Leyes habían variado, así como también cambió la motivación de la misma.

En cuanto a la fundamentación legal señaló que sus bases normativas son:

- Decreto N° 3.125 sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Central de 15 de Septiembre de 2004 (*Gaceta Oficial* 38.027 del 21 de Septiembre de 2004),
- Ley de Protección al Consumidor y al Usuario vigente para ese momento publicada en la *Gaceta Oficial* N° 37.90 del 4 de Mayo de 2004, (Artículo 5°),
- Ley de Arrendamientos Inmobiliarios (Artículo 9°),
- Decreto 2.304 (Artículo 1°, numeral D, 2°, 3° y 7°),
- Decreto N° 3.125 sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Central de 15 de Septiembre de 2004.

Nuevamente el Decreto de Organización y Funcionamiento de la Administración Central, fue modificado debido a la creación del Ministerio de Alimentación. Sin embargo es básicamente la misma fundamentación de las otras Resoluciones, la que se invoca en esta, es decir la atribución al Ministerio de Producción y Comercio, en el numeral 7 del artículo 10° la “protección al consumidor” y la mención al numeral 10° de atribuciones residuales “las demás que le atribuyan las leyes y otros actos normativos...”.

Así como el artículo 16 que menciona las atribuciones del Ministerio de Infraestructura, numeral 6 (“*la fijación de tarifas y fletes sobre servicios específicos...*” y el numeral 9 sobre funciones residuales.

**- Ley de Protección al Consumidor y al Usuario que también había cambiado**

Esta ley había sido modificada y en su artículo 5° establece que:

*“A los efectos de esta Ley se consideran bienes y servicios de primera necesidad aquellos que por esenciales e indispensables para la población, determine expresamente mediante Decreto, el Presidente de la República en Consejos de Ministros. En este sentido, el Ejecutivo Nacional cuando las circunstancias económicas y sociales así lo requieran, a fin de garantizar el bienestar de la población, podrá dictar las medidas necesarias de carácter excepcional, en todo o en parte del territorio nacional, destinadas a evitar el alza indebida de los precios de bienes y las tarifas de servicios, declarados de primera necesidad.”*

El resto del basamento legal señalado es el mismo de las Resoluciones anteriores. Nuevamente es pertinente señalar que la norma de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario invocada como fundamento de la Resolución comentada, no limita ni siquiera indica cuáles serán las “*medidas necesarias*” que debería dictar el Ejecutivo en estos casos.

La variación en cuanto a la motivación de este acto administrativo, se revela al señalar en su texto lo siguiente:

*“Por cuanto es deber del estado garantizar el bienestar de la población en general y salvaguardar los derechos e intereses de los usuarios, habida cuenta de la declaratoria como servicio de primera necesidad (sic) los alquileres de vivienda, para lo cual se requiere realizar modificaciones a la normativa en materia inquilinaria, estos Despachos, Resuelven, Único. Prorrogar por seis (6) meses la medida de congelación de alquileres contenida en la Resolución Conjunta 152 y 046 de fecha 18 de Mayo de 2004, publicada en la Gaceta Oficial N° 37.941 de fecha 19 de Mayo de 2004, lapso que se contará a partir de la fecha de su publicación en Gaceta Oficial.”*

De este Resuelto en adelante, todos los demás que han sido dictados sobre esta misma temática, tienen la misma motivación.

Resolución N° 0047/028-E del 18 de Mayo 2005 (G.O. 38.189 misma fecha), la cual invoca como sus bases normativas las siguientes:

**- Ley Orgánica de la Administración Pública Central, Artículo 76, numeral 8.**

Es indispensable comentar que la Ley Orgánica de la Administración Pública, vigente para la fecha de esta Resolución y aún hoy día es la discutida por la Asamblea Nacional en el año 2001, promulgada el 17 de Octubre de 2001 y publicada en la *Gaceta Oficial* N° 37.305 de fecha 17 de Octubre de 2001.

Ahora bien, esa Ley Orgánica no había sido invocada como fundamento de los anteriores Resueltos de congelación de alquileres a pesar de estar vigente desde 2001, así que por primera vez es mencionada en esta Resolución del 18 de Mayo de 2005, y en particular se indica el numeral 8° del Artículo 76, que dice textualmente:

*“Refrendar los actos del Presidente o Presidenta de la República o del Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva que sean de su competencia y cuidar de su ejecución, así como de la promulgación y ejecución de los decretos o resoluciones que dicten.”*

La función de los Ministros de refrendar los actos del Presidente que sean de su competencia y cuidar de su ejecución, tiene una lógica interna insoslayable, pero nada tiene que ver con esta Resolución en particular, ya que esta no emana del Presidente de la

República ni del Vicepresidente, sino que es una decisión conjunta de dos Ministros con específicas atribuciones para normar esta materia si nos atenemos a la legislación vigente para el momento. Por lo tanto nada agrega a este Resuelto la ociosa cita de esta norma.

**El Decreto N° 3.125** sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Central de 15 de Septiembre de 2004, Art.18 numerales 6 y 7, que contiene las atribuciones del Ministerio de Infraestructura, y Artículo 10, numerales 16 y 17 que son las atribuciones del Ministerio de Industrias Ligeras y Comercio.

**Ley de Protección al Consumidor y al Usuario** vigente para ese momento publicada en la *Gaceta Oficial* N° 37.930 del 4 de Mayo de 2004 (Artículo 5°)

**Ley de Arrendamientos Inmobiliarios** (Artículo 9°)

**Decreto 2.304** (Artículo 1°, numeral D, 2°, 3° y 7°)

Por lo tanto las normativas basamento de este Resuelto, son las mismas señaladas con anterioridad salvo la Ley Orgánica de la Administración Pública, que innecesariamente fue invocada, como quedó dicho en su artículo 76 numeral 8°.

**Resolución N° 0106/088 del 17 Noviembre 2005** (*G.O.* 38.316 misma fecha) y la

**La Resolución N° 0165/048 del 15 de Mayo de 2006**, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 38.437 del 16 de Mayo del mismo año.

Son idénticas a las dos anteriores.

**La Resolución N° 152/046 del 14 de Noviembre de 2006** publicado en la *Gaceta Oficial* N° 38.564 de 15 de Noviembre del 2006, señala como su base normativa la siguiente:

**Ley Orgánica de la Administración Pública Central**, Artículo 76, numeral 8 y 26. En este Resuelto, además de invocar como funciones de los Ministros el refrendar los actos del Presidente que les atañan por sus funciones específicas, como se había hecho en el Resuelto anterior, se cita en numeral 26 del mismo Artículo 76 que tampoco agrega elemento alguno, porque se trata de la competencia residual de los Ministros en General, y el resto del acto es semejante a los cuatro anteriores.

**El Decreto N° 4595 que formula la Reforma de la Organización** y Funcionamiento de la Administración Pública Central, dictado el 12 de Junio de 2006 y publicado en *Gaceta Oficial* 38.464 el 22 de Junio de 2006, en sus Art.11 numerales 3 y 16, que contiene las atribuciones del Ministerio de Industrias Ligeras y Comercio, y Artículo 19 numeral 10 que son las atribuciones residuales del Ministerio de Infraestructura, ya que realmente corresponde al Ministerio de Industrias Ligeras y Comercio el control de los precios, a partir de este Decreto y debido a ello nos preguntamos por qué la Dirección de Inquilinato continúa adscrita a Infraestructura y no como debería ser, a Industrias Ligeras y Comercio.

- **Ley de Protección al Consumidor y al Usuario** vigente para ese momento (Artículo 5°), publicada en la *Gaceta Oficial* N° 37.90 del 4 de Mayo de 2004).

- **Ley de Arrendamientos Inmobiliarios** (Artículo 9°)

- **Decreto 2.304** (Artículo 1°, numeral D, 2°, 3° y 7°) **El mas reciente de los Resueltos es el número N° 243/069/026 de fecha 14 de Mayo de 2007**, publicado en la *Gaceta Oficial* N° 38.683 del 15 de Mayo de este mismo año, que prorroga la congelación de los alquileres de vivienda, varía ligeramente de los anteriores, en los siguientes puntos:

a) En cuanto a su fundamentación jurídica, nuevamente se había reformado en Decreto de Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Central, que ahora es el

Decreto 5.246 de fecha 28 de Marzo de 2007 (*Gaceta Oficial* N° 38.654 de fecha 28 de Marzo de 2007, en sus artículos 11°, numerales 3 (Ministerio de Industrias Ligeras y Comercio, función de control de precios) y 16 (defensa y protección del consumidor), artículo 19 numeral 9° (competencia residual del Ministerio de Infraestructura) y artículo 28 numeral 2° (atribución del Ministerio de Vivienda y Hábitat para regular, formular, ejecutar, hacer seguimiento a las políticas de vivienda). El resto de la fundamentación es igual a las anteriores.

b) Fue dictado por tres Ministros, Industrias Ligeras y Comercio, Infraestructura, y Vivienda y Hábitat, ya que había sido recientemente creado el Ministerio de Vivienda y Hábitat, que ya existía para la fecha en que se dictó la prórroga anterior, porque como quedó indicado el Decreto que reforma la Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Central fue dictado el 12 de Junio de 2006, la prórroga siguiente es de fecha 14 de Noviembre de 2006, pero no se incluyó al Ministro de Vivienda y Hábitat, ni se excluyó al de Infraestructura, como hubiera sido lo pertinente y lo ajustado a las normas vigentes.

c) Indica las atribuciones de los Ministerios de Industrias Ligeras y Comercio en cuanto a control de precios y de Vivienda y Hábitat en cuanto a políticas de vivienda, y la función residual del Ministro de Infraestructura, en pocas palabras, el Ministro de Infraestructura nada tiene que suscribir en un asunto que no es de su incumbencia, pero como la Dirección de Inquilinato sigue dentro de la organización de su Ministerio, tuvo que aparecer en el Resuelto.

Por lo tanto esta nueva declaratoria de prohibición de ajuste de los alquileres de vivienda, tampoco se basa en circunstancias de hecho, sino en el argumento de que la declaratoria como bien de primera necesidad de los alquileres de vivienda, hace necesaria la modificación de la legislación vigente, a cuyo efecto, y mientras tanto, hasta que se modifique esa legislación que no es otra que la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios, se proroga por seis meses mas la ya reiteradísima congelación de alquileres, que estará vigente hasta el 15 de Noviembre de 2007.

En realidad, en mi opinión, la declaratoria del alquiler de viviendas como bien de primera necesidad no genera la necesidad, el imperativo, de modificar la actual legislación inquilinaria, en la cual se contemplan previsiones y protecciones al arrendatario que fueron diseñadas precisamente para beneficio de los inquilinos, y así el Artículo 7° de dicha ley dispone:

*“Los derechos que la presente Ley establece para beneficiar o proteger a los arrendatarios son irrenunciables. Será nula toda acción, acuerdo o estipulación que implique renuncia, disminución o menoscabo de estos derechos.”*

Por lo tanto, el Ejecutivo podrá tomar otras decisiones que beneficien a los arrendatarios de vivienda, dentro del ámbito de sus atribuciones, pero el argumento de que esta nueva realidad que plantea la declaratoria de las viviendas en alquiler como bien de primera necesidad, no constituye un fundamento necesario y suficiente para modificar la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios.

#### IV. CONSECUENCIAS DE LA CONGELACIÓN DE LOS ALQUILERES DE VIVIENDAS

- Que la declaratoria de los alquileres de vivienda como “bien de primera necesidad”, perdurará en el tiempo como una nueva realidad, por decisión del Ejecutivo.

- Que esa realidad, según lo organismos administrativos encargados de la fijación de precios y del diseño de políticas de vivienda autores de los Resueltos comentados, genera la necesidad de modificar la legislación para adaptarla a ella.

- Que uno de los parámetros de la nueva legislación será la protección a los arrendatarios de viviendas.

- Podría derogarse la congelación de alquileres de viviendas, una vez promulgada la nueva Ley de Arrendamientos Inmobiliarios, pero las mismas no dejarán de estar fuertemente protegidas, es decir, reguladas, aún a costa de los derechos de los propietarios.

A este respecto podríamos preguntarnos si esta política de control obedece al verdadero deseo de proteger a los arrendatarios o a otras soterradas intenciones. Nos preguntamos, por qué declarar bien de primera necesidad a las viviendas arrendadas y no a todas las viviendas? Es que acaso en Venezuela que ostenta impudicamente una enorme riqueza y al mismo tiempo un déficit de 2.000.000 de viviendas, lo que le hace falta son solamente viviendas en alquiler o en realidad hacen falta vivienda, viviendas decentes, dignas, para albergar a familias que por mas de 50 años han esperado por la opción de un techo adecuado.

Nos preguntamos, es que acaso esta declaratoria parcial de bien esencial para la vida, solamente destinado a las viviendas en alquiler es animada por otros objetivos? Es que acaso se ignora que al congelar los montos de los cánones de arrendamiento durante mas de cuatro años y desfasar el precio de los alquileres de una inflación acumulada y confesada por el Estado en sus anuales aumentos de la Unidad Tributaria (en 2.002 era de Bs. 14.800 y en 2007 es de Bs. 37.632, es decir aproximadamente 250% de aumento) se provocar el desestímulo y la contracción del mercado de alquileres destinados a vivienda, como efectivamente ha sucedido? Es que acaso un Estado incapaz de emprender planes coherentes y eficientes de construcción de viviendas para vender, desecha irresponsablemente la alternativa que representa la vivienda en alquiler? Es que se persigue que los propietarios de inmuebles arrendados que no logren cubrir con la escasísima y mermada rentabilidad de sus inmuebles, los costos de mantenerlas en buen estado, y solventes en cuanto a pagos de impuestos, cuotas de condominio, etc., opten por abandonarlos en manos de sus propios inquilinos, o alguna otra intención inconfesable? - Por otra parte, si la oferta de viviendas para arrendamiento ya era escasa, para el año 2002, y desde la congelación de los alquileres, según cifras de la Cámara de Bienes Raíces y de la Organización AKROS, la oferta se ha contraído en un 70%, lo cual es dramático, desastroso para un país que ostenta el déficit de vivienda ya señalado, lo cual según datos del Instituto Nacional de Estadísticas (INE), que indican que las familias venezolanas están integrada por un promedio de 4,7 personas, significan un total aproximado de DIEZ MILLONES (10.000.000) de personas de un total de población de VEINTISÉIS MILLONES (26.000.000) de habitantes, es decir que mas del TREINTA Y OCHO POR CIENTO (38%) de la población carece de una vivienda. No se vislumbra en un escenario inmediato ni a mediano plazo tan siquiera un paliativo a tan dramática realidad, menos aún una solución.

La falta de vivienda aparece día a día como un drama particularmente para la población de menos recursos y para la clase media, para los jóvenes que quieren formar nuevas familias, y justamente esa realidad inocultable y la ineficiencia en la ejecución de los planes que ha intentado poner en marcha el Ejecutivo, ha llevado a las autoridades a la desesperación, al punto de atribuirle a la odiada figura del "casero", la responsabilidad de la falta de vivienda, lo cual ya no cree nadie porque este gobierno ya tiene 8 años en el poder sin siquiera hacer avances significativos hacia la solución, y ha ensayado improvisadas y parciales estrategias que Así por ejemplo, la Alcaldía Metropolitana ha expropiado inmuebles arrendados, pero en ningún caso ha pagado el justiprecio, ha incitado las invasiones de viviendas, tipificada como delito, ha propiciado el odio entre ricos y pobres, desconociendo que en nuestro país la mayor parte de los inmuebles arrendados pertenecen a personas de clase media que han invertido sus ahorros en el país para asegurarse una renta que les permita

vivir cuando ya laboralmente no estén activos. Todas esas estrategias han fracasado estrepitosamente y ahora justifican el fracaso al elegir una nueva vía de confrontación de intereses, pretendiendo modificar una Ley que ha traído solo beneficios y equilibrio en los derechos e intereses de las partes de un arrendamiento.

La incapacidad técnica oficial ya demostrada, para solucionar el problema, a lo cual se suma que ya los constructores privados no acompañan al Estado en esta tarea, porque no están dispuestos a plegarse a las condiciones que les impone el gobierno, como son plazos de entrega imposibles de cumplir, precios finales para la venta controlados mediante los análisis de costos y fijación de márgenes supuestamente razonables de ganancias, siguen agravando el problema. El Ejecutivo ha optado por comprar con dinero del Fondo de Desarrollo Nacional (FONDEN) que por ley deben destinarse a otros fines, viviendas ya edificadas supuestamente para repartirlas entre los mas necesitados.<sup>30</sup>

Otra estrategia de este Gobierno que se caracteriza por el totalitarismo mediático, es atribuirle a la clase media la responsabilidad de resolverle los problemas que hasta ahora en 8 años no ha podido resolver ni tiene siquiera planes viables para hacerlo. Así pues opta por la congelación de alquileres, el control de los precios de venta de los inmuebles, la ocupación arbitraria de inmuebles, la confiscación ( no expropiación) de inmuebles para cuyo pago del precio no solamente no hay el dinero disponible, ni tan siquiera tiene las provisiones futuras para cancelarlas y deja a propietarios e inquilinos en un limbo jurídico, los primeros no cobran los alquileres porque los inquilinos suponen que ya no tienen que pagarlos al propietario o arrendador, y tampoco tienen esperanzas de cobrar el precio de sus inmuebles, y los arrendatarios no pagan los alquileres al ente expropiante porque esos organismos no están preparados para recibir ese dinero, e incluso hay arrendatarios aún mas audaces que asumen que los inmuebles les serán regalados por el Ejecutivo metropolitano y nunca tendrán que pagar a nadie, alquileres ni precio de compra.

#### IV. CONSECUENCIAS DE LA CONGELACIÓN DE LOS ARRENDAMIENTOS DE VI-VIENDAS

En el año 2003, después de los acontecimientos históricos que mencionamos al comienzo, el Presidente cambió la orientación política que traía, comenzó a utilizar viejas instituciones, como la restricción a la convertibilidad de la moneda, la congelación y regulación de precios, para fortalecer su control político y afianzarse en el poder, asegurándose que nunca mas sucediera lo que pasó el 11 de Abril, en que estuvo fuera de la Presidencia por 48 horas, y luego a finales del 2002 y comienzos del 2003 el paro que logró vulnerar su poderío al paralizar la industria petrolera. Según mi visión, los controles de cambio y precios no son otra cosa que una forma de fortalecer el poder político, la intención de ellos no es resolver problemas a la población, evitar la especulación y la arbitrariedad, sino privar del acceso a las divisas a los opositores, disminuir hasta extinguir el poder económico de quienes le adversan políticamente a fin de que nunca mas puedan amenazar su estabilidad en la Presidencia, en resumen controlarlo todo. Dificultar la lucha de los opositores al quitarle la posibilidad de confrontarlo con recursos económicos que les permitan financiar sus acciones.

La motivación de las últimas cinco (5) Resoluciones que reiteran la congelación de alquileres de vivienda en todo el país, hace presumir que al modificarse la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios, quedará derogada la congelación de alquileres, pero no sabemos qué

---

30 Diario El Nacional, Nación sábado 26 de Mayo de 2007, p. 8.



sucedirá después y qué contenido y orientación traerá la nueva ley, pero los augurios no son halagüeños para propietarios y arrendadores.

El proyecto de reforma se encuentra aprobado en primera discusión por la Asamblea Nacional y está siendo debatido en los medios de comunicación, sin que sepamos si la Asamblea tendrá o no en cuenta el arduo debate público que ha suscitado y la preocupación de los arrendadores, arrendatarios, promotores, constructores, invasores, expropiados y expropiantes, así como de instituciones ligadas al desarrollo inmobiliario, en relación con el tema.

Esta normativa afecta a todos, aún a quienes no tienen inmuebles arrendados, bien sea como propietarios, arrendadores o arrendatarios, porque la nueva legislación que saldrá en breve de la Asamblea Nacional, puede constituir un incentivo o un veneno mortífero a las iniciativas de construcción de viviendas, ya que para quienes no tienen vivienda, la esperanza de activación de la industria de la construcción es la de un techo (propio o alquilado); también es esperanza de empleo para los trabajadores de la construcción hoy día convertidos en su mayoría en buhoneros o simples desempleados en busca de trabajitos temporales de mala calidad, sin la protección del sistema de seguridad social y sin estabilidad; para quienes quisieran invertir, en la posibilidad de poner sus ahorros en una industria de probada eficacia y confiabilidad; por otro lado, para quienes tienen vivienda propia y empleo estable, sería ver cumplida a aspiración de que sus compatriotas vivan mejor, encuentren vivienda, tengan empleo y mejoren su calidad de vida, para el gobierno, la posibilidad de ejecutar diferidos y fracasados planes de vivienda y el cumplimiento de lo que hasta ahora han sido decepcionantes promesas.

Podría también, quizás, ser el comienzo de una paz social sostenible y la disminución de las evidentes tensiones y agresiones que sufrimos cada día todos. Es decir, para todos es importantísima esta nueva normativa, si es positiva lo será para todos y si no lo es también será pésima para todos.

## V. CONCLUSIÓN

Me pregunto qué hubiera sucedido en Venezuela, si se hubiera declarado bien de primera necesidad el arrendamiento de viviendas y en vez de congelar los montos de los alquileres durante más de cuatro años, se hubieran destinado gran cantidad de recursos a la construcción de viviendas, para vender y para alquilar, si además se hubiera optado por buscar los mejores talentos en la planificación urbana, promoción, proyectos, diseño de viviendas, construcción, administración de obra y demás especialidades relacionadas con la construcción de viviendas, para emprender grandes planes de construcción de viviendas?

Sin una sola duda ni titubeo, en cuatro años tendríamos construidas más de un millón de viviendas (es decir a razón de 250.000, cantidad factible con las políticas y recursos adecuados), tendríamos más de cuatro millones de personas viviendo dignamente, se hubieran activado todas las industrias relacionadas con la construcción (partes eléctricas, aluminio, cemento, madera, cerámica, vidrio, etc.), se hubieran creado miles de puestos de trabajo, hubiera disminuido la marginalidad social y económica, los salarios crecerían sin la presión de la obligatoriedad, se habrían capacitado para el trabajo productivo en la construcción de viviendas decenas de miles de personas y, quizás no hubiéramos ya llegado a tener el país que queremos, pero estaríamos un poco más cerca.

¡Permitámonos soñar!

Caracas, Junio 2007

## VI. LISTADO DE DECRETO Y RESOLUCIONES

1. Decreto N° 2.304 del 3 de Febrero de 2003 (*G.O.* N° 37.626 del 6 de Febrero 2003)
2. Resolución N° 058 y 036 del 4 de Abril 2003 (*G.O.* N° 37.667 de 8-4-2003)
3. Resolución N° 152/046 del 18 de Mayo 2004, por 6 meses (*G.O.* N° 37.941 de 19-5-2004)
4. Resolución N° 354/006-E del 9 de Noviembre 2004, por 6 meses. (*G.O.* N° 38.069 de 19-11-2004)
5. Resolución N° 0047/026-E del 18 de Mayo 2005 (*G.O.* N° 38.189 misma fecha)
6. Resolución N° 0106/088 del 17 Noviembre 2005 (*G.O.* N° 38.316 misma fecha)
7. Resolución N° 0165/048 del 15 de Mayo 2006 (*G.O.* N° 38.437 de 16-05-2006)
8. Resolución N° 152/046 del 14 de Noviembre 2006 (*G.O.* N° 38.564 de 15 de Noviembre 2006)
9. Resolución N° 243/069/026 del 14 de Mayo 2007 (*G.O.* N° 38.683 de 15-5-2007)

## VII. EVOLUCIÓN DEL VALOR DE LA UNIDAD TRIBUTARIA DE 1994 A 2007

Año	Gaceta Oficial N°	Fecha de publicación	Valor de UT (Bs)
<b>2007</b>	<b>38.603</b>	<b>12/01/2007</b>	<b>37.632</b>
2006	38.350	04/01/2006	33.600
2005	38.116	27/01/2005	29.400
2004	37.876 Reimpresión en 37.877	10/02/2004 11/02/2004	24.700
2003	37.625	05/02/2003	19.400
2002	37.397	05/03/2002	14.800
2001	37.183 Reimpresión en 37.194	24/04/2001 10/05/2001	13.200
2000	36.957	24/05/2000	11.600
1999	36.673	05/04/1999	9.600
1998	36.432	14/04/1998	7.400
1997	36.220	04/06/1997	5.400
1996	36.003	18/07/1996	2.700
1995	36.673	07/04/1995	1.700
1994	Según el Código Orgánico Tributario. Art. N° 229 G.O.4.727 Ext.	27/05/1994	1.000

Fuentes: [www.seniat.gob.ve](http://www.seniat.gob.ve)

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

*Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* (todas las leyes, los decretos y resoluciones han sido consultados en la *Gaceta Oficial* publicada por el Tribunal Supremo de Justicia en su portal web: <http://www.tsj.gov.ve/gaceta/gacetaoficial.asp>).

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, *Gaceta Oficial* N° 36.860 de fecha 30 de Diciembre de 1999.

*Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Colección Textos Legislativos N° 1, Caracas 1987.

Ley de Arrendamientos Inmobiliarios, *Gaceta Oficial* N° 36.845 de fecha 7 de Diciembre de 1999.

Brewer-Carías, Allan R., “*El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*”, Editorial Jurídica Venezolana, Colección Estudios Jurídicos N° 16, Caracas 1997.



## LEGISLACIÓN



# Información Legislativa

## LEYES, DECRETOS NORMATIVOS, REGLAMENTOS Y RESOLUCIONES DE EFECTOS GENERALES DICTADOS DURANTE EL TERCER TRIMESTRE DE 2007

Recopilación y selección  
por Marianella Villegas Salazar  
*Abogado*

### SUMARIO

#### I. RÉGIMEN DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO

1. *Control de la gestión pública: Participación ciudadana.* 2. *Sistema Impositivo.* A. Impuestos: Impuesto Sobre la Renta. B. Emisión de facturas.

#### II. POLÍTICA, SEGURIDAD Y DEFENSA

1. *Derechos Constitucionales: Derechos Sociales y de las Familias.* 2. *Política de Relaciones Exteriores.* A. Tratados, Acuerdos y Convenios: Acuerdos y Tratados Bilaterales. B. Integración Latinoamericana y Caribeña.

#### III. DESARROLLO ECONÓMICO

1. *Régimen de la Moneda: Reconversión Monetaria.* 2. *Régimen Cambiario: Adquisición de divisas.* 3. *Régimen de los Bancos y Otras Instituciones Financieras.* 4. *Régimen del Comercio Interno.* A. Precio Máximo de venta al público. B. Subsidios. 5. *Régimen de Energía y Minas.* A. Reorganización del Sector Eléctrico. B. Gas Natural. 6. *Régimen de los Bienes Públicos: Conservación y mantenimiento.*

#### IV. DESARROLLO SOCIAL

1. *Salud.* A. Servicios de agua potable y de saneamiento. B. Lactancia materna. 2. *Cultura: Bienes y sitios de interés cultural.* 3. *Régimen de Protección de Niños y Adolescentes.* 4. *Régimen de los Discapacitados.* 5. *Régimen de los Juegos y Apuestas Lícitas: Actividades hípcas.* 6. *Régimen de la Vivienda.* A. Ley Especial de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda. B. Deudores hipotecarios en moneda extranjera. C. Viviendas básicas y viviendas de desarrollo progresivo. D. Sistema Nacional de Vivienda y Hábitat.

#### V. DESARROLLO FÍSICO Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO

1. *Régimen de protección del medio ambiente y de los recursos naturales renovables: Productos Forestales.* 2. *Régimen de las Comunicaciones: Telefonía móvil.* 3. *Régimen del Transporte y Tránsito.* A. Transporte y Tránsito Terrestre. a. Servicio de Transporte Terrestre Público de Pasajeros. b. Servicios de Estacionamiento.

## **I. RÉGIMEN DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO**

### *1. Control de la gestión pública: Participación ciudadana*

Resolución N° 01-00-000225 de la Contraloría General de la República, mediante la cual se dictan las Normas para Fomentar la Participación Ciudadana, en los términos que en ella se indica. *G.O.* N° 38.750 de 20-8-2007.

### *2. Sistema Impositivo*

#### *A. Impuestos: Impuesto Sobre la Renta*

Providencia N° 0469 del Servicio Nacional de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT), mediante la cual se establece el Procedimiento para la aplicación, declaración y enteramiento de las Retenciones del Impuesto Sobre la Renta y el Régimen Especial de Facturación, de las personas dedicadas a la explotación de las actividades de loterías. *G.O.* N° 38.736 de 31-7-2007.

#### *B. Emisión de facturas*

Providencia N° 0591 del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributario (SENIAT), que establece las Normas Generales de Emisión de Facturas y otros documentos. *G.O.* N° 38.759 de 31-8-2007.

Providencia N° SNAT/2007/0592 del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributario (SENIAT), que establece las Normas Relativas a Imprentas y Máquinas Fiscales para la Elaboración de Facturas y otros documentos. *G.O.* N° 38.759 de 31-8-2007.

## **II. POLÍTICA, SEGURIDAD Y DEFENSA**

### *1. Derechos Constitucionales: Derechos Sociales y de las Familias*

Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia. (Se reimprime por error material del ente emisor). *G.O.* N° 38.770 de 17-9-2007.

Ley para Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad. *G.O.* N° 38.773 de 20-9-2007.

### *2. Política de Relaciones Exteriores*

#### *A. Tratados, Acuerdos y Convenios: Acuerdos y Tratados Bilaterales*

Ley Aprobatoria del Acuerdo de Cooperación Turística entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Árabe Siria. *G.O.* N° 38.732 de 25-7-2007.

Ley Aprobatoria de Cooperación Específico para la Ejecución de la Misión Milagro, Complementario al Acuerdo Marco de Cooperación entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República del Paraguay. *G.O.* N° 38.732 de 25-7-2007.

Ley Aprobatoria del Acuerdo para la Cooperación Económica y Social entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la Mancomunidad de Dominica. *G.O.* N° 38.732 de 25-7-2007.



Ley Aprobatoria del Acuerdo entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno del Estado de Qatar sobre Servicios Aéreos. *G.O.* N° 38.732 de 25-7-2007.

Ley Aprobatoria del Acuerdo para la Cooperación Económica y Social entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de San Vicente y las Granadinas. *G.O.* N° 38.736 de 31-7-2007.

Ley Aprobatoria del Acuerdo para la Instrumentación de la Cooperación en el Sector Energético entre la República Bolivariana de Venezuela y la República del Paraguay. *G.O.* N° 38.736 de 31-7-2007.

Resolución N° DM/193 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, mediante la cual se suscribe el Memorándum de Entendimiento entre la República Argentina y la República Bolivariana de Venezuela, para el diseño y Construcción de Facilidades para la Regasificación de Gas Natural Licuado (GNL), en los términos que en ella se indica. *G.O.* N° 38.760 de 3-9-2007.

Resolución N° DM/194 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, mediante la cual se suscribe el Memorándum de Compromiso entre la República de Bolivia y la República Bolivariana de Venezuela, para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en el Norte de la Paz, en los términos que en ella se menciona. *G.O.* N° 38.760 de 3-9-2007.

Resolución N° DM/195 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, mediante la cual se suscribe el Memorándum de entendimiento para una Agenda Futura en Materia energética, entre la República de Bolivia y la República Bolivariana de Venezuela, en los términos que en ella se especifica. *G.O.* N° 38.760 de 3-9-2007.

Resolución N° DM/196 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, mediante la cual se suscribe el Memorándum de Compromiso entre la República de Bolivia y la República Bolivariana de Venezuela, para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en Tarija, Chuquisaca y Santa Cruz, en los términos que en ella se indica. *G.O.* N° 38.760 de 3-9-2007.

Resolución N° DM 161 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, por la cual se ordena publicar el texto del Acuerdo de Creación de la Comisión Mixta de Alto Nivel Venezuela - Bolivia. *G.O.* N° 38.739 de 3-8-2007.

Resolución N° DM 162 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, por la cual se ordena publicar el texto del Comunicado Conjunto Sobre el Establecimiento de Relaciones Diplomáticas entre la República Bolivariana de Venezuela y la República de Boswana. *G.O.* N° 38.739 de 3-8-2007.

Ley Aprobatoria del Acuerdo de Cooperación Educativa entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la Mancomunidad de Dominica. *G.O.* N° 38.751 de 21-8-2007.

Ley Aprobatoria del Acuerdo Complementario al Convenio de Cooperación y Amistad entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno del Estado de Grenada para la realización de obras de infraestructura del Complejo Habitacional "Simón Bolívar" en el Estado de Grenada. *G.O.* N° 38.751 de 21-8-2007.

Ley Aprobatoria del Acuerdo Complementario al Acuerdo Marco de Cooperación entre la República Bolivariana de Venezuela y la República de Gambia en el Área de Turismo. *G.O.* N° 38.751 de 21-8-2007.

Ley Aprobatoria del Acuerdo Complementario al Acuerdo Marco de Cooperación entre la República Bolivariana de Venezuela y la República de Gambia en el Sector Energético. *G.O.* N° 38.751 de 21-8-2007. *G.O.* N° 38.751 de 21-8-2007.

Ley Aprobatoria del Acuerdo Complementario al Acuerdo Marco de Cooperación entre la República Bolivariana de Venezuela y la República de Gambia en el Sector Agrícola. *G.O.* N° 38.751 de 21-8-2007.

Ley Aprobatoria del Memorándum de Entendimiento en el Campo de Vivienda y Construcción entre el Gobierno de la República Árabe y el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela. *G.O.* N° 38.751 de 21-8-2007.

Resolución N° DM 167 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, por la cual se publica el Acuerdo de Supresión de Visas en Pasaportes Diplomáticos, Oficiales y de Servicio entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República de Gambia. *G.O.* N° 38.751 de 21-8-2007.

Resolución N° DM 168 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, por la cual se ordena publicar el Memorándum de Entendimiento en el Área de Patrimonio Cultural entre la República Bolivariana de Venezuela y la República Islámica de Irán. *G.O.* N° 38.751 de 21-8-2007.

Ley Aprobatoria del Memorándum de Entendimiento sobre la Cooperación en el Sector Energético entre la República Bolivariana de Venezuela y la República Árabe Siria. *G.O.* N° 38.753 de 23-8-2007.

Ley Aprobatoria del Acuerdo de Cooperación en Materia de Educación Superior entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República de Bolivia. *G.O.* N° 38.753 de 23-8-2007.

Ley Aprobatoria del Acuerdo Básico de Cooperación Técnica entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela. *G.O.* N° 38.753 de 23-8-2007.

Ley Aprobatoria del Acuerdo Complementario al Acuerdo Marco de Cooperación entre la República Bolivariana de Venezuela y la República de Gambia en Materia de Cooperación Económica y Social. *G.O.* N° 38.753 de 23-8-2007.

#### B. *Integración Latinoamericana y Caribeña*

Ley Aprobatoria del Acuerdo de Cooperación entre la República Bolivariana de Venezuela y el Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD). *G.O.* N° 38.736 de 31-7-2007.

Resolución N° DM/192 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, por la cual se constituye la "Oficina para la Cooperación Tripartita entre la República de Haití, la República de Cuba y la República Bolivariana de Venezuela". *G.O.* N° 38.760 de 3-9-2007.

### III. DESARROLLO ECONÓMICO

#### 1. *Régimen de la Moneda: Reconversión Monetaria*

Resolución N° 07-09-01 del Banco Central de Venezuela, por la cual se dispone que las expresiones en moneda nacional contenida en todo instrumento, acto o negocio jurídico celebrados hasta el 31 de diciembre de 2007, que mantengan sus efectos legales con posterioridad a dicha fecha, se entenderán automáticamente reexpresados, a partir del 1° de enero de 2008. *G.O.* N° 38.773 de 20-9-2007.

Resolución N° 07-08-01 del Banco Central de Venezuela, por la cual se dictan las Normas que rigen aspectos comunicacionales de la Reversión Monetaria. *G.O.* N° 38.756 de 28-8-2007.

#### 2. *Régimen Cambiario: Adquisición de divisas*

Providencia Conjunta N° 083 y PRE-111-07 de la Comisión Nacional de Divisas y del Instituto Nacional de Aeronáutica Civil, mediante la cual se establecen los Requisitos y trámites para la solicitud de autorización de adquisición de divisas destinadas a las operaciones propias de la Aeronáutica Civil Nacional. *G.O.* N° 38.759 de 31-8-2007.

#### 3. *Régimen de los Bancos y Otras Instituciones Financieras*

Resolución N° 07-07-01 del Banco Central de Venezuela, por la cual se dictan las Normas que Regirán la Constitución del Encaje. *G.O.* N° 38.722 de 10-7-2007.

Resolución N° 07-07-02 del Banco Central de Venezuela, por la cual se dispone que los bancos, entidades de ahorro y préstamo y demás instituciones financieras, no podrán cobrar por sus operaciones activas, una tasa de interés anual o de descuento superior a la tasa fijada periódicamente por el Directorio del Banco Central de Venezuela para las operaciones de descuento, redescuento, reporto y anticipo que en ella se señalan. *G.O.* N° 38.722 de 10-7-2007.

Resolución N° 202.07 de la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras, por la cual se Dictan las Instrucciones relativas al pago del aporte especial que deben efectuar los Bancos Universales, Bancos Comerciales, Bancos Hipotecarios, Bancos de Inversión, Bancos de Segundo Piso, Bancos de Desarrollo, Arrendadoras Financieras, Fondos del Mercado Monetario, Banco Nacional de Vivienda y Hábitat, Entidades de Ahorro y Préstamo, Instituto Municipal de Crédito Popular (I.M.C.P.), y demás personas sometidas a la supervisión y control de esta Superintendencia, los Bancos sometidos a leyes especiales, entes intervenidos, estatizados, en liquidación o sometidos a medida administrativa. Así como los Bancos, Entidades de Ahorro y Préstamo, Otras Instituciones Financieras y demás personas que por leyes especiales estén sometidas al control de esta Superintendencia, sujetos a intervención o en proceso de rehabilitación o liquidación. *G.O.* N° 38.748 de 16-8-2007.

Resolución N° 201.07 del Ministerio del Poder Popular para las Finanzas (Oficina Nacional de Presupuesto), por la cual se dictan las Instrucciones relativas al pago del aporte especial que deben efectuar las casas de cambio, los operadores cambiarios fronterizos, los fondos de capital de riesgo, las sociedades de capital de riesgo, los fondos nacionales de garantías recíprocas y las sociedades de garantías recíprocas. *G.O.* N° 38.745 de 13-8-2007.

#### 4. *Régimen del Comercio Interno*

##### A. *Precio Máximo de venta al público*

Resolución N° DM/300 del Ministerio del Poder Popular para las Industrias Ligeras y Comercio, por la cual se dispone que con ocasión de la Reversión Monetaria, se expresa, tanto en bolívares actuales (Bs.) como en bolívares fuertes (Bs. F.), el Precio Máximo de Venta al Público (PMVP) fijado para los productos de higiene personal, aseo del hogar que en ella se detallan. *G.O.* N° 38.777 de 26-9-2007.

Resolución Conjunta N° DM/299, DM/142/2007 y DM 083 de los Ministerios del Poder Popular para las Industrias Ligeras y Comercio, para la Agricultura y Tierras y para la Alimentación, por la cual se dispone que con ocasión de la Reversión Monetaria, se expresa, tanto en bolívares actuales (Bs.) como en bolívares fuertes (Bs. F.), el Precio Máximo de Venta al Público (PMVP) fijado para los productos alimenticios que en ella se indican. *G.O.* N° 38.777 de 26-9-2007

Resolución Conjunta N° DM/305 y DM/202 de los Ministerios del Poder Popular para las Industrias Ligeras y Comercio y para la Salud, por la cual se dispone que con ocasión de la Reversión Monetaria, se expresan, tanto en bolívares actuales (Bs.) como en bolívares fuertes (Bs. F.) los Precios Máximos de Venta fijados para los medicamentos que en ella se especifican. *G.O.* N° 38.777 de 26-9-2007.

Resolución Conjunta N° DM/301, DM/050 y DM S/N de los Ministerios del Poder Popular para las Industrias Ligeras y Comercio, para la Infraestructura y para la Vivienda y el Hábitat, por la cual se dispone que con ocasión de la Reversión Monetaria, se expresa, tanto en bolívares actuales (Bs.) como en bolívares fuerte (Bs. F.), el Precio Máximo de Venta al Público (PMVP) fijado en los materiales para construcción que en ella se señalan. *G.O.* N° 38.777 de 26-9-2007.

#### B. *Subsidios*

Resolución Conjunta N° DM/077, DM, DM, DM, DM, DM, DM, DM, DM, DM, DM, DM y DM de los Ministerios del Poder Popular para la Alimentación, para la Educación, para el Deporte, para la Salud, para la Economía Comunal, para la Planificación y Desarrollo, para la Agricultura y Tierras, para la Participación y Protección Social, para las Industrias Ligeras y Comercio, para Ciencia y Tecnología, para la Energía y Petróleo, para las Finanzas y para la Defensa, mediante la cual se regula el mecanismo para la aplicación del subsidio a la leche en polvo importada, destinada al consumo doméstico conforme a la aprobación del ciudadano Presidente de la República Bolivariana de Venezuela, en los términos que en ella se indica. *G.O.* N° 38.766 de 11-9-2007.

#### C. *Producción de maíz*

Resolución Conjunta N° DM, DM y DM/078 de los Ministerios del Poder Popular para las Industrias Ligeras y Comercio, para la Agricultura y Tierras y para la Alimentación, por la cual se prohíbe temporalmente la extracción, exportación y reexportación del arroz, en cualquier volumen, modalidad y presentación, bien sea de producción nacional o proveniente de procesos de importación. *G.O.* N° 38.772 de 19-9-2007

### 5. *Régimen de Energía y Minas*

#### A. *Reorganización del Sector Eléctrico.*

Decreto N° 5.330 de la Presidencia de la República, con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Reorganización del Sector Eléctrico. *G.O.* N° 38.736 de 31-7-2007.

#### B. *Gas Natural*

Resolución N° 162 del Ministerio del Poder Popular para la Energía y Petróleo, por la cual se dictan las Normas Técnicas Aplicables (NTA) para el aseguramiento de la calidad del gas natural en sistemas de transporte y distribución. *G.O.* N° 38.771 de 18-9-2007

### 6. *Régimen de los Bienes Públicos: Conservación y mantenimiento*

Ley de Conservación y Mantenimiento de los Bienes Públicos. *G.O.* N° 38.756 de 28-8-2007.

## IV. **DESARROLLO SOCIAL**

### 1. *Salud*

#### A. *Servicios de agua potable y de saneamiento*

Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica para la Prestación de los Servicios de Agua Potable y de Saneamiento. *G.O.* N° 38.763 de 6-9-2007.

B. *Lactancia materna*

Ley de Promoción y Protección de la Lactancia Materna. *G.O.* N° 38.763 de 6-9-2007.

2. *Cultura: Bienes y sitios de interés cultural*

Declaratoria N° 020/07 del Instituto de Patrimonio Cultural, mediante la cual se establece Sitio de Interés Cultural de la República Bolivariana de Venezuela, al área representativa del paisaje cultural de Ciudad Bolívar en la angostura del Orinoco. *G.O.* N° 38.745 de 13-8-2007.

Providencia N° 026/07 del Ministerio del Poder Popular para la Cultura, mediante la cual se declara Bien de Interés Cultural, la manifestación cultural el Culto de San Benito y el toque de los Chimbánguele, que se desarrolla en la Región Zuliana, Municipio Sucre, del estado Zulia. *G.O.* N° 38.751 de 21-8-2007.

3. *Régimen de Protección de Niños y Adolescentes*

Decisión del Consejo Nacional de Derechos del Niño y del Adolescente, mediante la cual se dictan los Lineamientos para Garantizar la Protección de los Niños, Niñas y Adolescentes contra la Pornografía Infantil como forma de explotación Sexual Comercial. *G.O.* N° 38.753 de 23-8-2007.

Decisión del Consejo Nacional de Derechos del Niño y del Adolescente mediante la cual se dictan los Lineamientos para Garantizar la Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes con Discapacidad. *G.O.* N° 38.759 de 31-8-2007

4. *Régimen de los Discapacitados*

Resolución N° 2417, por la cual se fijan los Lineamientos sobre el pleno ejercicio del derecho de las personas con discapacidad a una Educación Superior de calidad. *G.O.* N° 38.731 de 23-7-2007.

5. *Régimen de los Juegos y Apuestas Lícitas: Actividades hípicas*

Providencia N° RGE0808001 del Ministerio de Finanzas (Superintendencia Nacional de Actividades Hípicas), mediante la cual se establece un requisito adicional a los exigidos a un ejemplar equino para su inscripción en participación de pruebas públicas programadas por los Hipódromos y establecidas en la normativa vigente, como lo es la inclusión en el ejemplar del microchip contentivo de la información que constituye la identificación del mismo en los Registros Genealógicos, en los términos que en ella se indica. *G.O.* N° 38.755 de 27-8-2007

6. *Régimen de la Vivienda*

A. *Ley Especial de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda*

Ley de Reforma Parcial de la Ley Especial de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda. *G.O.* N° 38.756 de 28-8-2007.

B. *Deudores hipotecarios en moneda extranjera*

Resolución N° JD-07-03 del Ministerio del Poder Popular para la Vivienda y el Hábitat. BANAVIH, por la cual se modifica el Instructivo para el Recálculo de los Créditos Hipotecarios de Vivienda Otorgados en Moneda Extranjera por entes no financieros, de acuerdo con los términos que en ella se especifican. (Reformado por el Instructivo publicado en la *G.O.* N° 38.802 del 2-11-2007). *G.O.* N° 38.723 de 11-7-2007.

C. *Viviendas básicas y viviendas de desarrollo progresivo*

Resolución N° 088 Ministerio del Poder Popular para la Vivienda y el Hábitat, por la cual se establecen las características o condiciones mínimas de las viviendas básicas y de las viviendas de desarrollo progresivo que en lo sucesivo serán construidas tanto por el sector público como por el sector privado. *G.O.* N° 38.750 de 20-8-2007.

D. *Sistema Nacional de Vivienda y Hábitat*

Resolución N° 089 del Ministerio del Poder Popular para la Vivienda y el Hábitat, por la cual se establecen los Lineamientos para el desarrollo del Sistema de Elegibilidad de Beneficiarios como parte integrante de la función político social del Sistema Nacional de Vivienda y Hábitat. *G.O.* N° 38.755 de 27-8-2007.

**V. DESARROLLO FÍSICO Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO**

1. *Régimen de protección del medio ambiente y de los recursos naturales renovables: Productos Forestales*

Decreto N° 5.565 de la Presidencia de la República, mediante el cual se dicta el Reglamento sobre Retención, Comiso y Adjudicación de Productos Forestales. *G.O.* N° 38.762 de 5-9-2007.

Resolución N° 095 del Ministerio del Poder Popular para el Ambiente, por la cual se dictan las Normas para el Programa de Zoocría de la Especie *Geochelone Carbonaria* (Morrocoy Sabanero). *G.O.* N° 38.750 de 20-8-2007.

2. *Régimen de las Comunicaciones: Telefonía móvil*

Providencia N° 1039 de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), por la cual se dictan las Condiciones bajo las cuales los Operadores de Servicios de Telefonía Móvil podrán ofrecer la facilidad de Mensajería de Texto. *G.O.* N° 38.730 de 20-7-2007.

3. *Régimen del Transporte y Tránsito*

A. *Transporte y Tránsito Terrestre*

a. *Servicio de Transporte Terrestre Público de Pasajeros*

Resoluciones Conjuntas N° 053 y 302; y, 304 y 052 de los Ministerios del Poder Popular para las Industrias Ligeras y Comercio y para la Infraestructura, por las cuales se dispone que con ocasión de la Reconversión Monetaria, se expresan, tanto en bolívares actuales (Bs.) como en bolívares fuertes (Bs. F.), los Precios Máximos de las tarifas a ser cobradas en el servicio de transporte terrestre público de pasajeros en las rutas interurbanas y suburbanas. *G.O.* N° 38.777 de 26-9-2007.

b. *Servicios de Estacionamiento*

Resolución N° DM/303 y DM/051 Ministerios del Poder Popular para las Industrias Ligeras y Comercio y para la Infraestructura, por la cual se dispone que con ocasión de la Reconversión Monetaria, se expresa, tanto en bolívares actuales (Bs.) como en bolívares fuertes (Bs. F.), el Precio Máximo de Venta al Público (PMVP), fijado para los servicios de estacionamiento o garaje destinados a la recepción, guarda y custodia de vehículos automotores. *G.O.* N° 38.777 de 26-9-2007.

## Comentario Legislativo

### LEY DE MIGRACIÓN A EMPRESAS MIXTAS DE LOS CONVENIOS DE ASOCIACIÓN DE LA FAJA PETROLÍFERA DEL ORINOCO, ASÍ COMO DE LOS CONVENIOS DE EXPLORACIÓN A RIESGO Y GANANCIAS COMPARTIDAS

Carlos González Urdaneta<sup>1</sup>

**Resumen:** *El artículo analiza el impacto de la Ley de Migración a Empresas Mixtas de los Convenios de Asociación de la Faja Petrolífera del Orinoco, así como de los Convenios de Exploración a Riesgo y Ganancias Compartidas.*

Este importante texto normativo es emitido por el Presidente de la República en su condición de máxima autoridad del Poder Ejecutivo Nacional, con ocasión a la autorización que recibió del Poder Legislativo Nacional para dictar Decretos con *rango, valor y fuerza* de Ley formal en diversas materias del acontecer nacional, conforme a lo previsto en el artículo 203 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Nos referimos a la *Ley Habilitante* dictada por la Asamblea Nacional, cuya publicación consta en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 38.617 del 01 de febrero de 2.007.

Conforme al texto del numeral 11 del artículo 1° de esta *Ley Habilitante*, el Presidente de la República obtuvo la autorización de la Asamblea Nacional para normar, mediante actos de rango legal, los asuntos que a su discreción merezcan ser ajustados en el sector energético. En este contexto, el Legislativo consideró prudente autorizar de manera específica al Ejecutivo Nacional para “*dictar normas que permitan al Estado asumir directamente, o mediante empresas de su exclusiva propiedad, el control de las actividades realizadas por las asociaciones que operan en la Faja Petrolífera del Orinoco, incluyendo mejoradores y las asignaciones de exploración a riesgo y ganancias compartidas, para regularizar y ajustar sus actividades dentro del marco legal que rige a la industria petrolera nacional, a través de la figura de empresas mixtas o de empresas de la exclusiva propiedad del Estado*”.

Es por ello que se dicta el cuerpo normativo que nos ocupa. Probablemente, el Presidente de la República, entre varias propuestas, optó por la denominación *Ley de Migración a Empresas Mixtas de los Convenios de Asociación que operan en la Faja Petrolífera del Orinoco, así como los Convenios de Exploración a Riesgo y Ganancias Compartidas*, para lograr, sin dilaciones, el entendimiento del mandato legal por sus destinatarios.

---

<sup>1</sup> Universidad Central de Venezuela-Abogado (2003).  
Especialización en Derecho Administrativo en la Universidad Central de Venezuela – Tesista.

El mensaje es claro, es un llamado a la conformación de *Empresas Mixtas de Hidrocarburos*<sup>2</sup> como fórmula única permitida por el ordenamiento jurídico para la participación del capital privado en la realización de las actividades que han sido calificadas por la vigente *Ley Orgánica de Hidrocarburos*<sup>3</sup> como actividades primarias.

Estas actividades sólo pueden ser realizadas por el Estado directamente o mediante entes de su exclusiva propiedad, o mediante la conformación de empresas mixtas con la participación de los particulares. Se insiste, tales actividades<sup>4</sup> han sido reservadas al Estado, y la participación privada sólo tendrá lugar a partir de la materialización de un contrato de sociedad, esencialmente administrativo, a través de la constitución de una empresa mixta.

Ahora bien, para visualizar el contexto que inspira el Decreto-Ley en estudio, brevemente debemos recordar que los convenios de asociación cuya migración a empresas mixtas es ordenada, tuvieron lugar durante la vigencia de la *Ley que Reserva al Estado la Industria y Comercio de los Hidrocarburos*<sup>5</sup>, dictada en el año 1975 e históricamente conocida como Ley de Nacionalización. La figura de los convenios de asociación se encontraba plasmada en el artículo 5 de dicha Ley y, por la dinámica del sector, éstos se estructuraron bajo dos categorías a saber: las *Asociaciones Estratégicas* y los *Convenios de Exploración a Riesgo y Ganancias Compartidas*.

Debido a la importancia del referido artículo, citaremos a continuación el contenido de su único aparte: “*En casos especiales y cuando así convenga al interés público el Ejecutivo Nacional o los referidos entes podrán, en el ejercicio de cualquiera de las señaladas actividades, celebrar convenios de asociación con entes privados con una participación tal que garantice el control por parte del Estado y con una duración determinada.*”

*Para la celebración de tales convenios se requerirá la previa autorización de las Cámaras en sesión conjunta, dentro de las condiciones que fijen, una vez que hayan sido debidamente informadoras por el Ejecutivo Nacional de todas las circunstancias pertinentes.*” (destacado nuestro).

En tal sentido, bajo el imperio de la normativa trascrita, entre los años 1.993 y 1.997 y con aires de apertura petrolera se celebraron tres (3) Rondas de Negocios para la asignación de los proyectos que dieron lugar a la creación de las asociaciones cuya migración a empresas mixtas hoy es imperativa. Éstas son las siguientes:

1.- Las **Asociaciones Estratégicas** que se encuentran realizando operaciones relacionadas con la **Faja Petrolífera del Orinoco**, constituidas por las empresas *Petrozuata, S.A.* (por asociación de *PDVSA* y *ConocoPhillips*), *Sincrudos de Oriente, S.A.* (*Sincor, S.A.*, por

---

2 Se hace énfasis en su denominación en virtud del especial régimen que sobre éstas recaer, siendo similar pero no exactamente el mismo que impera para las empresas de capital mixto previstas en el artículo 100 de la vigente *Ley Orgánica de Administración Pública*, esto sin perjuicio de su categorización como *Empresas del Estado*.

3 *Ley Orgánica de Hidrocarburos* publicada en la *Gaceta Oficial* N° 37.323 del 13 de noviembre de 2.001.

4 Conforme al artículo 9 de la *Ley Orgánica de Hidrocarburos*, las actividades primarias reservadas al Estado son las relativas a la exploración de yacimientos de hidrocarburos líquidos, su extracción en estado natural, así como su recolección, transporte y almacenamiento iniciales. Son actividades que conforman el esquema aguas arriba de la cadena de valores del sector.

5 Publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 1.769 Extraordinario del 29 de agosto de 1.975, durante el primer mandato de Carlos Andrés Pérez (1974-1979).



*asociación de PDVSA, Total y Statoil), Petrolera Cerro Negro, S.A., (por asociación de PDVSA, Exxon Mobil y British Petroleum) y Petrolera Hamaca, C.A. (Petrolera Ameriven por asociación de PDVSA, ConocoPhillips y Chevron),*

2.- Las asociaciones constituidas para ejecutar proyectos bajo la modalidad de **Exploración a Riesgo y Ganancias Compartidas** que realizan operaciones en el **Golfo de Paria Oeste** (*por asociación de PDVSA, ConocoPhillips, Eni Venezuela B.V. y OPIC Karimun Corporation*); en el **Golfo de Paria Este** (*por asociación de ConocoPhillips, Ineletra, Eni y OPIC Karimun Corporation*) y; en **La Ceiba** (*por asociación de Exxon Mobil y Petro-Canadá*).

3.- La empresa encargada de los procesos relativos al combustible sustituto del carbón denominado **Orimulsión®**, Orifuels Sinoven, S.A., (Sinovensa, por asociación de PDVSA, China National Petroleum Corporation – CNPC Services de Venezuela y PetroChina Fuel Oil Company).

Las críticas más controversiales sobre estos convenios de asociación versan sobre los que adoptaron la figura de las denominadas *asociaciones estratégicas*, y especialmente guardan relación con los bajos porcentajes que debían pagarse por conceptos de regalía e impuesto sobre la renta, así como con la participación pública minoritaria en todas estas.

Entendido lo anterior, abordaremos el objeto del Decreto-Ley que es la migración o transformación de las asociaciones señaladas anteriormente en **Empresas Mixtas de Hidrocarburos**. Así, guardando la sintonía con lo señalado hasta el momento, las empresas mixtas de hidrocarburos son una consecuencia de la entrada en vigencia de la *Ley Orgánica de Hidrocarburos*, cuyo espíritu ha sido la reordenación de este importante sector.

Por ello ha de entenderse que la vigente *Ley Orgánica de Hidrocarburos* ratifica la eliminación del mecanismo de las concesiones administrativas, dando paso a la única fórmula por medio de la cual el Legislador consideró posible la participación de las empresas privadas en la realización de las actividades económicas reservadas al Estado, que son las ya nombradas empresas mixtas de hidrocarburos.

Así, las empresas que resulten de la migración de los convenios de asociación que operaban en la Faja Petrolífera del Orinoco, así como de los establecidos bajo la modalidad de exploración a riesgo y ganancias compartidas, encuentran su marco normativo inicial en el Decreto-Ley aquí comentado, en la *Ley Orgánica de Hidrocarburos* y en los *Términos y Condiciones para la Creación y Funcionamiento de las Empresas Mixtas*<sup>6</sup> aprobados por la Asamblea Nacional.

En este sentido, conviene destacar que en la *Ley Orgánica de Hidrocarburos* está establecida la obligación del Estado de promover la concurrencia del capital privado mediante procedimientos competitivos de selección, cuando considere necesaria su participación o colaboración en la realización de determinadas actividades.

---

6 Según publicación en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 38.506 del 23 de agosto de 2.006, que sustituye los contenidos en la publicación N° 38.410 del 31 de marzo de 2.006.

No obstante, el caso que nos ocupa opera la excepción<sup>7</sup> a dicho imperativo, permitiéndose la selección directa del socio minoritario de las empresas mixtas, lo que implica que no se promoverá la concurrencia mediante los normales procedimientos competitivos de selección.

Este mecanismo de excepción tiene lugar a partir de la declaratoria expresa de *circunstancia especial de interés público* que ha sido otorgada a la migración de los convenios de asociación, conforme al artículo 6 del Decreto-Ley.

Sin embargo, quien suscribe es de la opinión que de no lograrse un acuerdo entre las empresas privadas que actualmente forman parte de los convenios de asociación y la petrolera Estatal, sí debe promoverse la concurrencia privada mediante la realización de los procedimientos competitivos de selección, por cuanto ha de entenderse que la *circunstancia especial de interés público* ha cesado, ya que sólo operaría para seleccionar de manera directa a las empresas ligadas a los convenios de asociación señalados en el Decreto-Ley, y no a otras diferentes.

Lo anterior guarda relación con el contenido del artículo 5 del texto normativo analizado, que señala que de no lograrse el acuerdo para la constitución y funcionamiento de las empresas mixtas, “*la República, a través de Petróleos de Venezuela, S.A., o cualquiera de sus filiales que se designe al efecto, asumirá directamente las actividades ejercidas por las asociaciones (...) a fin de preservar su continuidad, en razón de su carácter de utilidad pública y social*”, dejando sin cabida la selección directa de otra empresa privada, al menos en el marco del Decreto-Ley y frente al proceso de migración por éste ordenado.

Por su parte, para que suceda el supuesto mencionado en el párrafo anterior, es decir, que se verifique la posibilidad de la República para tomar posesión de los activos operativos, incluidos los mejoradores de crudo extrapesado, y en consecuencia asuma las actividades y operaciones que son controladas por las empresas privadas de los convenios de asociación, en cada caso particular deberán agotarse dos circunstancias necesarias: una, relacionada con la imposibilidad de lograr un acuerdo para la conformación de la nueva empresa mixta; la otra, referida al agotamiento del plazo de cuatro (4) meses contados a partir del 26 de febrero de 2007, otorgado por el Presidente de la República para ello, conforme al artículo 4 de la Ley de Migración bajo análisis. Abordando otros aspectos, la participación pública en la conformación de las nuevas empresas mixtas, por mandato, preferiblemente deberá ser mediante el capital de la filial de Petróleos de Venezuela, S.A., denominada Corporación Venezolana del Petróleo, S.A. (CVP), pero permitiéndose al efecto la designación de alguna otra filial distinta a ésta. Es de hacer notar que por política de Estado, no se encuentra expresamente permitido que Petróleos de Venezuela, S.A., como holding público petrolero, participe de manera directa en la conformación de las empresas mixtas derivadas de la migración.

La cuantía del capital público que formará parte de las empresas mixtas a crearse se determinará conforme a la valoración del capital de ésta, según la labor técnica que sea efectuada por el Ministerio de Energía y Petróleo como órgano rector de las políticas públicas para el sector de los hidrocarburos y emisor de los lineamientos de tutela para la corporación petrolera Estatal; ello conforme al artículo 3 del Decreto-Ley.

---

7 La excepción a la voluntaria concurrencia para participar en las empresas mixtas se encuentra en el único aparte del artículo 37 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos que señala: “*Por razones de interés público o por circunstancias especiales de las actividades podrá hacerse escogencia directa de las operadoras, previa aprobación del Consejo de Ministros*”.

Sin embargo, en todo momento dicha cuantía deberá corresponderse con una participación igual o superior al sesenta por ciento (60%) del capital social de la empresa mixta. Este porcentaje de participación, que se encuentra estipulado en el artículo 2 del texto analizado, puede percibirse como arbitrario frente a la *Ley Orgánica de Hidrocarburos* que establece un mínimo requerido de cincuenta por ciento (50%), pero conforme a los impactantes planes de desarrollo del sector, que públicamente han informado por los miembros directivos de Petróleos de Venezuela, S.A., y por las autoridades del Ministerio de Energía y Petróleo, podemos calificarlo como un porcentaje de participación pública plenamente legal y estratégico.

Para lograr la migración, el Ejecutivo Nacional ordenó la conformación de una *Comisión de Transición* para atenuar y organizar los efectos que se generarán por la toma pública del control sobre las actividades y operaciones. En el seno de esta Comisión de Transición, además de permitirse lo anterior, se brindará la oportunidad de acordar los términos y condiciones de trabajo que puedan implantarse en la empresa mixta que efectivamente se conforme.

Claro está que cualquier término y condición para estas empresas mixtas deberá ser autorizado por la Asamblea Nacional conforme al artículo 4 del Decreto-Ley, en sintonía con el mandato contenido en el artículo 33 de la *Ley Orgánica de Hidrocarburos*.

Adicionalmente, se prevé el reconocimiento de los costos que puedan generarse por el uso de la infraestructura, el servicio de transporte y el mejoramiento de crudo extrapesado a favor de las empresas existentes y derivadas de los convenios de asociación. Cabe destacar que el Ejecutivo Nacional, autorizado para ello, otorgó mediante el Decreto-Ley al Ministerio de Energía y Petróleo la competencia para regular los precios por el uso y disfrute de dichos bienes y servicios.

Ahora bien, según el artículo 8 del texto analizado, el Ejecutivo Nacional deberá transferir a las empresas mixtas creadas con ocasión a la migración, mediante un Decreto individual y posterior a su creación, el derecho de realizar actividades primarias. Este mecanismo se establece atendiendo a la exigencia contenida en los artículos 35 y 36 de la *Ley Orgánica de Hidrocarburos*, y jurídicamente los efectos que se generan son similares a los de una concesión interadministrativa sobre bienes del dominio público, siendo que dicho otorgamiento operaría a favor de una persona jurídica calificable como **Empresa del Estado** conforme a la *Ley Orgánica de Administración Pública*<sup>8</sup>, como se señaló anteriormente en este análisis. Por su parte, la delimitación del área de trabajo para estas empresas mixtas atiende al espacio máximo de cien kilómetros cuadrados (100 km<sup>2</sup>) de superficie, previsto así en el artículo 24 de la *Ley Orgánica de Hidrocarburos*.

Respecto de la situación laboral de las personas afectas a las actividades de las empresas que se crearon mediante los convenios de asociación, el Presidente de la República decidió extenderles la protección y los beneficios de la Convención Colectiva Petrolera. Para algunos es un logro sindical, para otros no lo es. Pero aún siendo simplemente un mecanismo de atenuación de los efectos de la migración, este puede ser el primer paso para la estandarización del status laboral del personal de las empresas mixtas existentes y por constituirse, así como para la adecuación de las escalas de sueldos y salarios de éstas frente a las demás empresas subsidiarias que forman parte de la corporación petrolera Estatal.

---

8 Publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 37.305 de fecha 17 de octubre de 2001.

Particularmente, y en materia impositiva, el Presidente de la República mediante el acto analizado, que tiene *rango, valor y fuerza de Ley*, creó una exención tributaria total, dispensando el gravamen de todos los impuestos, tasas, contribuciones u obligaciones tributarias creadas por el Poder Nacional, conforme al contenido del artículo 73 del *Código Orgánico Tributario*<sup>9</sup>.

Para finalizar, es conveniente destacar que mediante el Decreto-Ley se establece que, a los efectos hermenéuticos, sólo aplicarán las Leyes Nacionales del ordenamiento jurídico venezolano y, frente a cualquier controversia o disputa que se genere con ocasión al proceso de migración, el sometimiento expreso a la jurisdicción venezolana excluye cualquier fuero extranjero, siendo esto anulatorio del contenido de cualquier cláusula arbitral que haya sido incluida en los documentos afectos a los convenios de asociación.

Como ha de ser en estos casos, la ejecución del objeto Decreto-Ley ha sido encargada al Ministerio del Poder Popular para la Energía y Petróleo, para que mediante sus autoridades emita los lineamientos necesarios de tutela administrativa a Petróleos de Venezuela, S.A., dirigiendo su desenvolvimiento y el de todas sus empresas filiales en función del mismo; así como para que realice las funciones inherentes a las potestades naturales de ordenación, dirección, supervisión y limitación que tiene sobre el sector de los hidrocarburos y los agentes económicos, públicos y privados, que en éste se desenvuelven.

---

9 También publicado en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 37.305 de fecha 17 de octubre de 2001.

# DOCTRINA ADMINISTRATIVA



# Doctrina Administrativa

## *Resoluciones de la Superintendencia para la promoción y protección de la libre competencia: Tercer Trimestre Año 2007\**

Recopilación y selección  
por José Ignacio Hernández G.  
*Profesor de la Universidad Central de Venezuela y  
de la Universidad Católica Andrés Bello*

### SUMARIO

#### **I. PRINCIPIOS GENERALES DE LA LIBRE COMPETENCIA**

1. *Conceptos claves de la libre competencia.* 2. *El mercado relevante.*

#### **II. PRÁCTICAS CONTRARIAS A LA LIBRE COMPETENCIA**

1. *Prácticas exclusionarias.* A. Principios generales de las prácticas exclusionarias. B. Condiciones de ilicitud de las prácticas exclusionarias. 2. *Abuso de la posición de dominio.* A. Principios generales del abuso de la posición de dominio. B. Condiciones de procedencia del abuso de la posición de dominio. 3. *Competencia desleal.* A. Principios generales del abuso de la competencia desleal. B. El aprovechamiento del esfuerzo ajeno.

---

\* Abreviaturas utilizadas: DA/RDP: Doctrina Administrativa contentiva de las Resoluciones de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia publicada en esta Revista. LPPLC: Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia. SPPLC: Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. El texto de las Resoluciones ha sido tomado de la página [www.procompetencia.gob.ve](http://www.procompetencia.gob.ve).

Para facilitar el análisis concordado de las Resoluciones de la SPPLC, nos referimos, cuando sea pertinente, a las Resoluciones de la SPPLC contenidas en anteriores recopilaciones aparecidas en esta *Revista*.

## I. PRINCIPIOS GENERALES DE LA LIBRE COMPETENCIA

### 1. *Concepto claves la libre competencia*

Caso: Net Uno, C.A. vs. Consorcio El Recreo, C.A.  
Resolución N° SPPLC/0042-2007 3-09-07

#### **Poder de dominio y poder de mercado<sup>1</sup>**

La afectación al mercado que puede ejercer una empresa esta en función a su posición dominante o a su poder de mercado, la diferencia entre estos dos radica en que el primero es la provisión de bienes o servicios por un solo agente económico o por varios agentes siempre que exista relación accionarial entre los mismos, o cuando en algún eslabón de la cadena de la actividad económica hay dependencia hacia un oferente; en el segundo, el poder de mercado esta relacionado a la capacidad de actuación de los agentes económicos de manera independiente a las oscilaciones y dinámica del mercado.

Caso Multiphone Venezuela C.A. vs. Cantv  
Resolución N° SPPLC/0044-2007 24-09-07

#### **Concepto de unidad económica<sup>2</sup>**

A este respecto, cabe destacar que la empresa matriz y sus filiales actúan como unidad económica, aun cuando estas funcionen como personas jurídicas separadas, las posibles prácticas a la libre competencia que realice una, en determinados casos puede ser considerado un apalancamiento de su matriz con el resto de las empresas filiales debido a su vinculación de conformidad con el artículo 15 de la Ley *eiusdem*.

### 2. *El mercado relevante*

#### A. *Concepto de mercado relevante<sup>3</sup>*

Caso: Net Uno, C.A. vs. Consorcio El Recreo, C.A.  
Resolución N° SPPLC/0042-2007 3-09-07

#### **Concepto de mercado relevante**

Tradicionalmente, esta Superintendencia ha definido el mercado relevante como el grupo mas reducido de productos que, dentro de un área geográfica delimitada, puede ser objeto del uso de poder de mercado, o de la habilidad de las firmas para influir, en búsqueda de su beneficio económico, en el precio, la calidad, la variedad, el servicio, la publicidad, la innovación u otras condiciones de competencia.

---

1 DA/RDP N° 107, p. 76. De manera novedosa, la Resolución alude también al supuesto de la dependencia económica.

2 Sobre la tesis del grupo de sociedades, *vid.* DA/RDP N° 99-100, pp. 54.

3 No ha habido, en este punto, variación sustancial en relación con la doctrina de la SPPLC dictada en el 2006, razón por la cual damos por reproducidos los conceptos sobre mercado producto y mercado geográfico contenidos en la anterior doctrina de SPPLC. En general, la SPPLC sigue la doctrina que ha venido sostenido reiteradamente en Resoluciones anteriores.



B. *Definición de mercado geográfico*

Caso: Net Uno, C.A. vs. Consorcio El Recreo, C.A.  
Resolución N° SPPLC/0042-2007 3-09-07

**La determinación del mercado geográfico circunscrito a un ámbito especial**

(...) El servicio en estudio se caracteriza por ser un bien de consumo directo, el cual refleja cualidades análogas a los bienes no transables, en términos de que no es posible su traslado para el intercambio y consumo, pues el servicio de telecomunicación se presta y consume en el acto y en el lugar de intercambio, es decir, los consumidores o locatarios del Centro Comercial El Recreo no pueden trasladarse de lugar para adquirir el servicio de telecomunicaciones, siendo este prestado y consumido en dicho espacio (...).<sup>4</sup>

**II. PRÁCTICAS CONTRARIAS A LA LIBRE COMPETENCIA**

1. *Prácticas exclusionarias*<sup>5</sup>

A. *Principios generales de las prácticas exclusionarias*

Caso: Net Uno, C.A. vs. Consorcio El Recreo, C.A.  
Resolución N° SPPLC/0042-2007 3-09-07

**La afectación al mercado relevante derivado de las prácticas exclusionarias**

No cabe duda alguna, que el legislador prohibió las prácticas exclusionarias por su naturaleza y no por la afectación a un mercado determinado. La práctica exclusionaria es restrictiva por sí misma, afecte o no la totalidad de un mercado geográfico definido.

B. *Condiciones de ilicitud de las prácticas exclusionarias*

Caso: Net Uno, C.A. vs. Consorcio El Recreo, C.A.  
Resolución N° SPPLC/0042-2007 3-09-07

**La racionalidad de las prácticas exclusionarias**

(...) bajo ciertas circunstancias, la práctica o conducta investigada pudiese en muchos casos aportar eficiencias a los agentes que participan en el mercado (personas jurídicas y/o consumidores), o bien, que la exclusión de algún participante en el mercado sea el resultado de acciones comerciales lícitas.

2. *El abuso de la posición de dominio*<sup>6</sup>

A. *Principios generales de la posición de dominio*

Caso: Net Uno, C.A. vs. Consorcio El Recreo, C.A.  
Resolución N° SPPLC/0042-2007 3-09-07

**Los supuestos de la posición de dominio y la situación de dependencia económica**

4 En el presente caso, la SPPLC consideró que el mercado geográfico se circunscribe al ámbito del Centro Comercial dentro del cual se pactó la cláusula de exclusividad examinada, alusiva a la prestación de servicios de telecomunicaciones. Véase en este sentido DA/RDP N° 101, p. 70.

5 *Cfr.*: DA/RDP N° 110.

6 DA/RDP N° 110.

La posición de dominio se expresa cuando una actividad económica depende totalmente de una o varias personas vinculadas entre si, es decir, cuando la prestación de un servicio o provisión de algún bien, es ofertado por un solo agente económico o por varios agentes, siempre que estos estén vinculados accionarialmente; adicionalmente, existe posición de dominio cuando los agentes económicos dependen de un proveedor de servicios o bienes, en algún eslabón de la cadena de la actividad económica en cuestión

B. *Condiciones de procedencia del abuso de la posición de dominio*

Caso: Net Uno, C.A. vs. Consorcio El Recreo, C.A.

Resolución N° SPPLC/0042-2007 3-09-07

**Condiciones de procedencia de la prohibición de ventas atadas**

Lo anterior, se refiere a la aceptación de intercambio que no tenga relación con la razón económica del contrato establecido, es decir, se consideran ventas o prestación de servicios que no se corresponda con la actividad objeto del presente contrato. Dicha situación se presenta cuando el oferente del contrato posee posición de dominio que le provea el poder de imponer condiciones que no guarda relación con la naturaleza del contrato.

De este modo, el abuso de posición de dominio a que alude el artículo 13 *ejusdem* requiere la concurrencia de dos elementos, a saber: “Que la empresa que realiza la presunta práctica detente una posición de dominio y el carácter abusivo de la práctica realizada”.

Caso Multiphone Venezuela C.A. vs. Cantv

Resolución N° SPPLC/0044-2007 24-09-07

**Condiciones de ilicitud de los precios predatorios<sup>7</sup>**

Conforme a esta definición, se desprende que la conducta consta de dos elementos; i) un elemento objetivo: la venta a precios por debajo de costos y ii) un elemento subjetivo: el objeto de eliminar a uno o varios competidores del mercado o prevenir la entrada o expansión de estos. El elemento objetivo prueba el establecimiento de precios inferiores a determinado coste de referencia bajo ciertas condiciones de plausibilidad tanto del predador como del mercado que condicionan la probabilidad de que la estrategia predatoria se lleve a cabo (...)

Por su parte, los elementos subjetivos reflejan la prueba que la conducta es una estrategia dirigida a excluir a un competidor o a un grupo de competidores del mercado o desincentivarlos a entrar al mismo usando precios que los forzarán a pérdidas para poder competir, o llevarlos a suspender actitudes competitivas, entendiéndose que no sobrevivirán a una guerra de precios a pérdida.

3. *Competencia desleal*

A. *Principios generales de la competencia desleal<sup>8</sup>*

Caso Sigma Dental Plan C.A. vs. Odontoservicios Plan Integral MS

F.P

Resolución N° SPPLC/00452007 24-09-07

**La ratio de la prohibición del artículo 17 de la LPPLC**

---

7 DA/RDP N° 99-100, p. 59.

8 DA/RDP N° 110.

La competencia desleal esta vinculada a la protección conjunta de varios intereses que no pueden considerarse como excluyentes: el de los particulares o empresarios, el de los consumidores, es decir de los agentes económicos, y un interés adicional, que no es otro que el bienestar social en el marco del “orden público económico”.

B. *Aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno*<sup>9</sup>

Caso Sigma Dental Plan C.A. vs. Odontoservicios Plan Integral MS  
F.P

Resolución N° SPPLC/00452007 24-09-07

**Condiciones de ilicitud del aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno**

En el caso bajo estudio, la mera imitación de los ítems en los folletos demostrativos de los servicios odontológicos de las partes involucradas no puede configurarse por si sola como practica desleal, por el contrario el aprovechamiento de la reputación y del esfuerzo ajeno se convalida en la captación de clientela, valiéndose de medios materiales y conocimientos del mercado de la empresa denunciante (...)

---

9 DA/RDP N° 104, pp. 63 y ss.



# JURISPRUDENCIA



# Información Jurisprudencial

## *Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Tribunal Supremo de Justicia y Cortes de lo Contencioso Administrativo): Tercer Trimestre de 2007*

Selección, recopilación y notas  
por Mary Ramos Fernández  
*Abogado*  
*Secretaria de Redacción de la Revista*

Marianella Villegas Salazar  
*Abogado Asistente*

### SUMARIO

#### I. EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y FUNCIONAL DEL ESTADO

1. *Principios Fundamentales del Estado y del Sistema Político: Gobierno democrático y participativo y prevalencia de la voluntad popular expresada.* 2. *El Ordenamiento Jurídico: Principio de Legalidad.* A. En materia sancionatoria. B. En materia de procedimientos.

#### II. DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

1. *Régimen general de los derechos humanos.* A. Principio de progresividad. B. Diferencia entre derechos fundamentales y derechos humanos. C. Derechos humanos y derechos penitenciarios. 2. *Garantías Constitucionales.* A. La garantía de igualdad ante la ley. B. La garantía de acceso a la justicia: Derechos e intereses colectivos y difusos. C. Las garantías del debido proceso: Presunción de inocencia; Principio de culpabilidad. D. La Tutela Judicial Efectiva: Medidas Cautelares. 3. *Derechos Individuales.* A. Libertad Personal. B. Inviolabilidad del hogar domestico. 4. *Derechos Políticos: Derecho a la participación política: Referendos Revocatorios.*

#### III. EL ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. *Competencias del Poder Público Nacional: Legislación en general.* 2. *El Poder Ejecutivo Nacional.* A. El régimen de la Administración Pública: Derecho administrativo sancionador. B. Procuraduría General de la República. a. Consulta para la aprobación de contratos de interés nacional. b. Consulta en los Procedimientos Administrativos previos a las acciones contra la República. 3. *El Poder Judicial: Sistema de Justicia: Órganos de Policía.*

#### IV. EL ORDENAMIENTO ECONÓMICO DEL ESTADO

1. *Régimen Cambiario, Monetario y el Crédito. Regulación del crédito: Tarjetas de crédito.* 2. *Derechos Económicos: Derecho de Propiedad: Limitaciones.*

#### V. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

1. *El Procedimiento Administrativo: Silencio administrativo positivo.* 2. *Actos Administrativos: Vicios: Falso supuesto e inmotivación.* 3. *La actividad de policía administrativa.* 4. *Contratos Administrativos: Concesiones Administrativas.*

## VI. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. *Acción de Inconstitucionalidad. Admisibilidad: Copia del acto normativo impugnado.*
2. *Control de la Inconstitucionalidad de la omisión del Legislador y de los otros órganos del Poder Público.*
3. *Recurso de Interpretación Constitucional. A. Legitimación. B. Inadmisibilidad.*
4. *Recurso de Revisión de sentencias en materia constitucional.*

## VII. FUNCIONARIOS PÚBLICOS

1. *Derechos: Jubilación.*

## I. EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y FUNCIONAL DEL ESTADO

1. *Principios Fundamentales del Estado y del Sistema Político: Gobierno democrático y participativo y prevalencia de la voluntad popular expresada*

TSJ-SC (1680)

6-8-2007

Magistrado Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero

Caso: Pedro Santaella Hernández vs. Decisión Sala Electoral

**La Sala es del parecer que la legitimación brindada por el pueblo a través del sufragio mitiga la naturaleza del vicio denunciado, convalidándolo, y considera que debe privilegiarse la libre expresión de la voluntad popular por encima de la técnica operativa, tomando en consideración -además- los traumatismos políticos e institucionales que supone la forzosa desincorporación de un funcionario electo.**

....No obstante tal desestimación, resta analizar la delación relativa a que la decisión impugnada "...se erige en violatoria de la voluntad de los electores del Municipio Casacoima del Estado Delta Amacuro, ya que no es posible después de casi tres (3) años de haber sido electo como Alcalde de ese municipio, sin que nadie haya solicitado la revocatoria de [su] mandato, se pretenda en este momento declarar la pérdida de [su] investidura como Alcalde por las razones contenidas en la sentencia recurrida..."

En este supuesto, entra en juego un valor fundamental de nuestro máximo texto normativo que atañe al altísimo papel que ha sido reconocido a la voluntad popular, como manifestación del ejercicio de la democracia participativa y protagónica, cuyo contenido axiológico se deriva claramente de los artículos 2, 3 y 5 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, contando con vasto desarrollo en el catálogo abierto de derechos políticos, especialmente en las normas contenidas en el Capítulo IV del Título II de nuestra Carta Magna.

Así, ya el propio Preámbulo del Texto Fundamental anuncia el "...fin supremo de refundar la República para establecer una sociedad democrática, participativa y protagónica...", propugnando como valores superiores "...la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político..." (artículo 3 *eiusdem*). En esta tarea, ya con el ánimo de materializar tales postulados, se dispone claramente que "...La soberanía reside intransferiblemente en el pueblo, quien la ejerce directamente en la forma prevista en esta Constitución y en la ley, e indirectamente, mediante el sufragio, por los órganos que ejercen el Poder Público..." (Resaltados de la Sala).



En el fallo cuestionado en esta oportunidad, la Sala Electoral procedió a desproclamar a un funcionario electo, aduciendo para ello que no satisfizo una concreta condición de elegibilidad: haber residido en el ente político territorial para cuyo cargo fue designado por votación popular durante los tres años anteriores, tal y como lo exigía el artículo 52 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal, aplicable *rationae temporis*.

La comentada causal de elegibilidad, para nada resulta extraña a nuestro ordenamiento positivo y busca establecer un criterio objetivo de vinculación espacial entre electores y elegido. Este parámetro sirve para potenciar la idoneidad del candidato a ser electo, en la medida en que supone que dada su mayor conexión con aspectos propios de la vida local o regional, habrá de tener un mayor conocimiento acerca de las políticas públicas a ser implementadas.

Sin embargo, su infracción amerita ser contrastada a la luz de los postulados constitucionales que antes fueron expuestos, en aras de salvaguardar el preponderante rol del cuerpo electoral una vez que ha sido manifestada su voluntad en un proceso comicial. Desde esta perspectiva, la Sala es del parecer que la legitimación brindada por el pueblo a través del sufragio mitiga la naturaleza del vicio denunciado, convalidándolo. A esta conclusión se arriba luego de entender que debe privilegiarse la libre expresión de la voluntad popular por encima de una técnica operativa, tomando en consideración -además- los traumatismos políticos e institucionales que supone la forzosa desincorporación de un funcionario electo (véanse, entre otras, sentencias N° 812/2003, caso: *Carlos Ramón Brett*; N° 2444/2004, caso: *Tulio Rafael Gudiño* y las aclaratorias de este fallo N° 174/2005 y n° 1056/2005).

Cuando el ente electoral permite a una persona postularse y acudir a elecciones, se supone que dicho ente verificó que el aspirante cumplió con los requisitos para optar al cargo. En tal supuesto, si el postulado resulta vencedor en el proceso comicial de que se trate, mal puede señalarse que exista un ventajismo de su parte, quien inclusive compitió con la anuencia del máximo organismo electoral, por lo que la voluntad popular, piedra angular de la democracia participativa, debe ser respetada.

Es indudable para esta Sala que el solicitante en revisión tenía nexos con el Municipio en el que resultó electo, pues de no ser así no habría triunfado en tal proceso comicial desarrollado -como ha de presumirse- en condiciones legítimas.

Adicionalmente, la Sala debe observar que la decisión objeto de esta revisión, fue dictada de espaldas de un legítimo interesado en tal juicio -como lo es el ahora solicitante- en su condición de destinatario del acto administrativo comicial que fue cuestionado en sede contencioso-electoral, sobre todo si se toma en cuenta que éste participó en el procedimiento administrativo que dio lugar al mismo. No aparece aconsejable que en un juicio de tal naturaleza, baste la notificación por carteles a que hace referencia el artículo 244 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, pues el beneficiario del acto posee un interés cuya intensidad amerita que sea llamado a juicio personalmente (*vid.* a este respecto, sentencia de esta Sala N° 1783/2001, caso *Manufacturas Rally Sport, C.A.*). En este sentido, al excluir al solicitante de manera absoluta de la participación en tal juicio con el fin de hacer valer sus derechos e intereses, la Sala Electoral de este Máximo Juzgado vulneró de manera flagrante sus garantías procesales relativas al debido proceso, en franca oposición a la aludida doctrina de esta Sala Constitucional.

En atención a esta última circunstancia, debe la Sala proceder a revisar el fallo dictado por la Sala Electoral, bajo el N° 82 de 6 de junio de 2007 y, a tal fin, ordena remitir copia certificada del presente fallo con el fin de que proceda a dictar una nueva decisión con apego a la doctrina contenida en el presente fallo. En consecuencia, se anula el fallo revisado, por

virtud de lo cual se ordena que el ciudadano Pedro Santaella Hernández sea inmediatamente restituido en el cargo del Alcalde del Municipio Casacoima del Estado Delta Amacuro. Así se decide.

2. *El Ordenamiento Jurídico: Principio de Legalidad*

A. *En materia sancionatoria*

**TSJ-SC (1744)**

**9-8-2007**

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Impugnación del Código de Policía del Estado Lara, publicado en *G.O.* del Estado Lara Ext. N° 106 del 30 -4 -76.

**El Principio de Legalidad funge como uno de los pilares fundamentales para el efectivo mantenimiento del Estado de Derecho; tal principio constituye la concreción de varios aspectos del Estado de Derecho en el ámbito del Derecho Sancionador, y el cual se vincula con el imperio de la ley como presupuesto de la actuación del Estado sobre los bienes jurídicos de los ciudadanos, y con el derecho de éstos a la seguridad jurídica y a la interdicción de la arbitrariedad.**

En otro orden de ideas, la parte accionante alegó que los artículos 11 en sus ordinales 2°, 3° y 14°; así como los artículos 18, 19, 20, 23, 29, 30, 31, 33, 34, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 46, 48, 49, 50, 51, 54, 55, 56, 57, 58 en su Parágrafo Único, 59, 60, 63, 66, 68, 69, 71, 74, 75, 76, 78, 79, 80, 81, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 103, 105, 107, 108, 142, 146, 147, 151, 153, 158, 167, 173, 183 Parágrafo Único, 186, 191, 195, 197, 198, 199, 200, 201 y 203 [del Código de Policía del Estado Lara], violan la garantía del debido proceso en una de sus manifestaciones, a saber, el principio de legalidad de los delitos, faltas e infracciones, toda vez que tales normas pertenecen a una ley dictada por el Poder Legislativo Estadal, el cual no se encuentra facultado para legislar sobre delitos, faltas o infracciones que tengan como consecuencia la imposición de sanciones a las personas, resultando así vulnerado el artículo 49.6 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Aunado a lo anterior, destacó que la Asamblea Legislativa del Estado Lara, al dictar tales artículos, usurpó funciones legislativas del Poder Legislativo Nacional.

Como punto de partida, debe afirmarse que el PRINCIPIO DE LEGALIDAD funge como uno de los pilares fundamentales para el efectivo mantenimiento del Estado de Derecho. A mayor abundamiento, tal principio constituye la concreción de varios aspectos del Estado de Derecho en el ámbito del Derecho Sancionador, y el cual se vincula con el imperio de la ley como presupuesto de la actuación del Estado sobre los bienes jurídicos de los ciudadanos, y con el derecho de éstos a la seguridad jurídica y a la interdicción de la arbitrariedad.

En este punto, ROXIN enseña lo siguiente:

“...un Estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo **mediante** el Derecho penal, sino también **del** Derecho penal. Es decir, que el ordenamiento jurídico no sólo ha de disponer de métodos y medios adecuados para la prevención del delito, sino que también ha de imponer límites al empleo de la potestad punitiva, para que el ciudadano no quede desprotegido y a merced de una intervención arbitraria o excesiva del ‘Estado Leviatán’. (...) Frente a esto, el principio de legalidad, (...) sirve para evitar una punición arbitraria y no calculable sin ley o basada en una ley imprecisa o retroactiva.”... (ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I, Traducción de la segunda edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña y otros, Editorial *Civitas*, Madrid, 1997, p. 137).

La formulación básica de este principio se traduce en que todo el régimen de los delitos y las penas, debe estar regulado necesaria y únicamente en los actos que por excelencia son dictados por el órgano legislativo del Estado, a saber, en las leyes. Por lo tanto, su configuración formal básica se traduce en el aforismo *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Esta primera exigencia del principio de legalidad, referida al rango de las normas tipificadoras –y que por ende constituye una garantía formal–, se cristaliza en la noción de reserva legal.

En tal sentido, la figura de la reserva legal viene dada por la consagración a nivel constitucional de determinadas materias que, debido a la importancia jurídica y política que tienen asignadas, sólo pueden ser reguladas mediante ley, desde el punto de vista formal, y ello excluye la posibilidad de que tales materias sean desarrolladas mediante reglamentos o cualquier otro instrumento normativo que no goce de dicho rango legal (sentencia N° 2338/2001, del 21 de noviembre). Una de esas trascendentales materias es la sancionatoria, y concretamente, la materia penal, en cuyo ámbito este principio cobra una especial vigencia, al establecer que el órgano legislativo nacional sea el único legitimado para la creación de delitos; es decir, sólo la Asamblea Nacional tiene la competencia para escoger entre todos los comportamientos humanos, cuáles son los más lesivos a los bienes jurídicos más importantes y describirlos en una norma jurídico-penal, para así establecer cuál debe ser el correlativo castigo.

Este principio esencial del régimen constitucional venezolano, se encuentra contemplado en el artículo 156.32 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual restablece lo siguiente:

“Artículo 156. Es de la competencia del Poder Público Nacional:

(...)

32. La legislación en materia de derechos, deberes y garantías constitucionales; la civil, mercantil, penal, penitenciaria, de procedimientos y de derecho internacional privado; la de elecciones; la de expropiación por causa de utilidad pública o social; la de crédito público; la de propiedad intelectual, artística e industrial; la del patrimonio cultural y arqueológico; la agraria; la de inmigración y poblamiento; la de pueblos indígenas y territorios ocupados por ellos; la del trabajo, previsión y seguridad sociales; la de sanidad animal y vegetal; la de notaría y registro público; la de bancos y la de seguros; la de loterías, hipódromos y apuestas en general; la de organización y funcionamiento de los órganos del Poder Público Nacional y demás órganos e instituciones nacionales del Estado; y la relativa a todas las materias de la competencia nacional”.

Aun y cuando los orígenes del principio de legalidad los podemos encontrar en la obra de ROUSSEAU, cabe resaltar que fue BECCARIA uno de los primeros pensadores que desarrolló sustancialmente dicho principio con relación a los delitos y las penas, quien sobre el particular señaló de manera lapidaria que “...sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador, que representa toda la sociedad unida por el contrato social. Ningún magistrado (que es parte de ella) puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad” (Cfr. BECCARIA, César, *De los delitos y de las penas*. Con el comentario de Voltaire. Traducción de Juan Antonio de las Casas, Alianza editorial, Madrid, 1998, p. 34).

Partiendo de lo anterior, se aprecia que de esta primera garantía se desprenden a su vez otras cuatro garantías estructurales. En tal sentido, se habla en primer lugar de una GARANTÍA CRIMINAL, la cual implica que el delito esté previamente establecido por la ley (*nullum crimen sine lege*); de una GARANTÍA PENAL, por la cual debe necesariamente ser la ley la que establezca la pena que corresponda al delito cometido (*nulla poena sine lege*); de una GARANTÍA JURISDICCIONAL, en virtud de la cual la comprobación del hecho

punible y la ulterior imposición de la pena deben canalizarse a través de un procedimiento legalmente regulado, y materializarse en un acto final constituido por la sentencia; y por último, de una GARANTÍA DE EJECUCIÓN, por la que la ejecución de la pena debe sujetarse a una ley que regule la materia.

En el ámbito de nuestro Derecho positivo, la garantía criminal y la garantía penal del principio de legalidad penal encuentran su refugio en el artículo 49.6 de la CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA y en el artículo 1 del CÓDIGO PENAL. Por otra parte, la garantía jurisdiccional está consagrada, fundamentalmente, en el artículo 49, en sus numerales 3 y 4, y en los artículos 253 y 257 de la Constitución, y desarrollado en el artículo 1 del CÓDIGO ORGÁNICO PROCESAL PENAL; mientras que la garantía de ejecución se encuentra desarrollada por el Libro Quinto de la mencionada ley adjetiva penal, así como también en la normativa contenida en la LEY DE RÉGIMEN PENITENCIARIO.

Por su parte, a nivel supranacional el principio de legalidad también tiene una acentuada vigencia, pudiendo ubicarse su fuente en el artículo 5 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en el artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como también en los artículos 9, 22 y 23 del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Una segunda garantía genérica del principio de legalidad, ahora de carácter material, impone que la ley que desarrolle las anteriores garantías deba ser: a) previa a la realización de los hechos que se pretenden castigar (*lex praevia*), con lo cual queda proscrita la posibilidad de aplicar de forma retroactiva la ley penal; b) escrita (*lex scripta*), de modo tal que no se pueda recurrir a la analogía como fuente del Derecho Penal; y c) que describa un supuesto de hecho estrictamente determinado, es decir, debe describir claramente las características del hecho punible (*lex stricta o lex certa*), cobrando vida en este último aspecto el principio de taxatividad o mandato de certeza, con lo cual se evitan descripciones típicas indeterminadas o vagas.

Con base en lo anterior, podemos resaltar como características fundamentales de dicha institución, en primer lugar, que constituye una EXIGENCIA DE SEGURIDAD JURÍDICA, en el sentido que se tome la existencia y conocimiento previo de los delitos y de las penas, como presupuesto para la imposición de un determinado castigo; y en segundo lugar, que constituye una GARANTÍA POLÍTICA, que se traduce en que el ciudadano no pueda ser sometido por el Estado a cumplir penas cuyo establecimiento no haya sido aceptado por el pueblo.

Sobre estas características del principio de legalidad, el Tribunal Constitucional español ha establecido lo siguiente:

“...El principio de legalidad penal es una garantía inherente al Estado de Derecho, que impone, por razones de seguridad jurídica y de legitimidad democrática de la intervención penal, la estricta sujeción de Jueces y Tribunales al dictado de las leyes que describen delitos e imponen penas y exige la existencia de preceptos jurídicos que permitan predecir con el suficiente grado de certeza qué conductas se hallan prohibidas y qué responsabilidad y, en su caso, qué sanción comporta su realización. El efectivo reconocimiento del principio de legalidad penal obliga en ocasiones a dilucidar si se ha traspasado la tantas veces tenue línea divisoria que separa la actividad judicial de reconocimiento del alcance y significado de la norma como paso previo a su aplicación, de la que, con ese mismo fin, rebasa sus límites y genera o modifica su propio sentido...” (STC 156/1996, de 14 de octubre).

Luego, el contenido del principio de legalidad se concreta en la creación del tipo penal –descripción precisa e inequívoca de la conducta en la norma-, cuyo contenido, dentro del edificio conceptual de la teoría del delito, cobra vida al configurarse la categoría de la tipicidad –correspondencia o adecuación de la conducta con la descripción del tipo-, materializándose de esta forma la garantía criminal y la garantía penal, ambas derivadas del principio de legalidad. En otras palabras, el legislador nacional es el único llamado a afirmar, desarrollar, completar, reforzar y concretar la garantía criminal y la garantía penal del principio de legalidad. De lo anterior se colige entonces que la legalidad y la tipicidad se encuentran en una línea de parentesco descendente, en el sentido de que el principio de legalidad (*nullum crimen*) implica que la conducta punible esté necesariamente prevista en una ley formal, mientras que la tipicidad constituye la descripción inequívoca de tal conducta en el texto legal.

Sobre esta vinculación conceptual entre las dos categorías antes señaladas, FERNÁNDEZ CARLIER afirma que "... la tipicidad es un concepto específico del género que representa el principio de reserva o de legalidad. Uno a otro se relacionan estrechamente, se contienen y hasta se nutren pero no son identificables. La función de la tipicidad es posterior a la legalidad. Ésta necesariamente es anterior a la tipicidad..." (FERNÁNDEZ CARLIER, Eugenio, *Estructura de la Tipicidad Penal*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Tercera edición, Bogotá, 1999, p. 81).

Los anteriores planteamientos son susceptibles de ser trasladados al campo del Derecho Administrativo Sancionador, el cual, al igual que el Derecho Penal, constituye una de las manifestaciones del *ius puniendi*, aun y cuando dichas ramas presentan ciertas diferencias (sentencia N° 1.984/2003, del 22 de julio, de esta Sala). A mayor abundamiento, los principios limitadores de la potestad punitiva –si bien tienen vigencia fundamentalmente en el campo del Derecho Penal-, serán cabalmente aplicables en el Derecho Administrativo Sancionador. Dicho traslado conceptual también resulta plausible –pero con menor intensidad- con relación a los principios penales que no estén regulados constitucionalmente. Claro está, los principios penales no pueden ser aplicados mecánicamente en el campo del Derecho Administrativo Sancionador, sino que deben ser adaptados a las particularidades de esta rama jurídica (Vid. NIETO, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador*, Tercera edición ampliada. Editorial Tecnos, Madrid, 2002, pp. 168 y 173).

El principio de legalidad, no obstante que tuvo su origen en la esfera del Derecho Penal, se encuentra regulado en la Constitución a los efectos de limitar la potestad punitiva estatal, siendo que también constituye uno de los límites a dicha potestad cuando ésta se materializa a través del Derecho Administrativo Sancionador, pero en este supuesto la aplicación de dicho principio debe ser debidamente matizada, a los efectos de la adaptación del mismo a esta rama del ordenamiento jurídico, dada las peculiaridades que presenta la actividad administrativa (sentencia N° 488/2004, del 30 de marzo, de esta Sala), pero sin que el señalado principio se vea desprovisto de sus garantías o de sus exigencias básicas.

Sobre este aspecto, el Tribunal Constitucional español ha indicado lo siguiente:

"...El principio de legalidad administrativa (...) prohíbe la sanción por infracciones administrativas que no lo fuesen según la legislación vigente en aquél momento y se funda en los principios de libertad (regla general de la licitud de lo no prohibido) y de seguridad jurídica (saber a qué atenerse) y se refleja en una doble garantía: material, que se refiere a la imperiosa exigencia de la predeterminación normativa de las conductas ilícitas y sanciones correspondientes y formal, relativo al rango necesario de las normas tipificadoras de esas conductas y sanciones..." (STC 101/1988, de 8 de junio).

En el mismo sentido, dicho Tribunal Constitucional también ha señalado que “*Del derecho a la legalidad de la sanción administrativa (...) no sólo se deriva la exigencia de reserva de ley en este ámbito sino también la garantía de orden material que se traduce en la imperiosa necesidad de predeterminación normativa, con suficiente grado de certeza y precisión, de las conductas ilícitas y de sus correspondientes sanciones...*” (STC 270/1994, de 17 de octubre).

Así, en esta segunda manifestación del *ius puniendi*, la creación de infracciones y sanciones administrativas –por ejemplo, las multas–, también debe realizarse única y exclusivamente a través de una ley, pudiendo ser ésta de naturaleza estatal (como un Código de Policía), a diferencia de lo que ocurre en el campo del Derecho penal, en el que siempre debe ser una ley nacional. De igual manera, el mandato de tipicidad –el cual obedece a la garantía material del principio de legalidad– también irradia al Derecho Administrativo Sancionador, es decir, en este ámbito también se exige que la norma creadora de las infracciones y sanciones describan de forma específica y precisa las conductas concretas que pueden ser sancionadas, así como también el contenido de las sanciones a imponer por la realización de dichas conductas.

Precisado lo anterior, y respecto a la diversidad tipológica de las normas jurídicas, debe afirmarse que existen varias categorías de normas o reglas, con estructuras, funciones y propósitos distintos. Dentro de ese catálogo, se encuentran las normas sancionadoras que pertenecen al campo del Derecho Penal y al del Derecho Administrativo Sancionador, es decir, aquellas que exigen imponer sanciones (por ejemplo, penas privativas de libertad, penas pecuniarias, etc.) bajo determinadas circunstancias. Esencialmente, son estas normas las que desarrollan, completan, refuerzan y concretan la garantía criminal y la garantía penal del principio de legalidad. A los efectos de lograr una correcta diferenciación de las normas sancionadoras (especialmente las penales y administrativas) de otras categorías de normas jurídicas, debe analizarse la estructura interna de aquéllas. Para ello, debe partirse de la siguiente premisa: La norma jurídica constituye un mensaje prescriptivo, que se exterioriza a través de determinados símbolos, los cuales normalmente consisten en enunciados. Estos últimos, específicamente en el campo del Derecho, son los enunciados legales o textos legales (artículos).

A mayor abundamiento, debe hacerse la distinción entre las nociones de “enunciado normativo”, es decir, el medio expresivo en el que la voluntad normativa se manifiesta, y la noción de “proposición normativa”, esto es: lo que se dice o se intenta decir. Ahora bien, de la diferenciación entre estos dos conceptos, se pueden desprender las siguientes consecuencias: 1.- Una proposición puede ser expresada a través de diferentes enunciados; y 2.- A través de un mismo enunciado pueden ser expresadas diferentes proposiciones. De esto se desprende, y en ello se insistirá a lo largo del presente fallo, que un enunciado normativo puede contener, o se le pueden dar, diferentes lecturas, es decir, se le pueden adjudicar diversos sentidos. Desde otro punto de vista, debe señalarse que la estructura lógico-formal de toda norma, sea o no penal, contiene dos componentes fundamentales, a saber: un SUPUESTO DE HECHO y una CONSECUENCIA JURÍDICA. Lo anterior ha sido resaltado de manera diáfana por LARENZ, quien afirma lo siguiente:

“... la norma jurídica enlaza, como toda proposición, una cosa con otra. Ello asocia al hecho circunscrito de modo general, el supuesto de ‘hecho’, una consecuencia jurídica, circunscrita asimismo de modo general. El sentido de esta asociación es que, siempre que se dé el hecho señalado en el supuesto de hecho, tiene entrada la consecuencia jurídica, es decir, vale para el caso concreto...” (Cfr. LARENZ, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Primera edición traducida al español, Editorial Ariel, Barcelona, 1994, pp. 243, 244).

Específicamente en el caso de las normas sancionadoras que pertenecen al campo del Derecho Penal, es decir, las normas jurídico-penales, a primeras luces, el supuesto de hecho sería la CONDUCTA DELICTIVA, y la consecuencia jurídica sería el DEBER DE IMPONER LA PENA O LA MEDIDA DE SEGURIDAD. Pero es el caso que en este punto no se agota la problemática referida a la conceptualización de la norma penal. En tal sentido, y siguiendo las enseñanzas de MIR PUIG, podría hablarse de la existencia de una NORMA PRIMARIA, y por otra parte de una NORMA SECUNDARIA. La primera está dirigida al CIUDADANO, a los fines de prohibirle la realización de una conducta dañosa determinada, tal como ¡no matarás! o ¡no robarás!, pero es de resaltar que tal prohibición no se aprecia claramente en la redacción del enunciado legal que exterioriza la norma, sino que viene expresada de forma tácita. Por otra parte, tenemos la NORMA SECUNDARIA, la cual se encuentra dirigida al JUEZ, y que tiene por fin obligar a éste a que imponga la sanción legal respectiva, en caso de que el ciudadano incurra en la trasgresión del mandato prohibitivo que la norma –a través de su enunciado- prescribe.

Un fundamento metodológico de esta afirmación, podríamos encontrarlo en LARENZ, quien afirma lo siguiente:

“...Todo orden jurídico contiene reglas que pretenden que aquellos a quienes dirigen se comporten de acuerdo a ellas. En tanto estas reglas representan, al propio tiempo, normas de decisión, aquellos que han de resolver la eliminación jurídica de conflictos deben juzgar conforme a ellas. La mayor parte de las normas jurídicas son tanto normas de conducta para los ciudadanos como normas de decisión para los tribunales y órganos administrativos. Es característico de una ‘regla’ en el sentido aquí pensado, en primer lugar, su pretensión de validez, es decir, el sentido a ella correspondiente de ser una exigencia vinculante de comportamiento o de ser una pauta vinculante de enjuiciamiento –su carácter normativo-; en segundo lugar su pretensión de tener validez no sólo precisamente para un caso determinado, sino para todos los casos de tal ‘clase’ dentro de un ámbito especial y temporal de validez -su carácter general- (Cfr. LARENZ. *Ob. Cit.*, p. 242).”

Por otra parte, la sanción establecida en la norma secundaria, debe ser entendida como un comportamiento coercitivo de la autoridad prescrito en normas jurídicas en condiciones de contravención de otras normas jurídicas.

De la anterior definición, pueden extraerse los dos componentes esenciales de las sanciones jurídicas: 1.- Un comportamiento coercitivo de la autoridad (elemento material); 2.- Que tal comportamiento esté dispuesto en una norma jurídica, cuya condición de aplicación sea la transgresión de otra norma jurídica (elemento formal).

A los efectos del caso de autos, sólo interesa el estudio de una de las especies del género de las sanciones, a saber, las penas, en cuya imposición se concreta el ejercicio del *ius puniendi* del Estado, el cual puede ser motorizado a través del Derecho Penal, o mediante el Derecho Administrativo Sancionador (sobre los fines de las penas, ver sentencia N° 915/2005, del 20 de mayo).

Ahora bien, para una mejor armonización de las categorías que componen la teoría de la norma jurídica, debemos conjugar las nociones básicas de supuesto de hecho y de consecuencia jurídica, con las de norma primaria y norma secundaria. En tal sentido, al analizar cualquier norma jurídico-penal, se perciben fácilmente -a primeras luces- en la redacción del enunciado de ésta, la norma secundaria, siendo el supuesto de hecho de esta última la conducta delictiva, y su consecuencia jurídica el deber de imponer la pena o la medida de seguridad, según sea el caso. Pero no debemos obviar que existe una norma primaria, que aunque expresamente no se encuentre en la redacción del enunciado legal, se encuentra tácitamente inserta en el núcleo conceptual de la norma.

Estas normas primarias también tienen un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica. El primero sería una situación fáctica y de posible realización por parte del destinatario (ciudadano), y la segunda sería el deber incondicionado de aquél de no materializar tal situación fáctica.

El ejemplo paradigmático es la norma del Código Penal que tipifica el delito de homicidio simple: “*Artículo 405. El que intencionalmente haya dado muerte a alguna persona, será penado con presidio de doce a dieciocho años.*” Vemos que en principio dicho enunciado expresa claramente la NORMA SECUNDARIA, en la cual el supuesto de hecho viene constituido por un supuesto hipotético contenido en la frase “el que intencionalmente haya dado muerte”, y la respectiva consecuencia jurídica, la cual se encuentra inserta en la frase “será penado de doce a dieciocho años”. Pero en esa norma jurídica contenida en el señalado artículo, implícitamente hay un NORMA PRIMARIA destinada al ciudadano, cuyo supuesto de hecho viene dado por la hipótesis fáctica de “dar muerte”, y la consecuencia jurídica es el deber dirigido al ciudadano de no materializar esa conducta, es decir, el mensaje ¡no matarás!

Sobre la importancia que tienen para el Derecho Penal las nociones de norma primaria y de norma secundaria, MIR PUIG enseña:

“...La existencia de las “normas primarias” como correlato de las normas “secundarias”, en Derecho penal constituye, por otra parte, un presupuesto de toda la teoría del delito, tal como ha sido elaborada por la tradición de la Dogmática jurídica. Como se verá en su momento, toda esta elaboración dogmática arranca de la consideración del delito como infracción de una norma, lo que supone que se opone a una norma dirigida al ciudadano...” (Cfr. MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, Quinta edición, Editorial Reppertor. Barcelona, 1998, p. 29).

Ahondando más en el tema, también resulta necesario, a los efectos de la presente explicación, hacer referencia a las categorías denominadas como NORMAS DE VALORACIÓN y NORMAS DE DETERMINACIÓN, las cuales también forman parte integral de la teoría de la norma jurídico-penal. En tal sentido, vemos que las normas penales implican –tal como se señaló anteriormente– un **imperativo**, el cual se traduce en la prohibición de realizar ciertas conductas; pero a su vez contienen **valoraciones** específicas (juicios de valor), como lo son las valoraciones negativas realizadas sobre determinadas conductas que el Derecho Penal considera como socialmente dañosas, así como también valoraciones positivas de bienes jurídico-penales y otros intereses jurídicos, etc. En el primer supuesto (**imperativos**) nos encontramos ante NORMAS DE DETERMINACIÓN, es decir, normas que imponen un deber específico. En el segundo caso (**valoraciones**), nos encontramos ante NORMAS DE VALORACIÓN, las cuales materializan un juicio de valor sobre determinados elementos. Con relación a la ubicación sistemática de estas dos últimas categorías, cabe afirmar que la norma de valoración (juicio de valor) encuentra su sede lógicamente en la norma primaria, contenida a su vez tácitamente en el núcleo de la norma jurídico-penal; y la NORMA DE DETERMINACIÓN (imperativo) encuentra su sede tanto en la norma primaria (deber impuesto al ciudadano) como en la norma secundaria (deber impuesto al juez), dado que ambas implican imperativos.

En conclusión, todas estas consideraciones son susceptibles de ser articuladas como un mecanismo que funciona de la siguiente manera: la valoración debe anteceder necesariamente al imperativo, es decir, en primer lugar el Derecho Penal debe valorar (negativamente) ciertas conductas, así como también debe valorar (positivamente) ciertos bienes jurídicos-penales; acto seguido, una vez determinado el carácter dañoso de esas conductas y la importancia de esos bienes jurídicos, debe pasarse a prohibir (norma primaria) al ciudadano dichas conductas en virtud del daño o peligro que pueden representar para esos bienes jurídicos, y establecer el



deber para el Juez (norma secundaria) de imponer una pena determinada en caso que el ciudadano infrinja esa prohibición. Todo este complejo de elementos y operaciones lógicas que necesariamente deben concurrir, es lo que le da composición a la norma jurídico-penal.

Ahora bien, debe esta Sala precisar que los anteriores planteamientos -al igual que los efectuados con relación al principio de legalidad- también son susceptibles de ser trasladados conceptualmente al ámbito del Derecho Administrativo Sancionador. El fundamento de ello estriba en la similitud sustantiva que existe entre los delitos y la institución de las infracciones administrativas, en el sentido de que el diseño estructural de los tipos contentivos de estas últimas se encuentra revestido de las mismas categorías que componen a la norma jurídico-penal (norma primaria, norma secundaria, norma de valoración, norma de determinación, sanción, etc.). Claro está, en el caso del Derecho Administrativo Sancionador, los intereses tutelados son de menor relevancia social que los que se protegen a través del Derecho Penal. Así, a través de esta última modalidad del control social formalizado, el Estado busca proteger los bienes jurídicos esenciales para la existencia y supervivencia de la sociedad (como lo son, por ejemplo, la vida, la libertad, etc.), siendo que en virtud de la relevancia que ostentan estos intereses -también denominados bienes jurídico-penales-, los mecanismos que se derivan de otras ramas del Derecho son insuficientes para brindar su protección (principio de subsidiariedad o del Derecho penal como última *ratio*). En cambio, a través del Derecho Administrativo Sancionador se protegen intereses de menor relevancia, por ejemplo, el orden público, la decencia pública, etc., como es el caso de los códigos de policía.

En el caso *sub lite*, esta Sala observa, en primer lugar, que el Código de Policía del Estado Lara, tipifica en varios de sus enunciados conductas constitutivas de infracciones administrativas, cuya realización por parte de los ciudadanos acarrea como consecuencia jurídica, alternativamente, la imposición de penas multa o de penas privativas de la libertad ambulatoria (arresto). Tal es el caso de los artículos 18, 19, 29, 30, 31, 36, 37, 38, 40, 41, 46, 48, 51, 54, 56, 57, 58 Parágrafo único, 60, 63, 66, 69, 71, 75, 76, 78, 79, 80, 81, 86, 95, 107, 108, 142, 147, 151, 153, 158, 197, 198, 200 y 203.

Lo anterior conlleva a afirmar que la norma secundaria de muchas de las faltas cuya inconstitucionalidad aquí se denuncia, al acarrear alternativamente dos consecuencias jurídicas, a saber, la imposición de una pena de multa o de una pena de arresto, da origen, a su vez, a otras dos (2) normas o proposiciones a las que corresponden, respectivamente, dos (2) comportamientos coercitivos de la autoridad.

Por ejemplo, el artículo 29 del Código de Policía del Estado Lara, dispone lo siguiente:

“Artículo 29º- Los que arranquen, rompan o borren o de cualquier manera dañen carteles o edictos públicos, serán penados con multas de veinte a cuarenta bolívares o arresto proporcional”.

De la lectura del citado enunciado normativo, pueden extraerse dos proposiciones o lecturas diferentes:

(1) La autoridad impondrá la pena multa de veinte a cuarenta bolívares, a todos aquellos que arranquen, rompan o borren o de cualquier manera dañen carteles o edictos públicos.

(2) La autoridad impondrá la pena de arresto proporcional a una multa de veinte a cuarenta bolívares, a todos aquellos que arranquen, rompan o borren o de cualquier manera dañen carteles o edictos públicos.

Una vez efectuado el examen del contenido de los artículos 18, 19, 29, 30, 31, 36, 37, 38, 40, 41, 46, 48, 50, 51, 54, 56, 57, 58 Parágrafo único, 60, 63, 66, 69, 71, 75, 76, 78, 79, 80, 81, 95, 107, 108, 142, 147, 151, 153, 158, 197, 198, 200 y 203, a la luz de las consideraciones expuestas a lo largo del presente capítulo, esta Sala estima que existe una clara antinomia entre el principio de legalidad penal (en su garantía formal), el cual es una manifestación del debido proceso, consagrado en el artículo 49.6 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y las partes o proposiciones de esos artículos con base en las cuales las autoridades administrativas (Gobernador, alcaldes, agentes de policía), pueden imponer penas de arresto a las personas que realicen las conductas prohibidas (tales partes o proposiciones, tal como se ejemplificó, se encuentran insertas en las normas secundarias de cada una de las faltas contenidas en esos artículos). El fundamento de tal afirmación descansa, en que se ha constatado que, en efecto, a través de aquéllas se describen faltas cuya verificación acarrea para el infractor la imposición de penas privativas de libertad (arresto), siendo que tal potestad de establecer en un texto normativo penas de tal naturaleza es de exclusiva reserva del legislador nacional –garantía penal-, estándole vedada al legislador estatal la posibilidad de llevar a cabo el establecimiento de tales sanciones a través de una normativa que responde a la función de policía administrativa del Estado, específicamente un Código de Policía.

Esta Sala también ha constatado que los artículos 49, 86, 87, 91, 93, 167, 186 y 191 de esa ley estatal, establecen la pena de arresto como una única sanción a la verificación de la hipótesis tipificada, por lo cual, dichas normas también son contrarias en la totalidad de su contenido a la garantía penal del principio de legalidad consagrado en el artículo 49.6 del Texto Constitucional.

...

En quinto lugar, la parte recurrente también alega que el artículo 11 en su numeral 14, y los artículos 20, 34, 97, 199 y 201 del Código de Policía del Estado Lara también se encuentran en contradicción con el principio de legalidad de los delitos y de las penas consagrado en el artículo 49.6 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Los artículos 20, 34, 97, 199 y 201 del Código de Policía del Estado Lara disponen lo siguiente:

“Artículo 20°- Donde quieran que existan tumultos, riñas o desórdenes, concurrirá la Policía para contenerlos y aprehenderá (*sic*) a los participantes y los conducirá ante la autoridad respectiva”.

“Artículo 34°- La Policía coadyuvará con los Organismos instructores del proceso penal determinados en la Ley. En ese sentido podrá detener a los individuos sobre quienes recaiga fundadas sospechas de haber cometido delito o falta prevista en el Código Penal, especialmente, si se presume que puedan ocultarse o fugarse. De la detención se hará un Acta escrita, con expresión del fundamento que la motiva y una vez ejecutada se remitirá en un lapso que no exceda de tres días al Cuerpo Técnico de Policía Judicial, quien se encargará de continuar la averiguación correspondiente y remitir el caso al Tribunal de Justicia competente, de ser procedente”.

“Artículo 97°- Cuando las Autoridades de Policía impongan alguna de las penas que establece este Código, lo harán constar por medio de una resolución, en un libro que con el nombre de Registro de Policía, llevarán los prefectos tanto de Distrito como de Municipio; y en ella se expresará el nombre y apellido de la persona sancionada, la naturaleza de la infracción cometida con todas sus circunstancias; la pena impuesta y la disposición legal aplicable al caso”.

“Artículo 199°- Cuando el padre o la madre o cualquier otro representante legal solicitare el auxilio de la Policía para recuperar a su hijo u otra persona que esté a su cargo, por haberse evadido de la casa o de, otro lugar que se haya destinado para su permanencia; la Policía practicará las diligencias conducentes para la aprehensión del evadido y una vez aprehendido éste, será entregado al reclamante. Si el evadido expusiera algún motivo que justifique su separación del lugar donde se ha escapado, la Policía abrirá la averiguación y pasará las actuaciones a la Autoridad competente. Mientras no resuelve lo pertinente, el evadido será depositado en cualquier establecimiento adecuado o en casa de familia honorable”.

“Artículo 201°- Cuando el padre o la madre o el tutor de una menor tratare de corromperla por sí o consintiere en que otro lo haga, la Autoridad de Policía sacará inmediatamente a dicho menor de acuerdo con el Fiscal del Ministerio Público, y pasará el caso al Juez competente.

Lo dispuesto en este Artículo se entiende igualmente con respecto a los demás parientes, a cuyo cargo estuvieren los menores”.

Sobre estos artículos cuya nulidad se demanda, vale destacar que aquéllos tampoco contemplan infracciones administrativas cuya constitucionalidad pueda ser colocada en entredicho; sino que, por el contrario, contienen normas de adjudicación que, en este caso, fungen como base adjetiva a los fines de articular el procedimiento que el Cuerpo de Policía estatal debe seguir en la práctica de ciertas diligencias, por ejemplo, en los supuestos de aprehensiones practicadas con ocasión de tumultos, riñas o desórdenes (artículo 20), en caso de auxilio prestado a los órganos instructores del proceso penal (artículo 34), en el caso de las formalidades para la imposición de sanciones (artículo 97), en caso de evasión de personas del cuidado y vigilancia de sus padres, madres o representantes legales (artículo 199), o para proteger a mujeres menores en el supuesto en que puedan ser corrompidas por sus padres, madres, tutores o cualesquiera otras personas (artículo 201).

En otras palabras, los artículos 20, 34, 97, 199 y 201 del Código de Policía del Estado Lara encuadran en el rubro de las denominadas normas de adjudicación y no en el de las normas sancionadoras, teniendo las primeras una estructura, función y propósito distinto al de las segundas.

Las normas de **adjudicación**, siguiendo la clasificación de HART, son aquellas que confieren facultades a determinados órganos para dirimir conflictos relativos al cumplimiento o a la infracción de **reglas primarias**, es decir, se trata de normas que otorgan competencias a órganos del Estado (judiciales, administrativos), así como también establecen las condiciones personales, materiales y procedimentales para arribar a una decisión sobre el conflicto involucrado (sentencia, acto administrativo sancionador, etc.).

Debe aclararse que en criterio del mencionado autor, las **reglas primarias** son aquellas prescripciones sustantivas que establecen permisiones, prohibiciones u obligaciones, y dentro de este grupo se encuadran aquellas normas que exigen imponer sanciones bajo determinados supuestos (normas que exteriorizan el *ius puniendi*, sean de Derecho Penal o Derecho Administrativo Sancionador); mientras que por el contrario las **normas de adjudicación** son las reglas secundarias, teniendo estas últimas una naturaleza adjetiva.

Ahora bien, este criterio de clasificación de las normas o reglas sostenido por HART, el cual se basa en los conceptos de norma primaria y de norma secundaria, no debe ser confundido con las categorías conceptuales que integran la estructura interna de las normas sancionadoras, la cual fue expuesta *supra*. Dentro del grupo de las normas de adjudicación se encuadran, entre otras, las normas atributivas de competencia que existen en el Derecho Administrativo y en el Derecho Procesal.

Con base en lo anterior, debe afirmarse que los artículos 20, 34, 97, 199 y 201 del Código de Policía del Estado Lara al no incardinar en su contenido faltas administrativas cuya verificación conllevaría a la imposición de una pena (es decir, reglas primarias), sino, por el contrario, articulan meros procedimientos a seguir por parte del órgano policial (reglas secundarias), su constitucionalidad no es susceptible de ser analizada a la luz de la garantía penal del principio de legalidad que contempla el Texto Constitucional, toda vez que la vulneración de éste sólo puede verificarse y examinarse con referencia en reglas primarias sancionadoras, y así también se declara.

En segundo lugar, En lo que se refiere al artículo 11.14 del Código de Policía del Estado Lara, dicha norma reza de la siguiente forma:

“Artículo 11º- Los Miembros del Cuerpo Policial, deberán dedicarse exclusivamente a los deberes, funciones y atribuciones del servicio.

No podrán ser destinados a ocupaciones extrañas a su carácter policial, siendo sus principales atribuciones y deberes los siguientes:

(...)

14º- Vigilar porque los niños no deambulen solos, sin la compañía de sus padres o representantes, por las calles y sitios públicos en horas de la noche; como asimismo para que no sean sometidos a actos denigrantes y sobre todo en el hábito de la mendicidad.”

Debe esta Sala afirmar que dichos preceptos, a pesar de que efectivamente tienen el carácter de normas jurídicas, no constituyen de ninguna manera normas jurídico-penales, ni tampoco infracciones administrativas cuya constitucionalidad o inconstitucionalidad pueda ser sometida a análisis en el presente fallo con base en una presunta contradicción al principio de legalidad de los delitos y las penas.

El fundamento de lo anterior descansa, en que la configuración estructural del mencionado numeral no reúne los elementos que componen a las normas sancionadoras –anteriormente explicados-, es decir, no son normas sancionadoras que acarreen una pena específica en caso que se verifique una conducta tipificada; por el contrario, constituyen reglas de adjudicación que confieren potestades a órganos públicos, a saber, a los miembros del Cuerpo Policial estatal.

Siendo así, se concluye entonces lo siguiente: **Para que sea plausible el examen de la validez de una norma a la luz de alguna de las garantías del principio de legalidad penal, debe tratarse de una prescripción que pertenezca al ámbito del *ius puniendi* en cualesquiera de sus manifestaciones, es decir, deberá ser una norma que describa una conducta cuya verificación acarree para el infractor la imposición de una pena.**

Claro está, las mentadas normas, si bien no son contrarias al artículos 49.6 del Texto Constitucional, no es menos cierto que sí violan el artículo 44 *eiusdem*, tal como se declaró en la sección anterior del presente fallo.

De igual forma, estas consideraciones no son óbice a que tales normas puedan ser analizadas bajo la óptica del principio de legalidad de las formas procesales, como se hará *infra*.

Por las razones antes expuestas, se concluye que en el caso *sub lite*, no cabe examinar la validez del numeral 14 del artículo 11 del Código de Policía del Estado Lara frente al contenido del artículo 49.6 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Así se declara.

De igual forma, esta Sala también ha examinado el artículo 23 del Código de Policía del Estado Lara, a los fines de verificar si vulnera el artículo 49.6 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y en tal sentido, se establece lo siguiente:

“Artículo 23°- Toda persona que perturbe el Ejercicio de algún culto, faltando al orden y respeto debido, queda bajo la acción de la Policía, la que impedirá el abuso e impondrá al infractor las penas que determina el artículo 19°”.

Respecto a esta norma, se advierte que ella describe una conducta prohibida (perturbación irrespetuosa al ejercicio de un culto), pero no establece cuál es la sanción aplicable en el caso en que dicha conducta se verifique. Ahora bien, esa norma en sí, a juicio de esta Sala, no viola las garantías (formales ni materiales) del principio de legalidad penal, ya que si bien prevé una falta (lo cual, como se indicó anteriormente, es legítimo en el Derecho Administrativo Sancionador) sin adjudicarle una pena concreta, no es menos cierto que sí describe detalladamente la conducta prohibida y constitutiva de la infracción administrativa, siendo que su complemento, es decir, su correspondiente penalidad, se encuentra, por remisión, en el artículo 19 de ese mismo Código de Policía. La circunstancia de que por técnica legislativa, la sanción que corresponda a la infracción regulada en una norma imperfecta, se haya previsto en otro artículo del mismo texto normativo, no es violatoria del principio de legalidad penal. Claro está, la inconstitucionalidad, por violación del artículo 49.6 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, no recae sobre la norma contenida en el artículo 23; sino que, por el contrario, afecta es una parte de la norma complementaria (artículo 19), concretamente, a la proposición ubicada en la norma secundaria de esta última, que ordena a la autoridad imponer la pena de arresto a los infractores. Por tanto, con base en una interpretación del artículo 23 del Código de Policía del Estado Lara conforme a la Constitución, la única sanción que podrá imponerse al infractor será la pena de multa prevista en el artículo 19 de la señalada normativa estatal.

Así las cosas, y con base en los anteriores argumentos, esta Sala estima que el artículo 23 del Código de Policía del Estado Lara no contradice lo dispuesto en el artículo 49.6 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y así se declara.

B. *En materia de procedimientos*

**TSJ-SC (1744)**

**9-8-2007**

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Impugnación del Código de Policía del Estado Lara, publicado en la *G.O.* del Estado Lara Ext. N° 106 del 30-4-1976.

**La regulación de los procedimientos judiciales sólo puede ser llevada a cabo mediante leyes dictadas por la Asamblea Nacional, es decir, por leyes formales. En el campo de los procedimientos administrativos el principio sufre sus matizaciones, toda vez que si bien el legislador nacional tiene la potestad de establecer las bases fundamentales de los procedimientos administrativos (Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos), ello no obsta a que los Estados y Municipios puedan llevar a cabo la ordenación, a través de sus respectivas leyes (como es el caso de los Códigos de Policía), de procedimientos especiales de esta índole.**

.....En tercer lugar, la parte actora alegó en su escrito que el artículo 11 en sus ordinales 2, 3, 11 y 14; así como los artículos 18, 19, 20, 23, 29, 30, 31, 33, 34, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 46, 48, 49, 50, 51, 53, 54, 55, 56, 57, 58 en su Parágrafo Único; 59, 60, 61, 63, 66, 68, 69, 71, 72, 74, 75, 76, 78, 79, 80, 81, 83, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95,

96, 97, 98, 103, 105, 107, 108, 142, 146, 147, 151, 153, 158, 167, 169, 173, 183 Parágrafo Único; 186, 191, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204 y 205 [del Código de Policía del Estado Lara], son contrarios al principio de legalidad de los procedimientos, cuyo basamento constitucional se encuentra en los artículos 187.1 y 156.32 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

El artículo 156.32 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece que es competencia del Poder Público Nacional, la legislación en materia de procedimientos. Del contenido de esta norma, se desprende el principio de legalidad de los procedimientos, o de legalidad de las formas procesales, el cual ha sido denunciado como infringido en el presente caso. Ahora bien, tal principio abarca esencialmente a dos campos, en primer lugar, a los procedimientos judiciales, y en segundo lugar, a los procedimientos administrativos.

En cuanto a los procedimientos judiciales, debe esta Sala precisar que la regulación de éstos sólo puede ser llevada a cabo mediante leyes dictadas por la Asamblea Nacional, es decir, por leyes formales, tal como las define el artículo 202 del Texto Constitucional. El fundamento de ello se encuentra no sólo en el artículo 156.32 antes mencionado, sino también en el propio artículo 253 *eiusdem*. Esto cobra especial relevancia en el ámbito jurídico-penal, en el cual opera la garantía jurisdiccional del principio de legalidad penal, según el cual, no se puede imponer una pena o medida de seguridad, en tanto son consecuencias jurídicas del delito o falta, sino en virtud de una sentencia firme dictada en un proceso penal desarrollado conforme a la ley procesal –nacional- ante el órgano jurisdiccional competente, lo cual puede resumirse en el aforismo *nemo damnetur nisi per legale iudicio*.

Ahora bien, en el campo de los procedimientos administrativos –específicamente los sancionadores- tal principio sufre sus matizaciones, toda vez que si bien el legislador nacional tiene la potestad de establecer las bases fundamentales de los procedimientos administrativos (por ejemplo, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos), ello no obsta a que los Estados y Municipios puedan llevar a cabo la ordenación, a través de sus respectivas leyes (como es el caso de los Códigos de Policía), de procedimientos especiales de esta índole.

Es el caso, que el diseño estructural del Estado venezolano (Estado federal descentralizado) hace plausible que en la esfera competencial de los distintos entes político territoriales se ubique la potestad de legislar –no así la de impartir justicia-, de la cual se deriva, a su vez, la facultad de ordenación de los procedimientos administrativos correspondientes, a los fines de su adaptación a la específica actividad administrativa prevista en cada caso y a la organización administrativa encargada de su desarrollo.

Dicho lo anterior, en el caso *sub lite*, observa esta Sala, en primer lugar, que la representación de la Defensoría del Pueblo considera que los artículos 18, 19, 29, 30, 31, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 43, 46, 48, 49, 50, 54, 55, 56, 57, 58 en su Parágrafo Único, 63, 66, 69, 71, 75, 76, 78, 79, 80, 83, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 94, 95, 103, 105, 108, 142, 146, 147, 151, 153, 169, 186, 191 y 195 son contrarios al principio de legalidad de las formas procesales.

Al respecto, esta Sala estima que estos enunciados normativos contienen normas de naturaleza sustantiva y no adjetiva, en el sentido de que únicamente contemplan normas sancionadoras, que tienen una estructura como la que se explicó en la sección anterior, es decir, tipifican una conducta cuya realización por cualquier persona, acarrea para ésta la imposición de una pena. En otras palabras, no constituyen normas de adjudicación a través de las cuales se articulan procedimientos tendientes a la producción de un acto jurídico, como lo sería, por ejemplo, un acto administrativo para la imposición de una sanción; sino que, por el contrario, prevén diversas especies de faltas administrativas.

Siendo así, esta Sala concluye que en el presente caso no tendría sentido hablar de una colisión entre este primer grupo de artículos -denunciados como inconstitucionales por la parte actora- y el principio de legalidad de las formas procesales -el cual es inherente al Derecho procesal en cualesquiera de sus manifestaciones-, toda vez que tales enunciados contienen normas sustantivas (o reglas primarias) que escapan de la aplicación del mencionado principio, siendo que el contenido de este último debe regir sobre las normas que tengan una naturaleza adjetiva, es decir, sobre las normas de adjudicación. En consecuencia, esta Sala no observa que los artículos 156.32 (en lo que se refiere al principio de legalidad de los procedimientos) y 187.1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, estén en contradicción con los artículos 18, 19, 29, 30, 31, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 43, 46, 48, 49, 50, 54, 55, 56, 57, 58 en su Parágrafo Único, 66, 69, 71, 75, 76, 78, 79, 80, 83, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 93, 94, 95, 103, 105, 108, 142, 146, 147, 151, 153, 169, 186, 191 y 195 del Código de Policía del Estado Lara. Así se declara.

## II. DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

### 1. Régimen general de los derechos humanos

#### A. Principio de progresividad

**TSJ-SC (1709)**

**7-8-2007**

Magistrado Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero

Caso: Impugnación Art. 493 del Código Orgánico Procesal Penal

**La Sala analiza el alcance del principio de progresividad en la protección de los derechos humanos.**

El artículo 19 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece el deber del Estado de garantizar “a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público de conformidad con esta Constitución, con los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y con las leyes que los desarrollen”.

Como se aprecia, el propio texto constitucional reconoce expresamente el principio de progresividad en la protección de los derechos humanos, según el cual, el Estado se encuentra en el deber de garantizar a toda persona natural o jurídica, sin discriminación de ninguna especie, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de tales derechos.

Dicho principio se concreta en el desarrollo consecutivo de la esencia de los derechos fundamentales, en tres aspectos fundamentales: ampliación de su número, desarrollo de su contenido y fortalecimiento de los mecanismos institucionales para su protección. En este contexto surge la necesidad de que la creación, interpretación y aplicación de las diversas normas que componen el ordenamiento jurídico, se realice respetando el contenido de los derechos fundamentales.

Ahora bien, el señalado artículo 19 constitucional no puede ser visto de manera aislada, por el contrario, debe ser interpretado sistemáticamente con los artículos 22 y 23 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los cuales completan el contenido de aquél, enunciándose de esta forma la base para la protección de los derechos humanos.

Así, en el artículo 22 se inserta la cláusula abierta de los derechos humanos, según la cual la enunciación de los derechos y garantías consagrados en el texto constitucional y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, no debe entenderse como la

negativa a aceptar la existencia y la aplicación de otros derechos y garantías constitucionales, que siendo inherentes a la persona, no se encuentren establecidos expresamente en el texto constitucional o en dichos tratados; mientras que en el artículo 23 se reconocen como fuentes en la protección de los derechos humanos, a la Constitución, a los tratados internacionales en materia de derechos humanos suscritos y ratificados por la República, y a las leyes que los desarrollen. De igual forma, en dicha norma se establece, a los efectos de robustecer la protección de los derechos humanos, que los tratados, pactos y convenciones en materia de derechos humanos, que hayan sido suscritos y ratificados por Venezuela, predominarán en el orden jurídico interno en la medida en que contengan normas referidas al goce y ejercicio de los derechos humanos más favorables que las contenidas en la Constitución y en las leyes de la República, es decir, cuando tales tratados reconozcan y garanticen un derecho o una garantía de forma más amplia y favorable que la Constitución –u otra normativa nacional-, dichos instrumentos internacionales se aplicarán inmediata y directamente por todos los órganos del Poder Público, especialmente cuando se trate de operadores de justicia.

Referente a este principio, reitera esta Sala la doctrina señalada en la sentencia número 1.654 del 13 de julio de 2005, conforme la cual:

“la progresividad de los derechos humanos se refiere a la tendencia general de mejorar cada vez más la protección y el tratamiento de estos derechos, sin embargo, la progresividad de los derechos humanos de los imputados, no puede ir en detrimento de los derechos humanos del resto de las personas, incluso de las víctimas de esos delitos, por lo que en ningún caso se autoriza la desproporcionalidad de las penas aplicables conforme a la gravedad del delito, ni un tratamiento igualitario respecto de quienes cometen delitos menos graves, pues sería contradictorio con el verdadero sentido de la justicia y la equidad.

Aunado a lo anterior, considera la Sala que en atención a la progresividad de los derechos humanos, mal podría aplicarse por razones de conveniencia una norma que fue derogada hace más de cuatro años, con preferencia a la norma vigente para el momento de la comisión del delito en cuestión, pues eso aplicaría sólo cuando la derogatoria de la norma más favorable y consecuente entrada en vigencia de la nueva, ocurriese durante el juicio penal al cual se pretende aplicar la más benévola, lo cual no es el caso de autos”.

*B. Diferencia entre derechos fundamentales y derechos humanos*

**TSJ-SC (1709)**

**7-8-2007**

Magistrado Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero

Caso: Impugnación del derogado 493 del Código Orgánico Procesal Penal

**La Corte establece la diferencia existente entre las expresiones “derechos fundamentales” y derechos humanos”.**

La globalización de los derechos humanos y la internacionalización de los derechos fundamentales, han cimentado una confusión en cuanto a su contenido y ámbito de protección. De allí, la necesidad de establecer la diferencia que existe entre las expresiones “derechos fundamentales” y “derechos humanos”.

En la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, se subrayó el término “derechos del hombre”, el cual posteriormente fue sustituido por el de “derechos individuales”, pasando a ser el más común en los textos constitucionales.

Hoy, la denominación “derechos individuales” ha sido progresivamente abandonada en la doctrina y en la legislación. Actualmente se sostiene que “derechos fundamentales” son aquellos derechos garantizados por la Constitución y, que en cambio, la denominación de



“derechos humanos” refiere a derechos garantizados por normas internacionales. Los primeros tienen como fuente de producción al legislador constituyente, y los segundos, a los Estados y organismos internacionales.

En síntesis, los derechos fundamentales son aquellos derechos humanos positivados constitucionalmente, como los principios que satisfacen la ideología política de cada ordenamiento jurídico, y consecuentemente actúan como principios orientadores y limitativos de la acción estatal.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1.999, emplea la denominación “derechos humanos” a diferencia de la Constitución de 1.961, incorporando de esta manera un sistema normativo de los derechos humanos más avanzado, no solo por emplear términos propios, sino porque plantea una actualización en el marco de las últimas tendencias doctrinarias y legislativas sobre dichos derechos.

Acertadamente el constituyente advirtió que la confusión entre “derechos humanos” y “derechos fundamentales”, y por tanto extendió el término derechos humanos para referirse a los derechos de la persona humana positivados tanto constitucionalmente como a nivel del Derecho Internacional Público.

C. *Derechos humanos y derechos penitenciarios*

**TSJ-SC (1709)**

**7-8-2007**

Magistrado Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero

Caso: Impugnación del derogado Artículo 493 del Código Orgánico Procesal Penal.

**La relación entre el Estado y el sentenciado no se define como una relación de poder, sino como una relación jurídica con derechos y deberes para cada una de las partes. Para su observancia y garantía, esos derechos y deberes deben estar especificados en leyes y reglamentos. Por consiguiente, para el condenado, unas categorías de derechos son los derechos penitenciarios y otras los derechos humanos. Los derechos penitenciarios, son “los derechos específicos que derivan de su condición jurídica de sentenciado, los cuales se corresponden con las obligaciones del Estado, vinculados al régimen penitenciario y a las estrategias del tratamiento resocializador”. Sus derechos humanos son “los derechos fundamentales de todo ciudadano no afectados por la sentencia”.**

...El derecho a la tutela judicial efectiva que, a su vez comprende, una serie de garantías y derechos, entre ellos, el derecho al debido proceso, exige que ese cúmulo de garantías procesales que le configuran, acompañen al penado incluso en la fase de ejecución de la sentencia; tal como expresamente lo consagra el Código Orgánico Procesal Penal en su artículo 478.

De allí, que el condenado pueda ejercer durante la ejecución de la pena, todos los derechos y facultades que, en materia penal y penitenciaria, le hayan sido reconocidos u otorgados, entre ellos, la solicitud de los beneficios que, con respecto a las fórmulas alternativas de cumplimiento de las penas, contemplan el mismo código y otras leyes. Con la entrada en vigencia del Código Orgánico Procesal Penal, el juez de la causa no es ya el encargado de la realización del cómputo de la pena o de la designación del establecimiento penitenciario en donde cumplirá su condena el penado. Acorde con las normas del citado

texto adjetivo, la ejecución de las penas asume una doble naturaleza: jurisdiccional y administrativa, pues se procura concretar mayores garantías al sentenciado, quien puede impugnar por vía judicial las decisiones que tengan que ver con la ejecución de su sentencia, pero quedando bajo la custodia del Ejecutivo Nacional todo lo relativo al cumplimiento de la misma -en caso de sentencias condenatorias con penas corporales-.

Este cambio de concepción -anteriormente prevalecía el carácter administrativo- obedece a la finalidad de unificar el régimen de ejecución de sentencias penales. Con el Código Orgánico Procesal Penal se judicializa la fase de ejecución penal, a través de la creación de un órgano judicial -Juzgado de Ejecución- al cual le corresponde la ejecución de las penas y medidas de seguridad impuestas mediante sentencia firme -artículo 479 del Código Orgánico Procesal Penal-.

Sin duda que, una de las funciones más relevantes del Juez de Ejecución Penal, es el control del respeto a los derechos del condenado, quien nadie duda tiene derechos: a) los fundamentales, inherentes a toda persona humana, reconocidos en Convenios y Pactos Internacionales, consagrados en las Constituciones a favor de todas las personas y que no se pierden por efectos de la condena penal, y b) los específicos, que se derivan de la sentencia condenatoria, de la particular relación que se establece entre el sancionado y el Estado que lo condenó.

La figura del Juez de Ejecución penal está vinculada, en principio, a la protección de los derechos humanos, en los cuales se basa igualmente el derecho de ejecución penal. Su intervención es una consecuencia del principio de la humanización de la pena -uno de los postulados de la moderna política criminal que pone especial énfasis en la protección de los derechos del condenado-.

Ahora bien, apunta la Sala, que se diserta en el foro y la doctrina sobre la ejecución de la pena; pero, no obstante, nada hasta ahora se ha dicho de la pena, la cual, en esencia, nace de la necesidad de dar respuesta a los conflictos que pudieran suscitarse entre los hombres que viven en sociedad, a fin de bajarles intensidad. En una sociedad regida por normas (Estado Social y Democrático de Derecho) quien lesiona un interés vital de vida o infracción a una norma, genera una disfunción en el sistema social. A ello el Estado responde con uno de sus mecanismos de control social, el Derecho Penal, tanto para evitar, como para imponer una pena o medida de seguridad.

Así, la tutela de bienes jurídicos se desarrolla mediante las funciones de la pena. En ella encontramos criterios de prevención general y prevención especial. La prevención general se dirige a intimidar o a motivar a los ciudadanos para que no cometan delitos, en este caso la pena comunica, da un mensaje, que es: quien pretende o cometa un delito será sancionado a través de la pena privativa de la libertad, como expresión máxima del control del Estado.

Por otro lado, el criterio de prevención especial se entiende, a diferencia de la prevención general, que va dirigido al ciudadano específico, cuando éste ya delinquirió, tratando de evitar que cometa nuevos delitos o procediendo a efectuar tratamientos de índole terapéutica.

Cuestiones tan esenciales como la libertad y, en algunos casos, indirectamente, la vida misma del hombre, son decididas por otro sujeto que actuando investido del *ius puniendi*, trata de restablecer, equilibrando el interés de la sociedad, la víctima y el condenado, el orden jurídico-social infringido; y es pues, el Estado quien previamente ha fijado, a tales fines, las consecuencias de tal infracción. Es en virtud de ello que nace el derecho de recluir a los delinquentes, pues la sociedad transfirió al Estado tal facultad, al tiempo que todos sus miembros cedieron una porción de libertad al someterse a las previsiones legales tendientes a lograr la armonía y convivencia de los pueblos. De manera que, la pena busca no sólo

equilibrar los diversos intereses en juego, sino además que ese sujeto infractor del orden preestablecido reconsidere su posición, de ser posible sea reeducado y asuma su responsabilidad, al ser sacrificado en un bien tan importante para él, como es su libertad.

Sin embargo, teóricamente la pena no tiene por objeto “execrar” al infractor; por el contrario, busca una sanción suficiente, pero que permita al penado preparar su posterior reinserción, en la medida de lo posible, toda vez que haya mediado una etapa en la que éste tuviese la posibilidad de considerar su falta y de ver el repudio al que se somete a quienes violan la vida social. Es más, las sanciones no versan solamente en la privación de libertad, aunque es ésta -por su gravedad- la principal; pueden ser de la más variada índole sin perder el carácter punitivo y dependiendo de factores culturales, sociológicos, psicológicos, jurídicos, y en especial, de las circunstancias que rodean a la conducta prefijada. Se trata de un sistema complejo que, en teoría, procura retener o vigilar por un tiempo a una persona para que no siga delinquiriendo, pero que a la vez debe tratar por métodos científicos, de lograr una reinserción social positiva.

Si se considera entonces, que el Estado no es un castigador a ultranza, a pesar de monopolizar la fuerza y el derecho punitivo, se llega a la conclusión de que la idea que priva no es tener establecimientos llenos de infractores de la ley, es más, el Estado opta por la libertad; pero tampoco puede dejar impunes y sin correctivos las conductas delictivas por él mismo establecidas, mediante las leyes.

No obstante ello, las penas con el pasar del tiempo han ido evolucionando y humanizándose; se toma más en cuenta la proporcionalidad que debe guardar la misma con la infracción cometida y el daño producido a la sociedad; pero, existen delitos cuyo impacto social es mayor, y es a éstos a los que se trata con especial cuidado, ya que la reclusión o el correctivo debe ser suficiente para que el infractor “lo piense dos veces antes de reincidir y piense más bien en su rehabilitación”, y para que la sociedad y la víctima se sientan seguros que el delincuente no va a reincidir de inmediato.

Es la magnitud del delito cometido, su trascendencia social en vista del peligro que representa, lo que a juicio de esta Sala, ha conducido al legislador a crear una escala punitiva, donde los beneficios que gozan los condenados son diferentes, sin que pueda considerarse por ello que exista discriminación con respecto a los penados, ya que el grado de peligrosidad, de amenaza social, la necesidad de reeducación es variable y uno de los termómetros para medir tal amenaza y peligrosidad, es la entidad del delito cometido.

Empero, no por ello, apunta esta Sala, el condenado está fuera del derecho, éste se halla en una relación de derecho público con el Estado, en la cual continuará siendo titular de todos los derechos fundamentales, a excepción de los que se vean afectados legalmente por el contenido del fallo condenatorio.

Sus derechos continuaran siendo: a) “*uti cives*”, es decir, los inherentes al status de persona, excepto los expresa o necesariamente vedados por la ley o por la sentencia que se dicta en base a ella, los cuales fueron tomados en cuenta por el legislador, debido a las razones inmediatamente señaladas.

En esa categoría se incluyen, el derecho a la vida, a la integridad física, psíquica y moral, a la dignidad humana, al honor, a la intimidad, a la libertad de conciencia y religión, salud, trabajo, etc., y b) los derechos específicamente penitenciarios, es decir, aquellos propios de su condición de penado, tales como que su vida se desarrolle en condiciones mínimas, lo que incluye instalaciones adecuadas e higiénicas, terapia ocupacional y una dieta alimenticia suficiente y balanceada; tener asistencia a su salud física y mental, asistencia

jurídica, educativa y religiosa, y a la progresividad, esto es, a solicitar los avances de libertad anticipada o fórmulas alternativas de cumplimiento de pena, si reünere los requisitos para ello. Esta es la situación jurídica del recluso, independientemente de que otros órganos del Estado, encargados de la reclusión la hagan efectiva.

La relación entre el Estado y el sentenciado no se define como una relación de poder, sino como una relación jurídica con derechos y deberes para cada una de las partes. Para su observancia y garantía, esos derechos y deberes deben estar especificados en leyes y reglamentos.

Por consiguiente, para el condenado, unas categorías de derechos son los derechos penitenciarios y otras los derechos humanos. Los derechos penitenciarios, reitera esta Sala, son “los derechos específicos que derivan de su condición jurídica de sentenciado, los cuales se corresponden con las obligaciones del Estado, vinculados al régimen penitenciario y a las estrategias del tratamiento resocializador”. Sus derechos humanos son “los derechos fundamentales de todo ciudadano no afectados por la sentencia”.

Ahora bien, dictada una sentencia condenatoria que comporte una pena privativa de libertad, el legislador consagra algunas vías alternativas al fallo dictado. El condenado puede cumplir su pena, bien a través de las formas alternativas o de las formas de libertad anticipada y bajo las condiciones preceptuadas en la ley, o bien liberarse de ella a través de situaciones que afectan el cumplimiento de la misma como el indulto, la amnistía, la conmutación y el perdón de la parte ofendida, todas ellas consagradas de manera expresa en el Código Orgánico Procesal Penal.

Como el propio nombre lo indica, las formas o fórmulas alternativas son las que se aplican en lugar de la privación de libertad. Las formas de libertad anticipada son aquellas que de alguna manera acortan el tiempo que el condenado debe pasar encarcelado como prisionero o presidiario. Ejemplo de las primeras, la suspensión condicional de la ejecución de la pena; de las segundas: el destino a establecimiento abierto, el destacamento de trabajo y la libertad condicional. Fuera de la anterior clasificación, pero igualmente consagrada en el Código Orgánico Procesal Penal, está la redención de penas por el trabajo y el estudio. No obstante sus particularidades, todas estas formas se encuentran expresamente reguladas bajo un mismo capítulo por el Código Orgánico Procesal Penal en el libro dedicado a la ejecución, calificando al segundo grupo, como fórmulas alternativas al cumplimiento de la pena.

En este orden de ideas, apunta esta Sala, que el artículo cuya nulidad se demandó -493- consagraba algunas limitaciones generales a los condenados por los delitos de homicidio intencional, violación, actos lascivos violentos, secuestro, desaparición forzada de personas, robo en todas sus modalidades, hurto calificado, hurto agravado, narcotráfico y hechos punibles contra el patrimonio público, para optar a la suspensión condicional de la ejecución de la pena, y a cualquiera de las fórmulas alternativas de cumplimiento de pena. Así, señalaba la disposición en mención, que dichos condenados podían optar a ellas, luego de haber estado privados de su libertad por un tiempo no inferior a la mitad de la pena que se les había impuesto. En los demás casos se atendía a los requisitos específicos.

Por ello, la norma en referencia fue objeto del presente recurso de nulidad, alegándose su inconstitucionalidad con base en la violación de los artículos 272, 19 y 21 de la Carta Magna.

Ante esto, la Sala señala, que debe analizarse entonces el contenido y alcance de las garantías y derechos denunciados como infringidos por la norma, a fin de la determinación de la inconstitucionalidad demandada.

En sintonía con los postulados de la moderna política criminal, la Constitución de 1999 en su artículo 272, consagró la garantía de un sistema penitenciario que le asegure al penado su rehabilitación y el respeto a sus derechos humanos, y “(...) Para ello, los establecimientos penitenciarios contarán con espacios para el trabajo, el estudio, el deporte y la recreación, funcionarán bajo la dirección de penitenciaristas profesionales con credenciales académicas universitarias, y se regirán por una administración descentralizada, a cargo de los gobiernos estatales o municipales, pudiendo ser sometidos a modalidades de privatización. En general, se preferirá en ellos el régimen abierto y el carácter de colonias agrícolas penitenciarias”.

A la par, “(...) las fórmulas de cumplimiento de penas no privativas de la libertad se aplicarán con preferencia a las medidas de naturaleza reclusoria. El Estado creará las instituciones indispensables para la asistencia pospenitenciaria que posibilite la reinserción social del exinterno o exinterna y propiciará la creación de un ente penitenciario con carácter autónomo y con personal exclusivamente técnico”. La Sala aprecia, que el señalado artículo 272 Constitucional lo que consagra al penado son derechos específicamente penitenciarios que se corresponden con las obligaciones del Estado, vinculados al régimen penitenciario y a las estrategias del llamado “tratamiento resocializador”, y establece el carácter predominante de las fórmulas alternativas de cumplimiento de pena a las medidas de naturaleza reclusoria.

La garantía constitucional contenida en el referido artículo 272 no admite el reconocimiento de derechos fundamentales, en el entendido de derechos inherentes a la persona humana, los cuales son establecidos en otras normas. Se trata de un mandato del constituyente al legislador para orientar la política penal y penitenciaria, como fines del Estado en esta materia, de carácter no exclusivamente formal, ya que fija unos criterios que tienen que ser respetados por éste al dar cumplimiento al mismo. Del cumplimiento de dicho mandato - como antes la Sala acotó- sí se derivan determinados derechos -los específicamente penitenciarios-; y, por ende, tales derechos no tienen el carácter de derechos subjetivos para el condenado.

Como fundamento de tal aserto, la Sala cita al Doctor José Manuel Delgado Ocando en su trabajo “Algunas Consideraciones sobre el problema de los Derechos Positivos” (Estudios de Filosofía del Derecho, Colección de Estudios Jurídicos, Tribunal Supremo de Justicia, Volumen 8, página 468): “(...) el derecho subjetivo es la relación entre un legitimado y un obligado, con arreglo a la cual el primero puede exigir del segundo un determinado comportamiento, y en caso de resistirse a observarlo, ha de soportar su obtención coactiva. Esto nos obliga a hacer un análisis del objeto jurídico, es decir, de la prestación que el deudor debe realizar a favor del derechohabiente. Si por derechohabiente o titular del derecho subjetivo se entiende aquél a quien corresponde una posibilidad normativa exigible, por objeto jurídico se debe entender lo que corresponde al derecho, esto es, la prestación del obligado. Todo derecho subjetivo ha de tener un objeto y, por eso, se ha cuestionado el carácter de derecho subjetivo a ciertas facultades o legitimaciones que carecen de objeto jurídico *stricto sensu* como los derechos fundamentales y de libertad del ciudadano”. Lo que el señalado artículo 272 dispone es que, en la dimensión penitenciaria de la pena, se siga una orientación encaminada a la reeducación y a la reinserción social, más no que éstas sean la única finalidad legítima de la pena privativa de libertad. Distintas normas constitucionales ordenan al Estado garantizar determinadas actividades (artículos 83 y 88, por ejemplo). Tales garantías, establecen la labor del Estado en esas áreas, pero es éste quien va diseñando las formas de su otorgamiento, lo cual realizará de acuerdo a sus posibilidades reales. Al respecto, cabe citar lo señalado por esta Sala, en la sentencia N° 1002 del 26 de mayo de 2004 (Caso: *Federación Médica Venezolana*), en la cual asentó:

Atendiendo a ello se debe señalar que el Estado Social de Derecho es el Estado de la procura existencial, su meta es satisfacer las necesidades básicas de los individuos distribuyendo bienes y servicios que permitan el logro de un standard de vida elevado, colocando en permanente realización y perfeccionamiento el desenvolvimiento económico y social de sus ciudadanos.

Según esto, la cláusula de Estado Social de Derecho es suficiente para que el Estado, a través de su estructura administrativa, esté en constante desarrollo de un programa económico, social o cultural y concilie los intereses de la sociedad, porque esa es, precisamente, su razón de ser. Por ende, desde la cláusula no existen derechos, lo que impide afirmar que ellos, por sí mismos, estén en la esfera subjetiva del ciudadano, la aspiración de satisfacer las necesidades básicas de los individuos constituye un principio orientador de la actividad administrativa, aquello que identifica a un Estado como Social de Derecho, por lo que tales programas son elementos condicionadores del fin de la actividad, califica, por así decirlo, qué debe ser entendido como interés público.

(...)

En el primer caso se debe empezar por afirmar que la política, ciertamente, preponderantemente se manifiesta en actos, pero también se concreta en ejecución, diseño, planificación, evaluación y seguimiento de las líneas de gobierno y del gasto público, lo que quiere decir que la política no se agota con el actuar jurídico. En aquel entendido los actos sí son controlables por los órganos jurisdiccionales, pero sólo en sus elementos jurídicos (conformidad a derecho de una actuación específica, no general o abstracta). Los criterios de oportunidad y conveniencia escapan del control del juez, así como también escapan, por ejemplo, los elementos políticos de los actos administrativos o de gobierno, o las razones de oportunidad y conveniencia de las leyes (*Vid.* Sent. N° 1393/2001 SC/TSJ).

De lo contrario se vulneraría la libertad con la que debe contar el Estado para adoptar y aplicar las políticas que considere más eficaces para la consecución de sus fines (entre los que está las garantías de goce y disfrute de los derechos prestacionales), lo que explica que el único control sobre tales aspectos sea, en principio -ya se verá que esa exclusividad posee algunas matizaciones-, el político a través de los diferentes medios de participación que la Constitución y las leyes establecen (la ciudadanía, durante el ejercicio de la función gubernativa y administrativa, ante la evidente incapacidad de la Administración de planificar de forma eficaz y eficiente su actividad para satisfacer la procura existencial, retirará la confianza que mediante el sufragio le otorgó a sus representantes, como muestra de un proceso de deslegitimación de los actores), lo cual en modo alguno implica reivindicar la tesis de los actos excluidos, teoría superada con argumentos tan contundentes que sería ocioso tratar de reproducirlos en esta sentencia, pues lo que se pretende es recalcar la imposibilidad del juez de entrar a cuestionar la oportunidad y conveniencia de la administración, del gobierno o de la legislación, o la imposibilidad material o técnica que en ocasiones existe de hacer efectivos, esto es, ejecutables, los fallos que ordenan el cumplimiento de determinadas obligaciones, no de negar el derecho de acción de los ciudadanos. En efecto, está perfectamente consolidada la idea de que no existen actos de los órganos que ejercen el Poder Público que puedan desarrollarse al margen del Derecho, de vinculaciones jurídicas. La regulación de la competencia del órgano, los principios constitucionales sobre los fines del Estado, sobre los derechos fundamentales, sobre los objetivos económicos, en general, lo que esta Sala ha denominado elementos jurídicos, forman un entramado vinculante para una decisión que, aun discrecional políticamente, no se desarrolla, en este sentido, al margen del Derecho.

No obstante, en la actuación política, el Estado goza de una libertad de configuración propia que no puede ser sustituida legítimamente por el Poder Judicial. La tiene como consecuencia del cumplimiento de sus funciones constitucionales, como producto de la naturaleza de su función, esto es, como una derivación del principio de división de poderes que estatuye un ámbito reservado para cada Poder que excluye la sustitución de voluntades, y que en la relación Gobierno-Poder Judicial impide que el control jurisdiccional sea la medida de la suficiencia de la carga prestacional.

Por ende, la libertad de configuración política hace que ese control judicial, mientras no se afecte un derecho, no exista; sin embargo, que el Poder Judicial no pueda controlar la legitimidad de las políticas y, simultáneamente, esté habilitado para controlar la juridicidad del actuar estatal no puede asumirse como contradictorio. En este sentido, comparte la Sala lo expuesto por Schmidt-Assmann (*Cfr.* Grundgesetz Kommentar, Beck, München), quien, vale acotar, si bien proclama la sumisión absoluta al Derecho de la actuación de los órganos que ejercen el Poder Público, indica que '[l]as valoraciones políticas de esta clase corresponde al Gobierno Federal. La Ley Fundamental sólo pone para este poder de juicio los límites de la ostensible arbitrariedad. El Tribunal Constitucional Federal no tiene que controlar dentro de estos límites, si las valoraciones de esta clase son acertadas o no, puesto que para ello carece de medida jurídica; de esas valoraciones sólo se responde políticamente' (*Vid.* Antonio Embid Irujo, "La Justiciabilidad de los Actos de Gobierno (de los Actos Políticos a la Responsabilidad de los Poderes Públicos)", en *Estudios Sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Tomo III, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1991, pp. 2697-2739).

Este criterio también es compartido por el Tribunal Constitucional español, tan seguido por nuestro foro, en su sentencia 111/1983, de 2 de diciembre, en la que indicó que '[e]l Gobierno, ciertamente, ostenta el poder de actuación en el espacio que es inherente a la acción política; se trata de actuaciones jurídicamente discrecionales, dentro de los límites constitucionales, mediante unos conceptos que si bien no son inmunes al control jurisdiccional, rechazan -por la propia función que compete al Tribunal- toda injerencia en la decisión política, que correspondiendo a la elección y responsabilidad del Gobierno, tiene el control, también desde la dimensión política, además de los otros contenidos plenos del control del Congreso (...). El Tribunal no podría, sin traspasar las fronteras de su función, y a la vez de su responsabilidad, inmiscuirse en la decisión del gobierno, pues si así se hiciera quedarían alterados los supuestos del orden constitucional democrático'.

Ahora, que las políticas, en principio, estén exentas de control judicial no por eso escapan a un control, sólo que el que le es aplicable es el político que también está dispuesto constitucionalmente. Los órganos que ejercen el Poder Público obran bajo su propia responsabilidad, que puede ser cuestionada en el plano político, lo que significa que son susceptibles de sufrir la desautorización sobre el modo de ejercicio de la gestión política, pero ese proceso de deslegitimación no puede ser calificado por el Poder Judicial, salvo que se trate de establecer la responsabilidad administrativa por los daños producidos como consecuencia de la actuación que se juzga política y dejando al margen, así mismo, que un derecho fundamental sea afectado por esa decisión, lo que al final, por cierto, deja de ser un control sobre los elementos políticos del acto para pasar a ser un control sobre los elementos jurídicos del mismo.....

...La labor judicial consiste, esencialmente, en señalar transgresiones. El Poder Judicial no puede sustituir al Legislativo o Ejecutivo en la formulación de políticas sociales, como una manifestación del principio de división de poderes, que, de quebrantarse, conduciría a un gobierno de los jueces. Ese carácter cognitivo de la jurisdicción sugiere una rigurosa *actio*

*finium regundorum* entre Poder Judicial y Poder Político, como fundamento de su clásica separación: aquello que el Poder Judicial no puede hacer por motivo, justamente, de su naturaleza cognitiva; pero también de aquello que, debido a esa naturaleza, puede hacer, esto es, señalar cuáles políticas conducirían a un desmejoramiento de los derechos.

Partiendo de tal premisa y como quiera que la realización de las políticas económicas, sociales y culturales depende de los recursos existentes, el Poder Judicial posee la facultad de controlar, en sentido positivo, que el Estado haya utilizado el máximo de los recursos disponibles teniendo en cuenta su estado económico -lo que incluye medidas legislativas-, y, en sentido negativo, la ausencia absoluta de políticas económicas, sociales o culturales (pues vacían el núcleo esencial de los derechos respectivos), así como aquellas políticas que se dirijan, abiertamente, al menoscabo de la situación jurídica que tutela los derechos económicos, sociales o culturales, supuestos que colocan en cabeza del Estado la carga probatoria, así como también implica, con respecto al primero, un análisis de la distribución del gasto social”.

El que el Estado garantice, no quiere decir que no existan fallas o que mientras se implementa lo garantizado, surjan áreas con una cobertura relativa. Las fallas del Estado en ese sentido, y siempre que pueda realmente atender lo pretendido, puede originar acciones por derechos o intereses difusos o colectivos, o una sanción política mediante la desaprobación electoral en la gestión de gobierno. En consecuencia, el incumplimiento de las garantías abstractas, que delinear los fines del Estado, no otorgan derechos subjetivos individuales.

## 2. Garantías Constitucionales

### A. La garantía de igualdad ante la ley

**TSJ-SC (1709)**

**7-8-2007**

Magistrado Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero

Caso: Impugnación Art. 493 (derogado) del Código Orgánico Procesal Penal.

**La igualdad en nuestro texto constitucional constituye un principio complejo que no sólo otorga a las personas la garantía de que serán iguales ante la ley (en su condición de destinatarios de las normas y de usuarios del sistema de administración de justicia), sino también en la ley (en relación con su contenido).**

...en cuanto al derecho a la igualdad ante la ley y a la no discriminación, cuya consagración como derecho fundamental se encuentra en el artículo 21 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, tal como lo ha señalado en reiteradas oportunidades el Tribunal Constitucional Español, no debe ser entendido en sentido lato en el sentido de que todos han de ser tratados por igual, ya que “un tratamiento similar para situaciones desiguales puede entrañar mayor desigualdad”. Existe discriminación cuando el trato desigual carece de una justificación objetiva y razonable.

De allí, que a pesar de lo permisiva que una ley pueda ser, es imposible que dé trato igual a todos los casos, toda vez que no todos los delitos son iguales, ni el daño social -consecuencias sociales- que ellos generan es de igual naturaleza.



Existen situaciones cuyas consecuencias jurídicas y sociales son más graves que otras, y es allí en donde el derecho objetivado por el Estado entra a fin de “poner orden” y precaver se vuelvan a realizar las mismas conductas.

Si se toma en cuenta la norma en diserto, puede observarse que estaba referida a los delitos que causan un mayor perjuicio y repudio en la sociedad; no obstante, no les negaba a los condenados por tales delitos, la posibilidad de solicitar el beneficio, se los postergaba. Aceptar que en este supuesto se está frente a una discriminación *per se*, sería como aceptar que la diferencia entre los tipos y duración de las penas, según el delito de que se trate también son discriminatorias, por tanto inconstitucionales.

La igualdad en nuestro texto constitucional constituye un principio complejo que no sólo otorga a las personas la garantía de que serán iguales ante la ley (en su condición de destinatarios de las normas y de usuarios del sistema de administración de justicia), sino también en la ley (en relación con su contenido). El principio de igualdad debe entenderse como la exigencia constitucional de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, de ahí que en algunas ocasiones hacer distinciones estará vedado, mientras que en otras estará permitido o, incluso, constitucionalmente exigido.

Para ello es necesario determinar, en primer lugar, si la distinción legislativa obedece a una finalidad objetiva y constitucionalmente válida: el legislador no puede introducir tratos desiguales de manera arbitraria, sino que debe hacerlo con el fin de avanzar en la consecución de objetivos admisibles dentro de los límites marcados por las previsiones constitucionales, o expresamente incluidos en ellas. En segundo lugar, es necesario examinar la racionalidad o adecuación de la distinción hecha por el legislador: es necesario que la introducción de una distinción constituya un medio apto para conducir al fin u objetivo que el legislador quiere alcanzar, es decir, que exista una relación de instrumentalidad entre la medida clasificatoria y el fin pretendido. En tercer lugar, debe cumplirse con el requisito de la proporcionalidad: el legislador no puede tratar de alcanzar objetivos constitucionalmente legítimos de un modo abiertamente desproporcional, de manera que el juzgador debe determinar si la distinción legislativa se encuentra dentro del abanico de tratamientos que pueden considerarse proporcionales, habida cuenta de la situación de hecho, la finalidad de la ley y los bienes y derechos constitucionales afectados por ella; la persecución de un objetivo constitucional no puede hacerse a costa de una afectación innecesaria o desmedida de otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos.

A juicio de esta Sala, la circunstancia de que ciertos delitos tengan asignadas penas mayores, atendiendo a la infracción cometida y, en consecuencia, a los condenados por dichos delitos se les posponga la posibilidad de obtener formulas alternativas de cumplimiento de la pena, está fundada en una justificación objetiva y razonable: la magnitud de sus consecuencias jurídicas y sociales.

Corolario de lo expuesto, las limitaciones que el legislador estableciera en el artículo 493 -incorporado en la reforma parcial del Código Orgánico Procesal Penal, de noviembre de 2001- a los condenados por los delitos de homicidio intencional, violación, actos lascivos violentos, secuestro, desaparición forzada de personas, robo en todas sus modalidades, hurto calificado, hurto agravado, narcotráfico y hechos punibles contra el patrimonio público, excepto, en este último caso, cuando el delito no excediera de tres años en su límite superior, para optar a la suspensión condicional de la ejecución de la pena, y a cualquiera de las fórmulas alternativas de cumplimiento de pena, no comporta vulneración alguna del principio de progresividad de los derechos humanos, del derecho a la igualdad ante la ley y a la no discriminación, ni a la garantía consagrada en el artículo 272 constitucional, toda vez que dichas

limitaciones son medidas que orientan la política criminal y penitenciaria del Estado, cuyo objetivo es la readaptación social del delincuente, de manera que se está en un ámbito en el que no hay una afectación directa de derechos fundamentales de los internos reclusos.

Recuerda la Sala, que el artículo 272 citado se refiere a derechos penitenciarios y no a Derechos Humanos. A criterio de esta Sala, las posibles limitaciones de los derechos inherentes a la persona del condenado, surgen de la necesidad de conciliar los derechos de los distintos individuos, como también los derechos individuales y los bienes o derechos colectivos, toda vez que existe primacía de los derechos e intereses colectivos sobre los individuales, como consecuencia de la proclamación de un Estado como Social y Democrático de Derecho.

Por otra parte, tampoco está en juego un aspecto ligado estrechamente con el respeto de la dignidad humana, pues no puede sostenerse que de la aplicación o no de los beneficios de suspensión condicional de la pena, depende la debida salvaguarda de la dignidad de las personas. Dichos beneficios presuponen la existencia de un proceso criminal debidamente concluido, que ha llevado a la autoridad judicial a imponer una sentencia condenatoria en contra de una persona que deberá cumplir una pena determinada, de acuerdo con las leyes aplicables y las circunstancias que distinguieron el caso concreto.

De allí, que no pueda aseverarse que un sentenciado por los delitos que la norma señalaba, estaba sometido a un trato que afectaba su dignidad humana, pues ésta -a juicio de esta Sala- se vería, indirectamente afectada, por el respeto a las garantías constitucionales que rigen el proceso penal, más no por la existencia o inexistencia de beneficios sustitutivos de la pena, beneficios que el legislador puede configurar con libertad dentro de amplios márgenes.

El legislador no introdujo, arbitrariamente, disposiciones que distinguían entre aquellos condenados a los que se les podían otorgar ciertos beneficios y a los que no; sino que lo hizo con el fin de alcanzar un objetivo constitucionalmente previsto, mediante medidas racionalmente conectadas con dicho objetivo, sin incurrir en desproporciones groseras en términos de los bienes y derechos afectados. Con base en las consideraciones precedentemente expuestas, juzga en consecuencia esta Sala, la constitucionalidad del hoy derogado artículo 493 del Código Orgánico Procesal Penal, y así se declara.

B. *La garantía de acceso a la justicia: Derechos e intereses colectivos y difusos*

**TSJ-SC (1670)**

**1-8-200**

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Mario Seijas vs. Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CO-NATEL).

**Es deber del Estado supervisar el contenido de las transmisiones y comunicaciones cursadas a través de los distintos medios de telecomunicaciones (Ley Orgánica de Telecomunicaciones y Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión), por lo que cualquier uso indebido de los mismos, que puedan afectar a un grupo indeterminado de personas, se incluye dentro de los supuestos de derechos o intereses difusos.**

Al efecto, se aprecia que los accionantes no argumentan en qué se fundamenta la protección de los derechos o intereses difusos o colectivos, que alegan representar. No obstante, la Sala precisa realizar las siguientes consideraciones a los fines de declarar su competencia, en los siguientes términos:

En tal sentido, resulta necesario señalar que, en términos generales, es deber del Estado supervisar el contenido de las transmisiones y comunicaciones cursadas a través de los distintos medios de telecomunicaciones (Ley Orgánica de Telecomunicaciones y Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión), por lo que cualquier uso indebido de los mismos, que puedan afectar a un grupo indeterminado de personas, se incluye dentro de los supuestos de derechos o intereses difusos. Así lo estableció esta Sala, en criterio que reitera una vez más en la sentencia del 30 de junio de 2000 (caso: “*Dilia Parra*”):

Asimismo, se observa que en sentencia N° 3.648 del 19 de diciembre de 2003, la Sala realizó una síntesis basada en las decisiones dictadas en distintas oportunidades, referida a los derechos e intereses colectivos o difusos y en ella expresó, lo siguiente:

*“(…) cabe recordar que, en sentencia N° 656, del 30 de junio de 2000, caso: Dilia Parra Guillén, la Sala dispuso -entre otras cosas- que “(e)l Estado así concebido, tiene que dotar a todos los habitantes de mecanismos de control para permitir que ellos mismos tutelen la calidad de vida que desean, como parte de la interacción o desarrollo compartido Estado-Sociedad, por lo que puede afirmarse que estos derechos de control son derechos cívicos, que son parte de la realización de una democracia participativa, tal como lo reconoce el Preámbulo de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (…)”.*

*En dicho fallo se establecen como caracteres resaltantes de los derechos cívicos, los siguientes:*

- 1.- Cualquier miembro de la sociedad, con capacidad para obrar en juicio, puede -en principio- actuar en protección de los mismos, al precaver dichos derechos el bien común.*
- 2.- Que actúan como elementos de control de la calidad de la vida comunal, por lo que no pueden confundirse con los derechos subjetivos individuales que buscan la satisfacción personal, ya que su razón de existencia es el beneficio del común, y lo que se persigue con ellos es lograr que la calidad de la vida sea óptima. Esto no quiere decir que en un momento determinado un derecho subjetivo personal no pueda, a su vez, coincidir con un derecho destinado al beneficio común.*
- 3.- El contenido de estos derechos gira alrededor de prestaciones, exigibles bien al Estado o a los particulares, que deben favorecer a toda la sociedad, sin distingos de edad, sexo, raza, religión, o discriminación alguna.*

*Entre estos derechos cívicos, ya ha apuntado la Sala, se encuentran los derechos e intereses difusos o colectivos, a que hace referencia el artículo 26 de la vigente Constitución, y respecto a los cuales en distintas oportunidades se ha pronunciado (ver, entre otras, sentencias números 483/2000, caso: Cofavic y Queremos Elegir; 656/2000, caso: Dilia Parra; 770/2001, caso: Defensoría del Pueblo; 1571/2001, caso: Deudores Hipotecarios; 1321/2002, caso: Máximo Fébres y Nelson Chitty La Roche; 1594/2002, caso: Alfredo García Deffendini y otros; 1595/2002, caso: Colegio de Médicos del Distrito Metropolitano de Caracas; 2354/2002, caso: Carlos Humberto Tablante Hidalgo; 2347/2002, caso: Henríque Capriles Radonski; 2634/2002, caso: Defensoría del Pueblo; 3342/2002 y 2/2003, caso: Félix Rodríguez; 225/2003, caso: César Pérez Vivas y Kenic Navarro; 379/2003, caso: Mireya Ripanti y otros; y 1924/2003, caso: O.N.S.A.).*

*Conforme la doctrina contenida en tales fallos, los principales caracteres de esta clase de derechos, pueden resumirse de la siguiente manera:*

*DERECHOS O INTERESES DIFUSOS: se refieren a un bien que atañe a todo el mundo (pluralidad de sujetos), esto es, a personas que -en principio- no conforman un sector poblacional identificable e individualizado, y que sin vínculo jurídico entre ellos, se ven lesionados o amenazados de lesión. Los derechos o intereses difusos se fundan en hechos genéricos, contingentes, accidentales o mutantes que afectan a un número indeterminado de personas y que emanan de sujetos que deben una prestación genérica o indeterminada, en cuanto a los posibles beneficiarios de la actividad de la cual deriva tal asistencia, como*

*ocurre en el caso de los derechos positivos como el derecho a la salud, a la educación o a la obtención de una vivienda digna, protegidos por la Constitución y por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.*

*DERECHOS O INTERESES COLECTIVOS: están referidos a un sector poblacional determinado (aunque no cuantificado) e identificable, aunque individualmente, de modo que dentro del conjunto de personas existe o puede existir un vínculo jurídico que los une entre ellos. Su lesión se localiza concretamente en un grupo, determinable como tal, como serían a grupos profesionales, a grupos de vecinos, a los gremios, a los habitantes de un área determinada, etcétera.*

*Los derechos colectivos deben distinguirse de los derechos de las personas colectivas, ya que estos últimos son análogos a los derechos individuales, pues no se refieren a una agrupación de individuos sino a la persona jurídica o moral a quien se atribuyen los derechos. Mientras las personas jurídicas actúan por organicidad, las agrupaciones de individuos que tienen un interés colectivo obran por representación, aun en el caso de que ésta sea ejercida por un grupo de personas, pues el carácter colectivo de los derechos cuya tutela se invoca siempre excede al interés de aquél.*

*... omissis ...*

*LEGITIMACIÓN PARA INCOAR UNA ACCIÓN POR INTERESES DIFUSOS: no se requiere que se tenga un vínculo establecido previamente con el ofensor, pero sí que se actúe como miembro de la sociedad, o de sus categorías generales (consumidores, usuarios, etc.) y que invoque su derecho o interés compartido con la ciudadanía, porque participa con ella de la situación fáctica lesionada por el incumplimiento o desmejora de los Derechos Fundamentales que atañen a todos, y que genera un derecho subjetivo comunal, que a pesar de ser indivisible, es accionable por cualquiera que se encuentre dentro de la situación infringida. La acción (sea de amparo o específica) para la protección de estos intereses la tiene tanto la Defensoría del Pueblo (siendo este organismo el que podría solicitar una indemnización de ser procedente) dentro de sus atribuciones, como toda persona domiciliada en el país, salvo las excepciones legales.*

*LEGITIMACIÓN PARA INCOAR UNA ACCIÓN POR INTERESES Y DERECHOS COLECTIVOS: quien incoa la demanda con base a derechos o intereses colectivos, debe hacerlo en su condición de miembro o vinculado al grupo o sector lesionado, y que por ello sufre la lesión conjuntamente con los demás, por lo que por esta vía asume un interés que le es propio y le da derecho de reclamar el cese de la lesión para sí y para los demás, con quienes comparte el derecho o el interés. La acción en protección de los intereses colectivos, además de la Defensoría del Pueblo, la tiene cualquier miembro del grupo o sector que se identifique como componente de esa colectividad específica y actúa en defensa del colectivo, de manera que los derechos colectivos implican, obviamente, la existencia de sujetos colectivos, como las naciones, los pueblos, las sociedades anónimas, los partidos políticos, los sindicatos, las asociaciones, los gremios, pero también minorías étnicas, religiosas o de género que, pese a tener una específica estructura organizacional, social o cultural, pueden no ser personas jurídicas o morales en el sentido reconocido por el derecho positivo, e inclusive simples individuos organizados en procura de preservar el bien común de quienes se encuentran en idéntica situación derivado del disfrute de tales derechos colectivos (...)" (Mayúsculas del original).*

Igualmente, se advierte que esta Sala en sentencia N° 536 del 14 de abril de 2005 (caso: "Centro Termal Las Trincheras, C.A."), indicó lo siguiente:

*"(...) Los derechos o intereses difusos tienen como rasgo definidor su indeterminación objetiva, pues el objeto de los mismos es una prestación indeterminada. Así lo determinó esta Sala Constitucional en su fallo N° 1321 del 16 de junio de 2002 (caso: Máximo Febres Siso y Nelson Chitty La Roche), en el que se señaló lo siguiente:*

*'A su vez, los derechos o intereses difusos son indeterminados objetivamente, ya que el objeto jurídico de tales derechos es una prestación indeterminada, como ocurre en el caso de los derechos positivos, a saber, el derecho a la salud, a la educación o a la vivienda. Un derecho o interés individual puede ser difuso cuando es indeterminado por su carácter más o menos general o por su relación con los valores o fines que lo informan. En la privación de la patria potestad o en el procedimiento de adopción los derechos del niño y del adolescente pueden ser difusos en la medida en que la cura o cuidado de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente depende de que el interés tutelable sea concretado por el juez en cada caso. En suma, difuso no se opone a individual, ni se identifica con lo colectivo. Difuso se opone a concreto, claro o limitado; mientras que individual y colectivo se contrarían de manera patente'.*

*De acuerdo con el criterio sostenido en el fallo parcialmente transcrito, el incumplimiento por parte del Estado de su obligación de garantizar el desenvolvimiento de la población en un ambiente libre de contaminación, establecida en el último párrafo del mencionado artículo 127 Constitucional, genera un derecho difuso en los ciudadanos, dada la indeterminación objetiva de la prestación debida por el Estado para cumplir con tal obligación.*

*Mención aparte merecen las consideraciones sobre la legitimación activa en casos como el de autos, en el que se ha alegado la afectación de un bien común, como lo es, vivir en un ambiente con las características señaladas. En el fallo antes referido, la Sala se pronunció sobre la noción de 'bien común', y expresó:*

*'El bien común no es la suma de los bienes individuales, sino aquellos bienes que, en una comunidad, sirven al interés de las personas en general de una manera no conflictiva, no exclusiva y no excluyente. Vivir en una ciudad bella, por ejemplo, constituye un bien para sus habitantes, y se trata de un bien común porque su goce no disminuye el de los demás y porque no puede negarse a ninguno de sus habitantes' (cf. Joseph Raz, La ética en el ámbito de lo político, Barcelona, Gedisa, 2001, trad. de María Luz Melon, p. 65).*

*Vivir en un ambiente libre de polución y ecológicamente equilibrado sirve a la comunidad en cuanto tal, y no a la suma de sus componentes, en el sentido expuesto en el fragmento supra transcrito, por lo que 'el círculo de sujetos interesados (...) desborda en este caso los límites de la individualidad, legitimándose para el ejercicio de la acción a todos los miembros de una determinada colectividad o sólo a alguno de ellos, para deducir una pretensión común a todos' (Pablo Gutiérrez de Cabiedes e Hidalgo de Cabiedes. La Tutela Jurisdiccional de los Intereses Supraindividuales: Colectivos y Difusos, Navarra, Aranzadi Editorial, 1999, pp. 179-180).*

*En el caso del ordenamiento venezolano, el artículo 281 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela otorga legitimación activa al Defensor o Defensora del Pueblo para interponer acciones relativas a intereses difusos.*

*Señala dicho artículo:*

*'Artículo 281. Son atribuciones del Defensor o Defensora del Pueblo:*

*1. Velar por el efectivo respeto y garantía de los derechos humanos consagrados en esta Constitución y en los tratados, convenios y acuerdos internacionales sobre derechos humanos ratificados por la República, investigando de oficio o a instancia de parte las denuncias que lleguen a su conocimiento. 2. Velar por el correcto funcionamiento de los servicios públicos, amparar y proteger los derechos e intereses legítimos, colectivos o difusos de las personas, contra las arbitrariedades, desviaciones de poder y errores cometidos en la prestación de los mismos, interponiendo cuando fuere procedente las acciones necesarias para exigir al Estado el resarcimiento a las personas de los daños y perjuicios que les sean ocasionados con motivo del funcionamiento de los servicios públicos.*

3. *Interponer las acciones de inconstitucionalidad, amparo, hábeas corpus, hábeas data y las demás acciones o recursos necesarios para ejercer las atribuciones señaladas en los numerales anteriores, cuando fuere procedente de conformidad con la ley (...)*.

*Ahora bien, aun cuando dicho artículo 281 otorga legitimación activa al Defensor o Defensora del Pueblo para interponer acciones tendientes a la tutela de intereses difusos, tal legitimación no puede entenderse como un atributo exclusivo de dicho órgano, más aún cuando el propio texto constitucional consagra, en su artículo 26, que ‘toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia **para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos**, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente’ (...)* (Vid. sentencia número 3059 del 4 de noviembre de 2003 (Caso: Jaime Barrios).

*Así lo juzgó esta Sala Constitucional, en su decisión N° 656 del 30 de junio de 2000 (caso: Dilia Parra Guillén), oportunidad en que se destacó lo siguiente:*

*‘En ese sentido, la Sala considera que si el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela contempla, sin distinción de personas la posibilidad de acceso a la justicia para hacer valer derechos e intereses, incluso los colectivos y difusos, tal acceso debe interpretarse en forma amplia, a pesar del rechazo que en otras partes y en algunas leyes venezolanas, exista contra el ejercicio individual de acciones en defensa de intereses o derechos difusos o colectivos. En consecuencia, cualquier persona procesalmente capaz, que va a impedir el daño a la población o a sectores de ella a la cual pertenece, puede intentar una acción por intereses difusos o colectivos, y si ha sufrido daños personales, pedir sólo para sí (acumulativamente) la indemnización de los mismos. Esta interpretación fundada en el artículo 26, hace extensible la legitimación activa a las asociaciones, sociedades, fundaciones, cámaras, sindicatos, y demás entes colectivos, cuyo objeto sea la defensa de la sociedad, siempre que obren dentro de los límites de sus objetivos societarios, destinados a velar por los intereses de sus miembros en cuanto a lo que es su objeto. El artículo 102 de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística, sigue esta orientación’ (...).*

*De conformidad con lo antes expuesto, se colige que la sociedad mercantil Centro Termal Las Trincheras, C.A. posee la legitimación requerida para interponer la presente acción de amparo constitucional por intereses difusos (...)*” (Negrillas y subrayado del original).

Asimismo, esta Sala reitera su posición respecto al deber que tiene el Estado de velar porque el correcto cumplimiento de aquellas actividades que sean de interés social, cumplan con su cometido esencial, sin desmedro de los intereses de la colectividad, y actuando por el contrario, en beneficio y defensa del bien común. Así, en la sentencia del 21 de agosto de 2001 (caso: “ASODEVIPRILARA”) se afirmó:

*“El Estado debe cumplir a la población en las áreas de interés social, de acuerdo a lo que la Constitución y las Leyes pauten, sobre todo cuando al Estado le corresponde la vigilancia y el control de determinadas actividades propias o de los particulares. Si esa función falla, los ciudadanos tienen el derecho de exigirle al Estado que cumpla, pero muchas veces el incumplimiento proviene de la omisión de actividades propias de la administración o de actos administrativos que por su naturaleza causan daños individuales mínimos, casi imperceptibles, motivo por el cual no son reclamados por los ciudadanos (permisos ilegales, exenciones mínimas, autorizaciones, etc.), ya que individualmente no contraen un perjuicio que amerita acudir a la jurisdicción, o que de hacerlo resultaría muy oneroso para el demandante, pero que si se suman o se contemplan como un universo, agravan las necesidades sociales, como -por ejemplo- cuando con mínimos cobros ilegítimos, el cobrador obtiene un lucro desproporcionado a la prestación debida o a su calidad.*

*Se trata de incumplimientos que aislados pueden crear daños leves que no vale la pena reclamarlos individualmente, pero que observados desde una sumatoria de los mismos resultan lesiones graves para la sociedad o partes de ella.*

Pretender que la vía para obtener la reparación de estos daños son las clásicas demandas por nulidad de los actos administrativos es una irrealidad, ya que es la conducta omisiva o ilegal del Estado, o de los particulares deudores de la prestación social, la que en bloque produce los actos dañosos a la actividad, y en criterio de esta Sala, esa desviación de poder continuada, producto de una falta en la actividad estatal o de su colusión con los particulares, permite a las víctimas acciones por derechos o intereses difusos, o de otra naturaleza, cuando la prestación incumplida total o parcialmente atenta contra el débil jurídico y rompe la armonía que debe existir entre grupos, clases o sectores de población, potenciando a unos pocos a costas del bien común. El restablecimiento o mejora de la calidad de la vida se convierte en el objeto de las acciones por derechos o intereses difusos o colectivos, más que la solución de un problema particular en concreto”.

En consecuencia, se aprecia que, a esta obligación por parte del Estado se adosan las propias de las empresas de telecomunicaciones, independientemente de que éstas se constituyan en un servicio de difusión por suscripción, dado el alcance e influencia que sobre la sociedad -usuarios- tienen las emisiones transmitidas por las mismas -aunque más limitado que los medios de señal abierta-, y que por tal razón pueden incidir tanto en la calidad de vida de aquélla, como en derechos concretos como lo podrían ser el derecho a la educación y a contribuir con la formación de la ciudadanía para el desarrollo social y económico de la Nación, de conformidad con las normas y principios constitucionales de la legislación para la protección integral de los niños, niñas y adolescentes, cuyo desconocimiento implique no la afectación de una persona en particular, pues no cabe duda que tales emisiones conllevan la influencia sobre un colectivo, lo que justifica medidas de carácter general dirigidas a un número indeterminado de personas, y que por tal situación deviene la acción interpuesta en una demanda de protección de derechos e intereses colectivos, y así se declara.

Considerando lo anterior, reitera igualmente esta Sala que, hasta tanto se dicte la ley que establezca de forma expresa el medio procesal idóneo para la decisión de estas causas, la Sala Constitucional, por mandato de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, es la competente para conocer de este tipo de acciones, tal y como se señaló en el caso: “*Dilia Parra*”, citado *supra*, que esta Sala ratifica una vez más, de acuerdo con lo establecido en el artículo 26 del Texto Constitucional cuya interpretación vinculante se verificó en dicho caso, a tenor de lo establecido en el artículo 335 *eiusdem*. Además, considerando que el segundo párrafo del artículo 18 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia establece que “*Toda persona tiene derecho a acceso al Tribunal Supremo de Justicia en cualesquiera de sus Salas para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente*”; por ser la materia debatida de índole constitucional, la Sala se declara competente para conocer de la acción incoada, y así se decide.

C. *Las garantías del debido proceso: Presunción de inocencia: Principio de culpabilidad*

**TSJ-SC (1744)**

**9-8-2007**

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Impugnación del Código de Policía del Estado Lara, publicado en la *Gaceta Oficial del Estado Lara* Ext. N° 106 del 30-4- 1976.

**La Sala Constitucional define el termino “Derecho Penal del autor”, en virtud del cual se castigan a las personas por su forma de ser o por su personalidad, y no por los hechos que realizan, es un modelo este que se contraponen al moderno “Derecho penal del hecho”.**

Por su parte, el artículo 52 del Código de Policía del Estado Lara, también impugnado por la parte actora, dispone lo siguiente:

“Artículo 52º.- A las personas que se encuentren en jurisdicción del Estado y puedan ser consideradas como vagos y maleantes, se le aplicará previo el cumplimiento de las tramitaciones legales, las sanciones establecidas en la Ley Nacional que prevé (*sic*) este tipo de infracciones”.

De la lectura de dicha norma, se extrae que la misma permite la imposición de sanciones a personas que se consideren como “vagos” o “maleantes”. Sobre este particular, debe precisar esta Sala, en primer lugar, que la ley nacional que contempla tales sanciones y a la cual hace referencia el artículo 52 del Código de Policía del Estado Lara, es decir, la ley cuyo contenido es desarrollado por dicho artículo, es la Ley sobre Vagos y Maleantes, reformada por última vez el 18 de julio de 1956, y cuya inconstitucionalidad total fue declarada por la extinta Corte Suprema de Justicia en pleno, en sentencia del 14 de octubre de 1997.

En segundo lugar, dicho artículo condiciona la aplicación de las referidas sanciones (nulas actualmente), a la cualidad de “vago” o “maleante” que tenga el sujeto pasivo de aquéllas. Sobre este particular, esta Sala advierte que tales connotaciones son propias del denominado “Derecho Penal del autor”, en virtud del cual se castigan a las personas por su forma de ser o por su personalidad, y no por los hechos que realizan, modelo este que se contraponen al moderno “Derecho penal del hecho”.

Ahora bien, al posibilitar el legislador estatal la aplicación de la normativa de la Ley sobre Vagos y Maleantes mediante la norma contenida en el artículo 52 del Código de Policía del Estado Lara (siendo que aquélla establece sanciones privativas de libertad), claramente ha reflejado esta reprochable -y anacrónica- tendencia del “Derecho Penal del autor” en el texto de una norma sancionadora de naturaleza administrativa, todo lo cual resulta abiertamente contrario al **PRINCIPIO DE CULPABILIDAD** (*nullum crimen sine culpa*), que es aplicable tanto en el Derecho Penal como en el Derecho Administrativo Sancionador, y el cual exige que a la persona pasible de sanción se le pueda reprochar personalmente la realización del injusto, es decir, que su conducta pueda considerarse como la consecuencia del ejercicio normal de su autonomía personal. En el caso *sub lite*, el mencionado principio se ve afectado en una de sus específicas manifestaciones, a saber, en el **PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD POR EL HECHO**, en virtud del cual sólo se puede responder por hechos y no por caracteres personales o por formas de ser supuestamente peligrosas para los intereses que se pretende proteger. En efecto, el Tribunal Constitucional español en STC 150/1991, de 4 de julio, señaló que “...no sería constitucionalmente legítimo un derecho penal «de autor» que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos...”.

En este mismo sentido, FERRAJOLI, al analizar el principio de culpabilidad, enseña que:

“... es oportuno precisar, aunque sea sumariamente, el significado jurídico del concepto de *culpabilidad*, tal como ha sido elaborado por la moderna dogmática penal. Sin adentrarnos en la discusión de las innumerables opiniones y construcciones sobre la materia, me parece que esta noción –que corresponde a la alemana de *Schuld* y a la anglosajona de *mens rea*- puede descomponerse en tres elementos, que constituyen otras tantas condiciones subjetivas de responsabilidad en el modelo penal garantista: a) **la personalidad o sudad de la acción, que designa la susceptibilidad de adscripción material del delito a la persona de su autor, esto es, la relación de causalidad que vincula recíprocamente decisión del reo, acción y resultado del delito;** b) **la imputabilidad o capacidad penal**, que designa una condición psico-física del reo, consistente en su capacidad, en abstracto, de entender y querer; c) **la intencionalidad o culpabilidad en sentido estricto**, que designa la consciencia y voluntad del



concreto delito y que, a su vez, puede asumir la forma de *dolo* o de *culpa*, según la intención vaya referida a la acción o resultado o sólo a la acción y no al resultado, no querido ni previsto aunque sí previsible...” (resaltado del presente fallo) (Cfr. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta. Tercera edición. Madrid, 1998, p. 490).

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela recoge en su texto sin duda alguna el **PRINCIPIO DE CULPABILIDAD**, pero no se trata de una recepción expresa, sino inferida de otros valores, principios y derechos. Para ello, hay que atender fundamentalmente al carácter democrático del modelo de Estado venezolano delineado en el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cuyos fundamentos filosóficos radican en la dignidad del ser humano, la igualdad real de los hombres y la facultad de éstos de participar en la vida social. El sustrato de dicho principio también puede deducirse del contenido de artículo 21 en sus numerales 1 y 2, del artículo 44.3, del artículo 46 en sus numerales 1 y 2, y del artículo 49.2 del Texto Constitucional. De igual forma, cabe señalar que el principio de culpabilidad se encuentra consustancialmente vinculado con el principio de legalidad, el cual también se desprende del modelo de Estado delineado en la mencionada norma constitucional. Resulta entonces obvio que el contenido de todos estos valores, principios y derechos constitucionales antes mencionados se ve afectado por la norma aquí examinada, toda vez que ésta dispone que el carácter de “vago” o de “maleante” constituirá un presupuesto para las sanciones correspondientes (a saber, las previstas en la Ley sobre Vagos y Maleantes).

Por tanto, visto que la disposición normativa inserta en el artículo 52 del Código de Policía del Estado Lara desarrolla el contenido de una la Ley Nacional declarada nula por inconstitucional, aunado a que dicha norma estatal es *per se* contraria al principio de culpabilidad, forzoso es para esta Sala estimar que, a todas luces, la misma resulta abiertamente contraria a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Así se declara. Por ello, forzoso es para esta Sala concluir que las normas contenidas en los artículos 11 en sus ordinales 2 y 3; 18, 19, 29, 30, 31, 36, 37, 38, 40, 41, 46, 48, 49, 50, 51, 52, 54, 56, 57, 58 Parágrafo único, 60, 63, 66, 69, 71, 75, 76, 78, 79, 80, 81, 85, 86, 87, 91, 93, 95, 98, 107, 108, 142, 147, 151, 153, 158, 167, 186, 191, 197, 198, 200 y 203, y a través de las cuales el legislador estatal ha concretado la previsión de las penas de arresto antes señaladas, tampoco resisten el escarpelo del análisis constitucional, al ser también contrarias al artículo 49.6 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y así se declara.

D. *La Tutela Judicial Efectiva: Medidas Cautelares*

**TSJ-SC (1670)**

**1-8-2007**

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Mario Seijas vs. Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL).

**El juez constitucional posee amplios poderes inquisitivos, en aras de mantener el orden público constitucional, poderes los cuales no se restringen a la calificación de una determinada pretensión, sino a la posibilidad de acordar las medidas conducentes para garantizar los derechos constitucionales violados o amenazados de violación, siendo que el presente caso, se debe entender en congruencia con el último supuesto y con el contenido del artículo 27 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en cuanto a la posibilidad de acordar medidas cautelares aun de oficio.**

....Precisado lo anterior, advierte esta Sala que el artículo 27 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela le consagra al juez constitucional la potestad de restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella. En este sentido, se observa que en determinadas ocasiones el objeto de la tutela constitucional requiere de una protección expedita, lo cual responde, a su vez, a la necesidad de asegurar, en su caso, la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano jurisdiccional evitando que un posible fallo a favor de la pretensión quede desprovisto de la eficacia por la conservación o consolidación irreversible de situaciones contrarias a derecho o interés reconocido por el órgano jurisdiccional en su momento.

En este escenario, se erigen las medidas cautelares dentro de los procedimientos judiciales, las cuales se encuentran concebidas en aras de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva, y de restablecer con carácter urgente las posibles amenazas o violaciones a los derechos y garantías constitucionales establecidos en el Texto Fundamental, con lo cual, las medidas cautelares fungen y surgen como una necesidad de los justiciables, así como también, en determinadas ocasiones, del órgano jurisdiccional, en aras de salvaguardar o mantener resguardado el núcleo esencial del derecho constitucional de las partes involucradas, y no como una excepción, razón por la cual, constituyen una facultad susceptible de ejercitarse en todo estado y grado del proceso, siempre que resulte necesario en el caso que se trate.

En este orden de ideas, se advierte que el juez constitucional posee amplios poderes inquisitivos, en aras de mantener el orden público constitucional, poderes los cuales no se restringen a la calificación de una determinada pretensión, sino a la posibilidad de acordar las medidas conducentes para garantizar los derechos constitucionales violados o amenazados de violación, siendo que el presente caso, se debe entender en congruencia con el último supuesto y con el contenido del artículo 27 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en cuanto a la posibilidad de acordar medidas cautelares aun de oficio.

De manera que, los principios constitucionales antes señalados además de insistir en la naturaleza instrumental, simple, uniforme y eficaz que debe observar todo proceso judicial llevado ante los Tribunales de la República, establece que el fin primordial de éste es garantizar que las decisiones que se dicten a los efectos de resolver las controversias entre las partes no sólo estén fundadas en el derecho, en atención a lo alegado y probado en autos, sino también en criterios de **justicia y razonabilidad** que aseguren la tutela efectiva de quien haya demostrado su legítima pretensión en el asunto a resolver. En este sentido, se aprecia que en determinadas ocasiones el objeto de la tutela judicial requiere de una protección expedita, lo cual responde, a su vez, a la necesidad de asegurar, en su caso, la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano jurisdiccional evitando que un posible fallo a favor de la pretensión quede desprovisto de la eficacia por la conservación o consolidación irreversible de situaciones contrarias a derecho o interés reconocido por el órgano jurisdiccional en su momento.

Visto el carácter de necesidad, del cual se encuentran imbuidas las medidas cautelares dentro de un determinado procedimiento, se observa que los requisitos exigidos para acordar la procedencia de las mismas (*fumus boni iuris y periculum in mora*), se reducen a un simple examen del juez de acuerdo a su sano criterio de acordar o no tales medidas, tomando en consideración las circunstancias particulares del caso sometido a su examen, así como la ponderación de intereses. La parte actora solicitó se dicte una medida cautelar innominada, a través de la cual se suspendan los efectos de los actos administrativos emanados del Director General del Instituto Autónomo Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), contenidos en los Oficios N° 001503 y 0001511, ambos del 23 de julio de 2007.

Al respecto, esta Sala observa preliminarmente la no existencia de un marco regulatorio que dé una definición de quiénes son los Productores Nacionales Audiovisuales a los fines de dar cumplimiento a los actos administrativos objeto de la presente demanda, lo cual en principio genera incertidumbre en la posibilidad de cumplimiento por parte de las operadoras de televisión por suscripción de los mismos. En tal sentido, dejar a la discreción de las prestadoras de servicios por suscripción la determinación de tal concepto técnico podría limitar el acceso de los usuarios a los servicios de televisión por cable.

Por lo tanto, de los hechos narrados por la parte accionante, así como del análisis de las actas procesales, se evidencia la existencia de una situación que amerita la utilización, por parte de esta Sala Constitucional, de sus amplios poderes cautelares, por lo cual declara procedente la medida cautelar innominada solicitada y, en consecuencia, se suspenden los efectos de los actos administrativos emanados del Director General del Instituto Autónomo Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), contenidos en los Oficios N° 001503 y 0001511, ambos del 23 de julio de 2007. Así se decide.

### 3. *Derechos Individuales*

#### A. *Libertad Personal*

**TSJ-SC (1744)**

**9-8-2007**

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Impugnación del Código de Policía del Estado Lara, publicado en la *Gaceta Oficial del Estado Lara* Ext. N° 106 del 30-4-1976.

**El derecho a la libertad personal -o libertad ambulatoria- contenido en el artículo 44 de la Constitución el cual ha sido consagrado y desarrollado como un derecho humano y fundamental inherente a la persona humana. Es una de las derivaciones más relevantes de la libertad.**

Al respecto esta Sala observa que se ha demandado la anulación parcial de una ley estatal por conferir competencia a órganos administrativos, tanto estatales como municipales (Gobernador del Estado, el Comandante de las Fuerzas Armadas Policiales, los Prefectos de Distrito y los Alcaldes de Municipio) para ordenar arrestos, cuando -en criterio de la parte actora- ello es sólo competencia de los órganos judiciales.

Como se observa, en esas normas –transcritas en el Capítulo II- se faculta a las distintas autoridades administrativas para ordenar arrestos, con una sola diferencia: la privación de libertad será de menor o mayor duración dependiendo del funcionario que la imponga (desde 48 horas hasta 30 días).

Por su parte, el artículo 98 del Código impugnado permite otra manera de ordenar el arresto: mediante la conversión de las multas. Dicho artículo establece:

“Artículo 98°.- Cuando el penado a quien se hubiere impuesto una multa no pudiese satisfacerla, le queda el derecho de solicitar que se le conmute en arresto, y si la Autoridad así lo acordare, se computará a razón de cien bolívares por cada día de arresto”.

Los impugnantes expusieron en su libelo que tales normas son lesivas al contenido esencial del derecho a la libertad personal, toda vez que permiten la privación de libertad de personas fuera de los supuestos que autoriza el artículo 44.1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Por ello, solicitaron la anulación de los artículos que han sido impugnados en este primer aspecto.

Ahora bien, resulta oportuno destacar que en sentencias números 1.372/2003, del 29 de mayo, y 130/2006, del 1 de febrero, esta Sala sostuvo, sin pretender menospreciar el resto de los derechos, que la libertad personal destaca, desde el origen mismo del Estado moderno, en el conjunto de los derechos fundamentales. No es casual –se destacó– que haya sido la libertad personal una de las primeras manifestaciones de derechos particulares que se conoció en la evolución histórica de los derechos humanos.

Así, en líneas generales, la libertad es un valor superior del ordenamiento jurídico, consagrado en el artículo 2 de la Constitución de la República de Venezuela, pero también constituye un derecho fundamental que funge como presupuesto de otras libertades y derechos fundamentales, el cual hace a los hombres sencillamente hombres. De allí que se pueda afirmar, que tal derecho, el cual se encuentra estrechamente vinculado a la dignidad humana, ostenta un papel medular en el edificio constitucional venezolano, siendo que el mismo corresponde por igual a venezolanos y extranjeros.

Ahora bien, una de las derivaciones más relevantes de la libertad, es el derecho a la libertad personal -o libertad ambulatoria- contenido en el artículo 44 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual ha sido consagrado y desarrollado como un derecho humano y fundamental inherente a la persona humana.

En este mismo sentido, BORREGO sostiene:

“Ciertamente, uno de los derechos que aparte de la vida goza de un lugar privilegiado en el fuero constitucional, es la libertad personal y que también se vincula con otros derechos como la libertad de tránsito, de pensamiento, expresión y tantos más que adquieren relevancia para el desarrollo humano. Particularmente, este es un derecho subjetivo que interesa al orden público (favorable a los derechos humanos, según expresión de Nikken) y normalmente, es registrado como un valor fundamental para el enaltecimiento de la dignidad del ciudadano que ajusta su desenvolvimiento en sociedad. En especial, todas las declaraciones que se refieren al tema de los derechos humanos recogen a este principalísimo fundamento, reflejo inmediato del Estado de Derecho, democrático y con determinación social” (BORREGO, Carmelo, *La Constitución y el Proceso Penal*, Editorial Livrosca, Caracas, 2002, p. 90).

Ahora bien, es menester resaltar que si bien el derecho fundamental a la libertad personal es la regla general, no es menos cierto que el propio texto constitucional permite que el mismo pueda verse restringido en ciertos supuestos excepcionales, como lo son los establecidos -taxativamente- en el numeral 1 del artículo 44 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Dicha norma establece:

“Artículo 44. La libertad personal es inviolable, en consecuencia:

1. Ninguna persona puede ser arrestada o detenida sino en virtud de una orden judicial, a menos que sea sorprendida in fraganti. En este caso será llevada ante una autoridad judicial en un tiempo no mayor de cuarenta y ocho horas a partir del momento de la detención. Será juzgada en libertad, excepto por las razones determinadas por la ley y apreciadas por el juez o jueza en cada caso (...).”

(Subrayado del presente fallo).

Esta Sala reitera (ver sentencia N° 130/2006, del 1 de febrero), que del texto de ese primer numeral se pueden distinguir varios aspectos, todos relevantes en cuanto al referido derecho a la libertad:

“...1.- La libertad es la regla. Incluso las personas que sean juzgadas por la comisión de delitos o faltas deben, en principio, serlo en libertad.

2.- Sólo se permiten arrestos o detenciones si existe orden judicial, salvo que sea la persona sorprendida *in flagranti*.

3.- En caso de flagrancia, sí se permite detención sin orden judicial, pero sólo temporal, para que en un plazo breve (48 horas) se conduzca a la persona ante la autoridad judicial.”...

Dicha disposición normativa establece una obligación en salvaguarda del derecho: la de intervención de los jueces para privar de libertad a una persona. De hecho, la garantía del *juez natural* presupone la existencia de un *juez*. El Poder Judicial se entiende, al menos así ha sido el resultado de la evolución de las instituciones públicas, como el garante de los derechos, protegiéndolos del aparato administrativo del Estado, al cual se le reservan otras tareas (sentencia N° 130/2006, del 1 de febrero).

Debe resaltarse que tal orden judicial constituye una garantía ineludible a los efectos de la salvaguarda del mencionado derecho fundamental. El fundamento de ello estriba, como bien lo alega la parte recurrente, en que a través de la privación de libertad, sea como pena o como medida cautelar, el Estado interviene del modo más lesivo en la esfera de derechos de la persona, razón por la cual, la Constitución ha preferido que tales limitaciones a la libertad estén sometidas al control de una autoridad revestida de suficientes garantías de independencia e imparcialidad (Juez), siguiendo un procedimiento legal que otorgue reales posibilidades de defensa (procedimiento penal).

La manifestación más importante de las mencionadas excepciones consagradas en el numeral 1 del artículo 44 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se ve materializada fundamentalmente, dentro del proceso penal, en el instituto de la privación judicial preventiva de libertad –o prisión provisional- regulada en el artículo 250 de la ley adjetiva penal, siendo ésta la provisión cautelar más extrema a que hace referencia la legislación adjetiva penal, tanto a nivel internacional, en los distintos pactos sobre derechos humanos que regulan la materia, como a nivel interno, siendo este el caso del *Código Orgánico Procesal Penal* (sentencia N° 2.426/2001, del 27 de noviembre, de esta Sala), de allí que resulte válido afirmar que la institución de la privación judicial preventiva de libertad, denota la existencia de una tensión entre el derecho a la libertad personal y la necesidad irrenunciable de una persecución penal efectiva.

En este orden de ideas, y como lo ha afirmado el Tribunal Constitucional español, la prisión provisional se sitúa entre el deber estatal de perseguir eficazmente el delito y el deber estatal de asegurar el ámbito de libertad del ciudadano (STC 47/2000, del 17 de febrero). Ahora bien, debe afirmarse que el hecho de que la medida de coerción personal antes mencionada posea, en principio, un contenido material que coincide con el de las penas privativas de libertad, no implica que ella persiga el mismo fin de tales sanciones, es decir, no puede concebirse como una pena anticipada, toda vez que la misma recae sobre ciudadanos que se ven amparados por el principio de presunción de inocencia consagrado en el artículo 49.2 Constitucional y en el artículo 8 del Código Orgánico Procesal Penal, cristalizándose así el principio *indubio pro libertate*.

Así, el Tribunal Constitucional Federal alemán ha establecido al respecto lo siguiente:

“...La penalización pronta y adecuada de los delitos más graves no sería posible en muchos casos, si a las autoridades encargadas de la persecución penal les estuviere prohibido, sin excepción, detener y mantener en prisión a los presuntos autores hasta que se dicte la sentencia. Otra cosa es que la plena restricción de la libertad personal, mediante la confinación a un establecimiento carcelario, sea una sanción, que el Estado de Derecho, en

principio, permite imponer sólo a quien ha sido juzgado por una actuación sancionada penalmente. Este tipo de medidas, en contra de una persona acusada de haber cometido un delito, son admisibles sólo en casos excepcionalmente limitados. De esto se origina que respecto de la presunción fundamental de inocencia, se excluyan las acusaciones graves en contra del inculpado, permitiendo la imposición anticipada de medidas que por sus efectos se equiparan a la pena privativa de libertad...". (Cfr. *Cincuenta Años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*. Compilación de sentencias por Jürgen Schwabe. Konrad Adenauer Stiftung – Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, 2003, p. 94).

Debe reiterar esta Sala que el interés no sólo de la víctima, sino de todo el colectivo en que las finalidades del proceso penal sean cumplidas, encuentra un límite tajante en el derecho del procesado a presumirse inocente hasta tanto exista la plena certeza procesal de su culpabilidad. En el proceso penal, esta garantía se hace extrema ante la desproporcionalidad de la fuerza del aparato estatal frente al individuo, la funesta posibilidad de fallo injusto que pueda implicar equívocos y, sobre todo, el reconocimiento de encontrar en la acción delictiva una eventualidad que, de suyo, no se reconoce como normal y deseable en una sociedad civilizada regida por la justicia. Sin embargo, la protección de los derechos del imputado a la libertad y a ser tratado como inocente mientras no se establezca de manera plena su culpabilidad, tampoco puede significar el absoluto abandono de los mecanismos cautelares destinados a garantizar los objetivos del proceso, esto es, su normal desarrollo y la seguridad del cumplimiento de sus resultados (sentencia N° 2.426/2001, del 27 de noviembre, de esta Sala).

Al aparato policial del Estado, enorme y por lo general más dotado en personal y recursos materiales que el judicial, se le encomienda dos labores básicas, que son: 1.- Intervenir como sujeto accesorio en el proceso penal, a los fines de realizar, bajo la dirección del Ministerio Público, la práctica de las diligencias conducentes a la determinación de los hechos punibles y a la identificación de sus autores y partícipes (Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas, junto a los órganos con competencia especial y los órganos de apoyo a la investigación penal); 2.- Realizar funciones de policía administrativa, a los fines del mantenimiento de la seguridad ciudadana. Ahora bien, con base en tales funciones, los órganos policiales tienen la potestad de practicar la aprehensión *in fraganti* de quienes incurran en la comisión de un delito, y ponerlos a disposición del Ministerio Público. Los jueces, así, juzgan a quienes son aprehendidos por la Policía y llevados ante el Ministerio Público. De igual forma, los órganos de policía tienen la potestad de ejecutar las detenciones preventivas ordenadas por los jueces de la República.

De lo anterior se colige, que sin órganos de policía el sistema de justicia estaría Incompleto. Negar a los cuerpos policiales el poder para efectuar detenciones, por ejemplo, cuando en sus tareas diarias observan cómo algunas personas infringen la ley (aprehensiones en flagrancia), o cuando se esfuerzan en llevar a cabo la investigación criminalística en el proceso penal (práctica de detenciones preventivas ordenadas por el Juez), implicaría vaciar de contenido su misión, en franco perjuicio para la colectividad.

La misión de los órganos de policía es, entonces, fundamental (la seguridad de los ciudadanos y la ejecución de la actividad de investigación criminal) y sus medios *deben* ser proporcionales, pero no puede ocultarse que, por su magnitud, la Administración (de la que la policía forma parte) es la que necesita control para evitar los excesos en que pudiera incurrir en el ejercicio de sus poderes (sentencia N° 130/2006, del 1 de febrero). El Texto Constitucional, en su artículo 253, reconoce el carácter de los órganos policiales como miembros del sistema de justicia:

**“Artículo 253.** La potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos y ciudadanas y se imparte en nombre de la República por autoridad de la ley.

Corresponde a los órganos del Poder Judicial conocer de las causas y asuntos de su competencia mediante los procedimientos que determinen las leyes, y ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias.

El sistema de justicia está constituido por el Tribunal Supremo de Justicia, los demás tribunales que determine la ley, el Ministerio Público, la Defensoría Pública, los órganos de investigación penal, los o las auxiliares y funcionarios o funcionarias de justicia, el sistema penitenciario, los medios alternativos de justicia, los ciudadanos o ciudadanas que participan en la administración de justicia conforme a la ley y los abogados autorizados o abogadas autorizadas para el ejercicio" (Subrayado de la Sala).

Precisado lo anterior, debe señalarse que las privaciones a la libertad personal autorizadas por el Texto Constitucional pueden ser de dos clases: 1.- Como sanción (presidio, prisión o arresto, según el Código Penal venezolano); y 2.- Como medida preventiva (la orden de captura emitida por el juez, la privación judicial preventiva de libertad y la flagrancia).

Sobre este particular, esta Sala ha establecido lo siguiente:

"...En realidad las detenciones, si se observa con el debido detenimiento, sólo pueden venir justificadas por la existencia de una sanción o la posibilidad de imponerla. No existe posibilidad de detenciones si no hay la comisión de un hecho punible (respecto del cual se haya capturado *in fraganti* a una persona o se sospeche su culpabilidad). No tienen cabida, pues, las detenciones –ni judiciales ni administrativas- en las que no haya hecho punible (previsto en ley nacional) que imputar, quedando a salvo, por supuesto, el poder disciplinario de los Jueces, que no es parte de su función jurisdiccional, que encuentra su fundamento en la necesidad de ordenar adecuadamente el desarrollo de la actividad procesal.

De esta manera, aunque existen dos razones por las que una persona puede estar detenida (porque ha sido ya sancionada con esa medida o porque está camino de ser procesado o siendo ya objeto del enjuiciamiento) en realidad la segunda está relacionada con la primera: *si no hay posibilidad de sanción (como medida definitiva) no hay posibilidad de detención provisional, por más breve que ésta sea* (sentencias 1.212/2004, del 23 de junio; y 130/2006, del 1 de febrero)...".

En el caso de autos, y siguiendo el criterio anteriormente expuesto, debe esta Sala precisar que a los cuerpos policiales del Estado Lara (y los de cualquier entidad federal o municipio; ni siquiera a través de sus Gobernadores o Alcaldes) les está vedado aplicar la medida de arresto como sanción definitiva. Debe aclararse que sólo podrán hacerlo en los casos en que se haya cometido un hecho punible, sea a través de la aprehensión en flagrancia o cuando medie una orden judicial.

En esos casos, tal como se señaló *supra*, su tarea se limita a conducir a la persona aprehendida ante el Ministerio Público (aprehensión en flagrancia) o ante el juez (orden judicial). Son órganos del sistema de justicia; nunca –como se pretende en el caso del Código impugnado- la justicia misma.

El Código de Policía del Estado Lara tipifica en varios de sus enunciados conductas constitutivas de infracciones administrativas, cuya realización por parte de los ciudadanos acarrea como consecuencia jurídica, alternativamente, la imposición de penas de multa o de penas privativas de la libertad ambulatoria (arresto), como es el caso de los artículos 18, 19, 29, 30, 31, 36, 37, 38, 40, 41, 46, 48, 54, 56, 57, 58, 60, 63, 66, 69, 71, 75, 76, 78, 79, 80, 81, 86, 93, 95, 108, 142, 151, 153, 158, 197, 198, 199, 200 y 203.

En tal sentido, de tales enunciados normativos pueden extraerse a su vez varias proposiciones o normas (este punto será desarrollado *infra*, cuando se aborde el estudio de la teoría de la norma jurídica). Por ejemplo, el artículo 36 de la mencionada ley estatal dispone lo siguiente:

“Artículo 36°- Se prohíbe conducir semovientes por las vías públicas sin la debida precaución, siendo necesario su traslado en transportes especiales. Los Contraventores serán sancionados con multas de cien a quinientos bolívares o arresto proporcional”.

Entonces, se evidencia que el anterior enunciado da pie a dos proposiciones o lecturas diferentes:

(1) La autoridad impondrá la pena multa de cien a quinientos bolívares, a todos aquellos que conduzcan semovientes por las vías públicas sin la debida precaución.

(2) La autoridad impondrá la pena de arresto proporcional a una multa de cien a quinientos bolívares, a todos aquellos que conduzcan semovientes por las vías públicas sin la debida precaución.

Con base en el anterior ejemplo, se evidencia que en el caso de los artículos 18, 19, 29, 30, 31, 36, 37, 38, 40, 41, 46, 48, 54, 56, 57, 58 en su Parágrafo Único; 60, 63, 66, 69, 71, 75, 76, 78, 79, 80, 81, 86, 95, 108, 142, 151, 153, 158, 197, 198, 199, 200, y 203 del Código de Policía del Estado Lara, existe una inconstitucionalidad sobrevenida que recae sobre la parte o proposición que obliga a los órganos administrativos a aplicar una pena de arresto proporcional a los infractores, siendo que tal posibilidad está proscrita por el texto del artículo 44 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

De igual forma, esta Sala ha constatado que los artículos 49, 50, 51, 93, 167, 186 y 191 de esa ley estatal, establecen la pena de arresto como única sanción en caso de verificación de la hipótesis tipificada, por lo cual, esta últimas siete (7) normas son contrarias, en la totalidad de su contenido (a diferencia de las anteriores, que sólo lo son parcialmente) al derecho a la libertad personal consagrado en el artículo 44 del Texto Constitucional.

....Es decir, en una ley estatal se impone el deber a una autoridad administrativa de imponer arrestos con carácter de sanciones definitivas, olvidándose de que constitucional y legalmente sólo corresponde al Poder Judicial el enjuiciamiento de la persona que ha cometido el hecho punible y la imposición de la pena, así como también la potestad de aplicar la privación de libertad como medida cautelar –reserva judicial–; mientras que por el contrario la Administración (de cualquier entidad territorial) sólo tiene la posibilidad de colaborar con el Sistema de Justicia. Los Estados no pueden, en consecuencia, ni dictar normas penales ni autorizar a sus cuerpos administrativos a que impongan penas de arresto.

En consecuencia, la Sala observa que las normas impugnadas son contrarias al Texto Constitucional, toda vez que la posibilidad de que la Administración pueda limitar la libertad personal o ambulatoria a través de la aplicación del arresto como sanción definitiva, no encuadra en el supuesto de la flagrancia ni de la orden judicial.

Por lo tanto, la normativa impugnada viola el contenido esencial del derecho fundamental a la libertad personal consagrado en el artículo 44 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Así se declara.

B. *Inviolabilidad del hogar domestico*

**TSJ-SC (1744)**

**9-8-2007**

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Impugnación del Código de Policía del Estado Lara, publicado en la G.O. del Estado Lara Ext. del 30-4-1976.



**El allanamiento, en primer lugar, constituye una diligencia propia de la investigación penal que debe ser regulada necesariamente en una ley nacional, ya que siempre está vinculada a un proceso judicial de naturaleza penal, y por ende se encuentra cubierta por la reserva legal en materia de procedimientos establecida en el artículo 156.32 del Texto Constitucional; y en segundo lugar, debe requerir siempre una autorización emitida por un Juez (ver artículo 210 del Código Orgánico Procesal Penal), toda vez que a través de dicha diligencia se limita el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio consagrado en el artículo 47 de la Constitución .**

La parte actora también denunció la inconstitucionalidad de los artículos 204 y 205 del mencionado Código de Policía, los cuales disponen lo siguiente:

“Artículo 204º- En las casas de habitaciones particulares y en sus dependencias no podrán entrar los empleados de policía en su carácter de tales, sino con las formalidades que se determinen en las Leyes relativas al allanamiento del hogar doméstico. No se reputan casas particulares para los efectos de este Artículo:

- a) Las casas de juego de cualquier clase.
- b) Las tabernas, botillerías u otros establecimientos que expendan licores al por menor.
- c) Las casas habitadas por prostitutas.
- d) Las casas particulares en que se efectúen habitualmente juegos de envite y azar.
- e) Los patios, corredores pasajes de las casas llamadas de vecindad.

Artículo 205º- Los Jefes de Policía pueden entrar y permitir la entrada de personas en las casas particulares sin necesidad de pedir permiso en los casos siguientes:

1º) Cuando ocurriere en la casa incendio o inundación repentina, y se advierte que motivados a descargas eléctricas, gases del carbón u otras cosas, ha habido muertos o heridos en sus habitaciones.

2º) Cuando se oigan voces dentro de la casa que anuncien estarse cometiendo un delito, como robo, asesinato o violación o estar por otra causa o daño grave alguna persona en riesgo inmediato de perder la vida.

3º) Cuando se denuncia por uno o más testigos haber visto personas que han asaltado una habitando, introduciéndose en ella (*sic*) por medio (*sic*) irregulares, con indicio manifiesto de que se va a cometer algún delito.

4º) Cuando en la casa se introduzca un reo, o una persona sindicada de delito de homicidio, heridas, graves o robo, a quien se persigue para su aprehensión.

5º) Cuando persiguiendo a un perro rabioso o cualquier otro animal feroz se introduzca éste en la casa.

6º) Cuando dentro de las casas de habitación existan focos e infección y de ellos se tuviere denuncia.

7º) En cumplimiento de órdenes de las Autoridades Judiciales.

Parágrafo Único: Los funcionarios judiciales o las autoridades sanitarias podrán entrar a todos los domicilios en ejercicio de sus funciones, a las horas reglamentarias, en los casos estrictamente autorizados por la Ley”.

De la lectura del artículo 204 del Código de Policía del Estado Lara, esta Sala observa que el mismo faculta a los órganos de policía a ingresar en moradas y establecimientos particulares, sin necesidad de orden judicial, en los supuestos comprendidos entre la letra a) y la letra e), en los cuales no se consideran como casas particulares, a los efectos de la prohibición contenida en dicho artículo, a los siguientes recintos: 1.- Las casas de juego de cualquier clase; 2.- Las tabernas, botillerías u otros establecimientos que expendan licores al por menor; 3.- Las casas habitadas por prostitutas; 4.- Las casas particulares en que se efectúen habitualmente juegos de envite y azar; y 5.- Los patios, corredores pasajes de las casas llamadas de vecindad.

En virtud de tal facultad, los órganos policiales pueden llevar a cabo allanamientos sin requerir una orden judicial. Ahora bien, el allanamiento, en primer lugar, constituye una diligencia propia de la investigación penal que debe ser regulada necesariamente en una ley nacional, ya que siempre está vinculada a un proceso judicial de naturaleza penal, y por ende se encuentra arropada por la reserva legal en materia de procedimientos establecida en el artículo 156.32 del Texto Constitucional; y en segundo lugar, debe requerir siempre una autorización emitida por un Juez (ver artículo 210 del Código Orgánico Procesal Penal), toda vez que a través de dicha diligencia se limita el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio consagrado en el artículo 47 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Los anteriores planteamientos son susceptibles de ser reproducidos, parcialmente, con relación a los ordinales 2, 3, 4, 6 y 7 del artículo 205, toda vez que en ellos se faculta a las autoridades de policía a acceder y permitir el acceso a casas particulares, sin necesidad de una orden judicial. Ahora bien, tal acceso a las moradas, aun y cuando se trate de los supuestos contenidos en los ordinales 2, 3 y 4, los cuales son equiparables a los dos (2) supuestos excepcionales previstos en el artículo 210 del Código Orgánico Procesal Penal, que permiten el allanamiento de una morada sin necesidad de orden judicial, deben ser autorizados y regulados por una ley nacional (como de hecho lo hace la mencionada ley adjetiva penal), toda vez que tales supuestos están vinculados, necesariamente, a una actuación administrativa que limita la inviolabilidad del domicilio y que siempre estará ligada a un hecho punible objeto de un proceso penal, siendo que los mismos escapan del ámbito de la legislación estatal. En los supuestos contenidos en el ordinal 6 y en el párrafo único, se requiere, además de la ley nacional que confiera la facultad del acceso a la casa particular, una orden dictada por un Juez, todo ello de conformidad con una interpretación estricta del artículo 47 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela –ya que se está limitando un derecho fundamental-. Por último, el supuesto regulado en el ordinal 7 también debe ser regulado por una ley nacional, toda vez que se trata, tal como el mismo lo señala, de una actuación ordenada por una autoridad judicial en el marco de un proceso penal.

Por otra parte, esta Sala considera que los ordinales 1 y 5 del artículo 205 del Código de Policía del Estado Lara no son contrarios al artículo 47 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. En efecto, dichos ordinales establecen, respectivamente, la facultad de la Autoridad de entrar en las casas particulares sin necesidad de pedir permiso en los siguientes casos: a) Cuando ocurriere -en la casa- un incendio o una inundación repentina, y se advierta que motivados a descargas eléctricas, gases del carbón u otras cosas, ha habido muertos o heridos en sus habitaciones; y b) Cuando persiguiendo a un perro rabioso o cualquier otro animal feroz se introduzca éste en la casa.

En estos casos existe una inminente situación de peligro, en la cual exigir una orden judicial permitiría la materialización del daño inminente cuya producción se pretende evitar. A mayor abundamiento, en los supuestos contenidos en los ordinales 1 y 5 del artículo 205 del Código de Policía del Estado Lara se genera un conflicto de intereses (*inviolabilidad del*

*hogar doméstico* frente a la *vida* y la *integridad física*), en virtud del cual debe efectuarse un juicio de ponderación, siendo que el resultado de dicha ponderación no es otro que la limitación del derecho fundamental a la *inviolabilidad del hogar doméstico* consagrado en el artículo 47 de la Constitución, para darle preminencia a los bienes jurídicos *vida* (artículo 43 *eiusdem*) e *integridad física* (artículo 46 *eiusdem*) de las personas que se encuentren en los supuestos antes descritos, claro está, todo ello con base en los principios de **idoneidad** (el medio es evidentemente eficaz para alcanzar el fin previsto), **necesidad** (dentro de varios medios igualmente eficaces, el que ha escogido el legislador estatal es el menos dañoso para el interés en conflicto) y **proporcionalidad** (el medio a utilizar está justificado por la protección de un bien jurídico de igual y de hasta mayor importancia que el afectado). Siendo así, será lícito el proceder de la autoridad que se realice con base en tales ordinales. Así se declara.

En consecuencia, esta Sala observa que el artículo 204, y los ordinales 2, 3, 4, 6, 7 y el párrafo único, todos del artículo 205 del Código de Policía del Estado Lara, son contrarios al derecho a la inviolabilidad del domicilio y al principio de legalidad de las formas procesales, estando consagrados ambos en los artículos 47 y 156.32 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, respectivamente, y así se declara.

4. *Derechos Políticos: Derecho a la participación política: Referendos Revocatorios*

**TSJ-SC (1399)**

**4-7-2007**

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Recurso de interpretación del artículo 72 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

**La Sala señala quienes deben cubrir las faltas absolutas de los legisladores de los Consejos Legislativos y de los Alcaldes cuando es revocado sus mandatos. También determina si los funcionarios a los cuales le ha sido revocado su mandato pueden presentarse como candidatos en las próximas elecciones para ser reelegidos inmediatamente para un nuevo período.**

La presente solicitud tiene por objeto la interpretación de la disposición contenida en el artículo 72 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, relativa a la posibilidad de convocar referendos revocatorios, por las razones que previamente se han expuesto, solicitud que encuadra en los supuestos acogidos por la jurisprudencia de esta Sala Constitucional.

Asimismo, aprecia la Sala que los peticionantes plantean la resolución de una duda surgida con ocasión de una norma constitucional vigente que carece de desarrollo legislativo, como es el caso de la revocatoria del mandato de cargos de elección popular, que representa una de las novedades de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Ahora bien, el artículo 72 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece lo siguiente:

“**Artículo 72.** Todos los cargos y magistraturas de elección popular son revocables.

Transcurrida la mitad del período para el cual fue elegido el funcionario o funcionaria, un número no menor del veinte por ciento de los electores o electoras inscritos en la correspondiente circunscripción podrá solicitar la convocatoria de un referendo para revocar su mandato.

Cuando igual o mayor número de electores y electoras que eligieron al funcionario o funcionaria hubieren votado a favor de la revocatoria, siempre que haya concurrido al referendo un número de electores y electoras igual o superior al veinticinco por ciento de los electores y electoras inscritos, se considerará revocado su mandato y se procederá de inmediato a cubrir la falta absoluta conforme a lo dispuesto en esta Constitución y en la ley.

La revocación del mandato para los cuerpos colegiados se realizará de acuerdo con lo que establezca la ley.

Durante el período para el cual fue elegido el funcionario o funcionaria no podrá hacerse más de una solicitud de revocación de su mandato”.

El precepto transcrito contempla, como esencia del régimen democrático, la revocatoria del mandato de los funcionarios electos, que incluye a los alcaldes, los legisladores de los consejos legislativos, los concejales y los miembros de las juntas parroquiales, al disponer que *“todos los cargos y magistraturas de elección popular son revocables”*.

Es menester señalar que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela otorga al principio democrático una función primordial en la formación y funcionamiento de los poderes públicos. En tal sentido, el Preámbulo indica que el objetivo de la Constitución es el de *“...refundar la República para establecer una sociedad democrática participativa y protagónica, multiétnica y pluricultural...”*, y el artículo 2, define al Estado Venezolano como Democrático y Social de Derecho y de Justicia, *“que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y, en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político”*, principios constitucionales que se conciben en el Texto Fundamental, como verdaderos principios de actuación, superándose con ello anteriores concepciones conforme a las cuales se consideraban meros enunciados de valor únicamente programático.

Así pues, se evidencia que el Texto Fundamental acoge el principio de la participación, cuyo contenido reconoce a los ciudadanos el derecho a participar libremente en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes. De esta forma la Constitución establece y desarrolla una serie de principios que garantizan a los ciudadanos la participación en términos de igualdad, justicia y libertad en todos los ámbitos de la vida republicana, siendo la participación ciudadana un medio eficiente para desarrollar los postulados de una democracia participativa y protagónica. Tal y como lo estableció esta Sala en sentencia N° 1139 del 5 de junio de 2002, caso: *Sergio Omar Calderón Duque y William Dávila Barrios*

*“...el derecho de participación en los asuntos públicos no se limita a los clásicos derechos políticos de sufragio, de asociación con fines políticos y de manifestación, sino que se extiende a la obligación por parte de los representantes de rendir cuentas transparentes y periódicas sobre su gestión, de acuerdo con el programa presentado; asimismo, la participación puede resumirse en el derecho de los ciudadanos a intervenir en las decisiones públicas más relevantes de cualquier ámbito territorial –nacional, estatal o municipal–, la presencia de la sociedad civil en los organismos consultivos o decisorios del Estado, en la facultad de la comunidad de revocar el mandato de los funcionarios que ocupan cargos electivos, en la facultad de abrogar las normas jurídicas que se consideran contrarias a las bases constitucionales y, finalmente, como sinónimo de gobierno pluralista o gobierno integrado por los diferentes sectores que operan en la sociedad (Cfr. RONDÓN DE SAN SO, Hildegard, *Ad imis fundamentis*, Análisis de la Constitución Venezolana de 1999. Parte orgánica y sistemas. Caracas, 2000).*

En este orden de ideas, dentro de las oportunidades de participación que la Constitución confiere a los ciudadanos, como realización concreta de la llamada democracia participativa y protagónica, se encuentra la revocatoria del mandato como instrumento político de

participación directa del pueblo en ejercicio de su soberanía, lo que sin duda sólo puede admitir una interpretación armónica y progresiva con todas las normas que componen el Texto Fundamental, pues, por medio de dicho mecanismo de participación, el ciudadano podrá ejercer su poder sobre las autoridades que eligió para removerlas de sus cargos cuando lo estime necesario”.

No obstante, constituye un hecho notorio que aun no ha sido dictada la ley que anuncia el artículo 70 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la cual determinará el funcionamiento de los medios de participación y, en este sentido, la misma Carta Magna prevé la posibilidad de que la comunidad organizada proponga a la Asamblea Nacional la mencionada ley o aporte ideas para tal fin.

En primer lugar, resulta claro que la revocatoria del mandato, tal como ha sido concebida por nuestro constituyente, es un mecanismo de remoción o separación categórica del funcionario electo por votación popular, de tal forma que, si el referendo arroja un resultado favorable al representante, en principio, éste tiene derecho a seguir ejerciendo su magisterio por el resto del período, pero, si por el contrario, es proclamado el resultado de la consulta al cuerpo electoral, como favorable a la revocatoria del mandato, el artículo 72 de la Constitución establece expresamente que “*se procederá de inmediato a cubrir la falta absoluta conforme a lo dispuesto en la Constitución y las leyes*”. Así, la referida disposición constitucional instituye dos aspectos fundamentales: i) la revocación del mandato por vía de *referéndum* de todos los cargos y magistraturas de elección popular produce la falta absoluta de los mismos, y ii) en cuyo caso, debe procederse de inmediato a cubrir la vacante, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución y las leyes.

Establecido lo anterior, esta Sala observa que, con respecto a la duda referida a la forma de suplir las vacantes producidas por las eventuales revocatorias del mandato de legisladores a los consejos legislativos de los estados, el último aparte del artículo 162 de la Constitución prevé que “*...Los requisitos para ser integrante del Consejo Legislativo, la obligación de rendición anual de cuentas y la inmunidad de jurisdicción territorial, se regirá por las normas que esta Constitución establece para los diputados y diputadas a la Asamblea Nacional, en cuanto le sean aplicables (...)* La ley nacional regulará el régimen de la organización y el funcionamiento del Consejo Legislativo”.

Por su parte, con respecto a los concejales, el artículo 175 *eiusdem* establece que “*La función legislativa del Municipio corresponde al Concejo, integrado por concejales elegidos o concejalas elegidas en la forma establecida en esta Constitución, en el número y condiciones de elegibilidad que determine la ley*”. Ahora bien, el sistema electoral, entendido como “el conjunto de procedimientos mediante los cuales los votos expresados por los electores determinan la atribución de los escaños o puesto a cubrir” (MOLAS BATLLORI, I; “Sistema electoral” en *Temas Básicos de Derecho Constitucional*, Coord. Manuel Reyes Aragón, Tomo I, Civitas, Madrid, 2001, p. 196), se encuentra regulado por un conjunto de normas que desarrollan el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos, por medio de representantes libremente elegidos.

Así pues, el sistema electoral es materia constitucional, por cuanto en él se determina la composición de los órganos representativos del Estado, ya que, mediante las elecciones, la voluntad política de los ciudadanos se transforma en posiciones de poder estatal que determinan, en sus rasgos esenciales, la dirección política del Estado. En tal sentido, el Texto Fundamental consagra como principio constitucional que debe garantizar la ley electoral, la personalización del sufragio y la representación proporcional. Ahora bien, el sistema electoral para elegir a los representantes a los cuerpos deliberantes, se encuentra previsto en el artículo 12 de la vigente Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, el cual dispone que:

“**Artículo 12.** El sistema electoral para escoger Diputados al Congreso de la República, Diputados a las Asambleas Legislativas y Concejales es el proporcional personalizado.

En cada entidad federal, se dividirá entre dos (2) el número de Diputados a elegir. El número entero o el menor más próximo al resultado de esta división corresponderán a los Diputados a ser electos en forma nominal, el resto se elegirá por lista, según el principio de la representación proporcional.

Para la elección de Concejales se determinarán igualmente circunscripciones electorales en cada Municipio, de acuerdo a la siguiente relación: sesenta y seis por ciento (66%) de los cargos se elegirán de forma nominal y el treinta y cuatro por ciento (34%) e los cargos se elegirán de acuerdo a la aplicación del principio de la representación proporcional”.

Así pues, de acuerdo con la ley electoral y conforme a lo ordenado por el Texto Constitucional, los ciudadanos, en virtud de la conjunción entre las dos formas de candidaturas (nominal y por lista), toman dos decisiones con dos votos. Con uno elige a una lista postulada por un partido y, con el otro, escogen a los postulados a los cargos nominales correspondientes a su circunscripción. En el caso de los candidatos postulados nominalmente, cada organización política postula tantos candidatos como cargos a elegir nominalmente en la circunscripción respectiva y dos (2) suplentes por cada uno (1) de ellos, y resultarán electos los que reciban la mayoría de los votos en la circunscripción (cardinales 6 y 7 del artículo 14 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política). En el caso de los candidatos postulados por lista, cada partido presentará una lista que contenga hasta el triple de los puestos a elegir por esta vía, el número de escaños que corresponde a cada lista, se adjudica, proporcionalmente, al número de votos obtenido por cada agrupación política o alianza electoral, según el método de cocientes electorales establecido en el artículo 16 *eiusdem*, los cuales serán adjudicados siguiendo el orden de las listas correspondientes; y una vez adjudicados los candidatos principales, se asignarán los suplentes en un número igual al doble de los principales, en el orden de la lista, tal como lo prevé el artículo 15 *idem*.

Establecido lo anterior, resulta claro que en caso de producirse la falta absoluta en virtud de la revocatoria del mandato de legisladores a los consejos legislativos de los estados o de concejales o de los miembros de las juntas parroquiales, dichas falta será cubierta por sus respectivos suplentes en el orden en que resultaron elegidos en los correspondientes comicios, y así se declara.

Con respecto a las faltas absolutas producidas por la revocatoria del mandato de los alcaldes, tenemos que el cuarto aparte del artículo 87 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal establece que “*Cuando la ausencia absoluta se deba a la revocatoria del mandato por el ejercicio del derecho político de los electores, se procederá de la manera que establezca la ley nacional que desarrolle esos derechos constitucionales*”. Sin embargo, tal como se señaló *supra*, aun no ha sido dictada la ley que anuncia el artículo 70 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, a la cual hace referencia la norma legal transcrita.

Ello así, constatada la ausencia de norma legal expresa para resolver la falta absoluta producida por la revocatoria del mandato de los alcaldes, y en aras de garantizar la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales, esta Sala estima necesario pronunciarse al respecto, para lo cual debe recurrir a la integración del Derecho, específicamente a uno de los métodos, a saber, la autointegración.

Con relación a tal labor integradora, esta Sala en su decisión N° 3027 del 14 de octubre de 2005, caso: *César Armando Caldera Oropeza*, precisó lo siguiente:

“A decir de Larenz, las normas jurídicas, contenidas en la ley, no están simplemente unas al lado de otras, sino que están relacionadas entre sí de diferente modo y sólo en su recíproca limitación y en su armonía producen una regulación. El ordenamiento jurídico no consta de una suma de normas jurídicas, sino de regulaciones (Larenz, Karl: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, pp. 257-258).

Como lo señala ese autor, ‘si bien la interpretación de la ley constituye la tarea inmediata de una Jurisprudencia encaminada a la praxis jurídica, sin embargo la Jurisprudencia nunca se ha agotado ahí.

Siempre se ha reconocido que, incluso una ley muy cuidadosamente pensada, no puede contener una solución para cada caso necesitado de regulación que sea atribuible al ámbito de regulación de la ley; con otras palabras, que toda ley, inevitablemente tiene ‘lagunas’ [al menos en ese sentido]. Asimismo se ha reconocido desde hace tiempo la competencia de los tribunales para colmar las lagunas legales (...) La interpretación de la ley y el desarrollo del Derecho no deben verse como esencialmente diferentes, sino sólo como distintos grados del mismo proceso de pensamiento. Esto quiere decir que ya la simple interpretación de la ley por un tribunal, en tanto es la primera o se aparta de la interpretación anterior, supone un desarrollo del Derecho, aunque muchas veces el tribunal todavía no es consciente de ello; así como, de otra parte, el desarrollo judicial del Derecho que rebasa los límites de la interpretación se sirve constantemente de métodos ‘interpretativos’ en sentido amplio. Hemos señalado como límite de la interpretación en sentido estricto el posible sentido literal. Un desarrollo del Derecho más allá de este límite llevado metódicamente, pero todavía en el marco del plan original, de la teleología de la ley misma, es interpretación de lagunas, desarrollo del Derecho inmanente a la ley; un desarrollo del Derecho todavía más allá de ese límite, pero dentro del marco y de los principios directivos de todo el orden jurídico, es desarrollo del Derecho superador de la ley’ (*Ibidem*, pp. 359-360).’

Según ‘Bobbio, ‘Un ordenamiento jurídico puede completarse recurriendo a dos métodos que podemos llamar, siguiendo la terminología de Carnelutti, de heterointegración y de auto-integración. El primer método consiste en la integración llevada a cabo por medio de dos vías: a) recurriendo a ordenamientos diversos; b) recurriendo a fuentes distintas de la dominante (la ley, en el ordenamiento que hemos examinado). El segundo método consiste en la integración llevada a cabo por el mismo ordenamiento, en el ámbito de la misma fuente dominante, sin recurrir a otros ordenamientos o recurriendo mínimamente a fuentes distintas de la dominante’ (Bobbio, Norberto: *Teoría General del Derecho*, Sexta reimpresión, Debate, Madrid, 1999, p. 242)”.

En el presente caso, la Sala se limitará a realizar una expresa labor de autointegración del Derecho, ante la ausencia de regulación expresa y específica para cubrir las faltas absolutas de los alcaldes en el supuesto que ésta se produzca a consecuencia de la revocatoria popular de su mandato.

En efecto, el tercer aparte del propio artículo 87 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal prevé la solución general en caso de faltas absolutas producidas cuando ha transcurrido más de la mitad del período, la cual coincide con el supuesto del referendo revocatorio del mandato, en virtud de que éste, conforme al artículo 72 de la Constitución, sólo se puede solicitar una vez transcurrido la mitad del respectivo período.

En tal sentido, la referida norma establece que “*Cuando la falta absoluta se produjere transcurrida más de la mitad del período legal, el Concejo Municipal designará a uno de sus integrantes para que ejerza el cargo vacante de alcalde o alcaldesa por lo que resta del período municipal...*”.

Así pues, en caso de resultar revocado el mandato de los alcaldes, mientras que no se promulgue la legislación que regule específicamente la materia, deberá aplicarse lo dispuesto en el tercer aparte del artículo 87 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal y, en

consecuencia, la falta producida deberá ser cubierta por el concejal designado por el concejo municipal respectivo, quien ejercerá el cargo por el resto del período, y mientras se designa éste, estará encargado de la alcaldía el Presidente del Concejo Municipal tal como lo prevé el *in fine* del aludido precepto legal. Así se decide.

Con respecto a la posibilidad de que los funcionarios a los cuales le ha sido revocado su mandato puedan presentarse como candidatos en la próximas elecciones para ser reelegidos inmediatamente para un nuevo período, esta Sala advierte que es necesario diferenciar el régimen aplicable a los legisladores de los consejos legislativos de los estados, de aquel aplicable a los alcaldes, concejales y miembros de las juntas parroquiales.

En efecto, con respecto a los legisladores de los consejos legislativos de los estados, el último aparte del artículo 162 de la Constitución prevé que “...*Los requisitos para ser integrante del Consejo Legislativo, la obligación de rendición anual de cuentas y la inmunidad de jurisdicción territorial, se regirán por las normas que esta Constitución establece para los diputados y diputadas a la Asamblea Nacional, en cuanto le sean aplicables (...) La ley nacional regulará el régimen de la organización y el funcionamiento del Consejo Legislativo*”. Por su parte, el artículo 4 de la Ley Orgánica de los Consejos Legislativos de los Estados establece lo siguiente:

“**Artículo 4.** Las condiciones de elegibilidad e inelegibilidad de los legisladores y legisladoras a los Consejos Legislativos de los Estados son las mismas establecidas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela para los diputados y diputadas de la Asamblea Nacional”.

El precepto legal transcrito remite al régimen de elegibilidad de los legisladores a los consejos legislativo a lo previsto en el Texto Constitucional con respecto a los diputados a la Asamblea Nacional. Al efecto, la *Norma Normarum* prevé para los diputados que les fuere revocado el mandato, una situación de inelegibilidad temporal para optar a cargos de elección popular para el siguiente período. Así, el artículo 198 de la Constitución establece que “*El diputado o diputada a la Asamblea Nacional cuyo mandato fuere revocado, no podrá optar a cargos de elección popular en el siguiente período*”.

Resulta claro entonces que, al remitir la Ley Orgánica de los Consejos Legislativos de los Estados al Texto Fundamental, a fin de asimilar el régimen de los legisladores al de los diputados a la Asamblea Nacional, la situación de inelegibilidad prevista expresamente en el artículo 198 de la Constitución resulta aplicable a legisladores de los consejos legislativos. En consecuencia, los legisladores cuyo mandato resultare revocado no podrán postularse para cualquier otro cargo de elección popular en el período siguiente.

Con respecto a los alcaldes, concejales y miembros de las juntas parroquiales, y la eventual aplicación de la causal de inelegibilidad prevista expresamente en el artículo 198 de la Constitución, la Sala juzga que tal posibilidad constituiría una limitación al ejercicio del derecho a la participación política de dichos funcionarios, en una de sus vertientes, el derecho de postulación, consagrado en el último párrafo del artículo 67 de la Carta Magna, el cual textualmente dispone:

“Artículo 67.

(...)

Los ciudadanos y ciudadanas, por iniciativa propia, y las asociaciones con fines políticos, tienen derecho a concurrir a los procesos electorales postulando candidatos o candidatas. El financiamiento de la propaganda política y de las campañas electorales será regulado por la ley. Las direcciones de las asociaciones con fines políticos no podrán contratar con entidades del sector público”.



Además de lo antes dicho, tal restricción no se encuentra en la Constitución ni en ley alguna, y resulta pertinente señalar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita y ratificada por Venezuela (*Gaceta Oficial* N° 31.256 del 14 de junio de 1977), la cual, de conformidad con el artículo 23 de la Constitución, es de aplicación preferente cuando contenga disposiciones sobre el goce y ejercicio de los derechos humanos más favorables a las establecidas en el ordenamiento interno, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público. Dicha Convención, en su artículo 30, dispone lo siguiente:

**“Artículo 30.** Alcance de las Restricciones.

Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”.

En concordancia con lo antes señalado, las restricciones al derecho de participación política, derecho consagrado en el artículo 62 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como en el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, deben ser expresas, y figurar en la Carta Magna o en leyes en sentido formal.

Así las cosas, dado que la Constitución ni la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, ni la Ley Orgánica del Poder Público Municipal señala la revocatoria popular del mandato como causal de inhabilitación para ejercerlo, debe entenderse, por argumento *a contrario*, que la restricción contenida en el artículo 198 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela no es aplicable respecto de los alcaldes, los concejales y los miembros de las juntas parroquiales, y así se decide.

Por último, con respecto a que si en caso de resultar procedente la revocatoria del mandato por la voluntad plasmada en el referendo, se debe considerar que se ha producido una falta absoluta en el cargo público de elección popular, que amerite convocar a elecciones inmediatas, esta Sala observa que el artículo 72 de la constitución prevé la mitad del período para el cual fue elegido el funcionarios, como la oportunidad para solicitar la convocatoria del referendo revocatorio de su mandato.

Ello así, y en consideración a que la revocatoria del mandato produce la falta absoluta del alcalde revocado, como se indicó, la solución que esta Sala considera aplicable es la prevista en el tercer aparte del artículo 87 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, la cual prevé la designación de quien ejercerá el cargo vacante por lo que resta del período. En consecuencia, no se daría inicio a un nuevo período sino a la culminación de aquel que venía ejerciendo el funcionario revocado.

Igual circunstancia opera en el caso de los legisladores a los consejos legislativos de los estados, los concejales y los miembros de las juntas parroquiales, ya que las faltas absolutas producidas por la revocatoria del mandato de los funcionarios principales serían llenadas por sus respectivos suplentes, los cuales terminarían el periodo iniciado por los funcionarios revocados. Así se decide.

Con fundamento en las razones expuesta esta Sala Constitucional declara resuelta la solicitud de interpretación del artículo 72 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, planteado por el Consejo Nacional Electoral.

### III. EL ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

#### 1. Competencias del Poder Público Nacional: Legislación en general

**TSJ-SC (1744)**

**9-8-2007**

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Impugnación del Código de Policía del Estado Lara, *Gaceta Oficial del Estado Lara* Ext. N° 106 del 30-4-1976.

....Por último, la parte recurrente alegó la inconstitucionalidad de los artículos 42, 61, 74, 81, 196, 197 y 198 del Código de Policía del Estado Lara, que establecen lo siguiente:

“Artículo 42°- Las jabonerías, curtiembres, peleterías, fosforecías, y toda industria cuyo ejercicio produzca miasmas, gases mal olientes o nocivos, se establecerán fuera de la zona urbana, en sitios indicados por las Autoridades Municipales, o que dispongan las Ordenanzas, o en su defecto por la Policía, asesorada por las Autoridades Sanitarias, o en su defecto por dictamen facultativo, los controventores (*sic*) se penarán con multa de mil a cinco mil bolívares”.

“Artículo 61°- Las casas de prostitución, serán siempre franqueadas a los empleados de sanidad y a los médicos con carácter oficial para que practiquen Inspecciones que la higiene requiere”.

“Artículo 74°- Los dueños de terrenos no construidos, situados en áreas urbanas, deberán mantenerlos limpios, cercados y convenientemente desmontados. Queda terminantemente prohibido destinar terrenos ubicados en las zonas urbanas para la explotación agrícola. Los que faltaren a esta disposición serán penados con multa de cien a mil bolívares, por cada caso de infracción”.

“Artículo 81°- Se prohíbe la instalación de fábricas, casas, edificios y construcciones en zonas donde quedan afectadas las fuentes fluviales y pureza atmosférica. Los infractores a estas disposiciones serán penados con multa de doscientos a dos mil bolívares o arresto proporcional y a la demolición de lo construido según el caso”.

“Artículo 196°- Cuando una persona natural o jurídica que se encuentre en posesión manifiesta de una cosa, ocurra al Prefecto del distrito o Municipio, por sí o por medio del representante legal, denunciando que ha sido despojado que se intente despojarla de ella, el funcionario Policial dictará a continuación auto en cual ordenará la citación del querellado para que comparezca el día hábil siguiente después de citado, con indicación de la hora y a oponer las defensas que tenga. Si la denuncia resulta suficientemente fundada, acordará provisionalmente el amparo hasta resolver definitivamente. En la boleta de citación se expresará suscintamente (*sic*) el contenido de la solicitud. En el acto de contestación el funcionario policial procurará la conciliación, y de no lograrse ésta, quedará abierto a pruebas el procedimiento por el término de cuatro días hábiles, durante los cuales las partes puedan promover o evacuar cualquier tipo de pruebas, debiendo el funcionario policial dictar su decisión el segundo día hábil después de concluido el término de pruebas. De dicha decisión se oírá apelación por ante el Gobernador del Estado, dentro de las 48 horas siguientes a la fecha del decreto de amparo”.

“Artículo 197°- Si notificados el querellado de la decisión del Prefecto, de respetar la tenencia del querellante o notificado el querellante de la obligación de entregar la cosa objeto de la tenencia, y se desacatare la orden Policial, mostrándose en rebeldía, la autoridad de Policía impondrá multa de cien a quinientos bolívares o arresto proporcional”.

“Artículo 198°- El que estando amparado en su posesión o mandato judicial y fuere de nuevo perturbado o despojado, ocurrirá al Prefecto del Distrito o Alcalde del Municipio respectivo para que haga respetar el mandato Judicial, imponiendo multa de cien a mil bolívares o arresto proporcional. En caso de reincidencia se aumentará al doble la sanción. En todo caso se hará cumplir la orden o mandatos decretados por la autoridad competente”.

Con relación a los artículos 42, 74, 81, esta Sala observa que existe una antinomia entre el contenido de éstos y el artículo 156.19 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela -aun y cuando la parte actora no lo haya denunciado-, toda vez que a través de aquéllos regulan una materia que en la Constitución vigente está exclusivamente reservada al poder público nacional, como es la legislación sobre ordenación urbanística.

Dicha norma constitucional establece lo siguiente:

Artículo 156. Es de la competencia del Poder Público Nacional:

(...)

19. El establecimiento, coordinación y unificación de normas y procedimientos técnicos para obras de ingeniería, de arquitectura y de urbanismo, y la legislación sobre ordenación urbanística (Subrayado del presente fallo).

De igual forma, también ha detectado esta Sala una antinomia entre el artículo 61 de dicho código de policía, y el artículo 156.23 del actual Texto Constitucional, ya que aquél establece una norma en materia sanitaria aplicable en el ámbito de las casas de prostitución (inspecciones de médicos y empleados de sanidad con fines de higiene), siendo que actualmente esta materia, en virtud de la norma constitucional antes mencionada, también se encuentra reservada al órgano legislativo nacional, al establecer la misma que es una competencia del Poder Público Nacional "*Las políticas nacionales y la legislación en materia naviera, de sanidad, vivienda, seguridad alimentaria, ambiente, aguas, turismo y ordenación del territorio*" (Subrayado del presente fallo).

Es decir, los artículos 42, 61, 74 y 81 de esa ley estatal, si bien no lesionan el principio de legalidad de los procedimientos –a que no son normas adjetivas-, sí violan la reserva legal en otros aspectos, como lo son en materia de ordenación urbanística y de sanidad.

Por otra parte, también se evidencia una contradicción entre los artículos 196, 197 y 198 del Código de Policía del Estado Lara, y el artículo 156.32 de la Constitución de la República de Venezuela, al contemplar el amparo policial como mecanismo para la protección de la posesión, siendo que esta materia es de índole civil, y por ende también es de exclusiva reserva del legislador nacional.

Dicha norma constitucional establece:

“Artículo 156. Es de la competencia del Poder Público Nacional:

(...)

32. La legislación en materia de derechos, deberes y garantías constitucionales; la civil, mercantil, penal, penitenciaria, de procedimientos y de derecho internacional privado; la de elecciones; la de expropiación por causa de utilidad pública o social; la de crédito público; la de propiedad intelectual, artística e industrial; la del patrimonio cultural y arqueológico; la agraria; la de inmigración y poblamiento; la de pueblos indígenas y territorios ocupados por ellos; la del trabajo, previsión y seguridad sociales; la de sanidad animal y vegetal; la de notaría y registro público; la de bancos y la de seguros; la de loterías, hipódromos y apuestas en general; la de organización y funcionamiento de los órganos del Poder Público Nacional y demás órganos e instituciones nacionales del Estado; y la relativa a todas las materias de la competencia nacional...”.

Así, se observa que los artículos 196, 197 y 198 del Código de Policía del Estado Lara violan el Texto Constitucional, específicamente, en lo que se refiere a la reserva legal en materia civil y en la de procedimientos, ello en virtud de que establecen la regulación de mecanismos de protección de la posesión, la cual corresponde necesaria y exclusivamente a

la legislación nacional, específicamente la civil, tanto sustantiva, a través de las acciones posesorias contempladas en los artículos 782, 783, 785 y 786 del Código Civil (interdictos de amparo, restitutorio, de obra nueva y de obra vieja), así como también adjetiva, mediante los procedimientos especiales relativos a los interdictos, los cuales deben ser ventilados ante un órgano del Poder Judicial (artículos 697 y siguientes del Código de Procedimiento Civil) y no ante una autoridad administrativa.

Sobre estos tres aspectos, debe esta Sala reiterar, que en los artículos 136 y 137 *eiusdem*, se establece que cada una de las entidades político-territoriales que integran la federación venezolana, tienen sus funciones propias, definidas por la Constitución y las leyes, actuando las mismas dentro de los ámbitos permitidos a los órganos que ejercen el poder público en sus respectivas jurisdicciones. En el caso de los estados, los límites para el ejercicio de sus competencias están definidos por los artículos 162 y 164 de la Carta Magna.

Sobre este particular, esta Sala, en sentencia N° 720/2006, del 5 de abril, estableció lo siguiente:

“...De igual manera, la distribución de funciones establecida en las normas constitucionales señaladas, prohíbe que uno de los entes políticos territoriales que ejerce el poder público, pueda establecer regulaciones o actuar en los ámbitos que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela haya reservado a otros entes, por tanto, cualquier violación a este principio constitucional ocasiona que la norma sea contraria a la Carta Fundamental y, en consecuencia nula.

De allí que, la Constitución y las leyes, además de exigir la competencia del órgano y del funcionario que dicte el acto, requieren que el mismo se produzca conforme a unas formas determinadas o de acuerdo a un proceso específico a objeto de proteger los intereses generales y garantizar los derechos de todos los administrados, con lo cual se concluye que, la función pública en modo alguno puede ser ejercida de manera arbitraria, sino que está limitada por la Constitución y las leyes.

Conforme a lo anterior, cuando el artículo 136 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela dispone que ‘*El Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, el Poder Estatal y el Poder Nacional*’, significa que cada ente político territorial del poder público, tiene competencia para dictar sus leyes y actos dentro de los límites de los respectivos territorios que le asignan la Constitución y las leyes, y dependiendo de las materias que cada uno de ellos esté llamado a regular.

Con tal manifestación -como ya se indicó-, la Constitución no hace otra cosa que consagrar un elemento esencial del Derecho Público, como lo es el principio de la competencia de los funcionarios y de los órganos públicos, precepto según el cual todas las actuaciones de la Administración están subordinadas a la ley, de modo que ésta sólo puede hacer lo que la ley le permite, de allí que, la nulidad sea la consecuencia jurídica de la inobservancia del aludido principio.

Resulta claro entonces, que los estados son favorecidos constitucionalmente por el principio de autonomía para ‘*Legislar sobre las materias de la competencia estatal*’, sin embargo, debe entenderse que tal autonomía es relativa y por tanto está sometida a diversas restricciones establecidas en la Constitución y en la ley, por ello, el artículo 4 del Texto Fundamental, dispone que ‘*La República Bolivariana de Venezuela es un Estado federal descentralizado en los términos consagrados en esta Constitución (...)*’.

Con base en los anteriores criterios, es claro a todas luces que existe una antinomia entre los artículos 42, 61, 74 81, 196, 197 y 198 del Código de Policía del Estado Lara y el vigente Texto Constitucional, en razón de que a través de aquéllos se lleva a cabo, en una ley estatal, la regulación de materias que en la Constitución de 1999 están reservadas a la Asamblea Nacional, como lo son la legislación sobre ordenación urbanística (artículos 42, 74 y 81), la

materia de salubridad pública (artículo 61, referido al control sanitario de casas de prostitución), así como también a la materia de protección de la posesión, la cual corresponde a la legislación civil, tanto sustantiva como adjetiva (artículos 196, 197 y 198). Así se declara.

2. *El Poder Ejecutivo Nacional*

A. *El régimen de la Administración Pública: Derecho administrativo sancionador*

**TSJ-SC (1744)**

**9-8-2007**

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Impugnación del Código de Policía del Estado Lara, *G.O.* del Estado Lara Ext. N° 106 del 30-4-1976.

**Unas de las sanciones típicas del Derecho Administrativo Sancionador son la multa y la amonestación la previsión de las mismas no constituye una de las materias que han sido sometidas a la reserva legal del legislador nacional en el artículo 156.32 del Texto Constitucional, y por lo tanto, nada obsta a que un órgano legislativo estatal pueda establecerlas a través de un Código de Policía.**

En segundo lugar, la representación de la Defensoría del Pueblo alega la inconstitucionalidad de las multas y las amonestaciones previstas en la normativa del Código de Policía del Estado Lara, en virtud de que la previsión de tales sanciones por parte del legislador estatal, a su entender, constituye una vulneración de los artículos 49.6 y 156.32 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en el sentido de que aquéllas sólo pueden establecerse a través de leyes formales dictadas por el órgano legislativo nacional. De esta forma, delató que tal vicio arroparía, en criterio de la parte actora, ente otros, a los artículos 39, 42, 43, 55, 74, 92, 103, 105, 146, 173, 183 y 195 del Código de Policía del Estado Lara, en cuanto establecen sanciones de multa; y al artículo 94 *eiusdem*, que establece la pena de amonestación.

Esta Sala no comparte tal argumento de la parte actora, toda vez que la multa y la amonestación constituyen unas de las sanciones típicas del Derecho Administrativo Sancionador. En tal sentido, debe reiterarse que el objeto de estudio y aplicación de esta rama del Derecho Administrativo, es el ejercicio de la potestad punitiva realizada por los órganos del Poder Público actuando en función administrativa, requerida a los fines de hacer ejecutables sus competencias de índole administrativo, que le han sido conferidas para garantizar el objeto de utilidad general de la actividad pública (ver sentencia N° 307/2001, del 6 de marzo). Lo anterior obedece a la necesidad de la Administración de contar con mecanismos coercitivos para cumplir sus fines, ya que de lo contrario la actividad administrativa quedaría vacía de contenido ante la imposibilidad de ejercer el *ius puniendi* del Estado, frente a la inobservancia de los particulares en el cumplimiento de las obligaciones que les han sido impuestas por ley (sentencia N° 307/2001, del 6 de marzo).

En virtud de tal dinamismo de la actividad administrativa, la previsión de las multas y las amonestaciones no constituye una de las materias que han sido sometidas a la reserva legal del legislador nacional en el artículo 156.32 del Texto Constitucional, y por lo tanto, nada obsta a que un órgano legislativo estatal –como en el presente caso– pueda establecerlas a través de un Código de Policía. Claro está, en virtud del principio de legalidad, el cual también tiene aplicación –aunque matizada– en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador, la multa y la amonestación siempre deberán estar previstas en una normativa de rango legal, aun y cuando ésta sea dictada por los órganos legislativos de los Estados o de los

Municipios; a diferencia del Derecho Penal, en el cual la previsión de los delitos y de las penas sí constituye una materia reservada al legislador nacional, según lo dispuesto en la mencionada norma constitucional.

En consecuencia, esta Sala estima que las normas que han sido establecidas en los artículos 39, 42, 43, 55, 74, 92, 94, 103, 105, 146, 173, 183 y 195 del Código de Policía del Estado Lara, a través de las cuales se prevén sanciones de multa y de amonestación, no son contrarias al principio de legalidad penal consagrado en el artículo 49.6 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y así también se declara.

B. *Procuraduría General de la República*

a. *Consulta para la aprobación de contratos de interés nacional*

**TSJ-SC (1460)**

**12-7-2007**

Magistrado Ponente: Arcadio Delgado Rosales

Caso: Recurso de interpretación del artículo 247 de la Constitución y de los artículos 56 y 57 del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría de la General de la República.

**Por lo que concierne a la obligatoriedad o no de la atribución consagrada en el primer aparte del artículo 247 de la Carta Magna, la Sala considera, en atención a la misma naturaleza de las funciones de la Procuraduría General de la República -como órgano superior de consulta de la Administración Pública Nacional Centralizada-, que la misma se concibe como un mecanismo de control previo, el cual resulta indispensable para reconocer la validez de los contratos de interés público nacional, pero que no tiene carácter vinculante, en virtud de no estar -dicho carácter- reconocido en la norma sometida a interpretación ni en ninguna otra del Texto Fundamental.**

El presente recurso de interpretación tiene por finalidad que esta Sala Constitucional, como máxima y última intérprete del Texto Fundamental, determine el alcance de las potestades y atribuciones que el primer aparte del artículo 247 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece a favor de la Procuraduría General de la República.

Al respecto, este órgano jurisdiccional, en sentencia N° 1309 del 19 de julio de 2001 (caso: *Hermann Escarrá*), manifestó su intención de explicar el sentido de la interpretación constitucional, en atención al postulado del artículo 335 de la Carta Magna, para lo cual interpretó la noción y alcance de su propia potestad interpretativa, señalando al respecto lo siguiente:

*“...La interpretación constitucional hace girar el proceso hermenéutico alrededor de las normas y principios básicos que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela ha previsto. Ello significa que la protección de la Constitución y la jurisdicción constitucional que la garantiza exigen que la interpretación de todo el ordenamiento jurídico ha de hacerse conforme a la Constitución (ver-fassungskonfome Auslegung von Gesetze). Pero esta conformidad requiere el cumplimiento de varias condiciones, unas formales, como la técnica fundamental (división del poder, reserva legal, no retroactividad de las leyes, generalidad y permanencia de las normas, soberanía del orden jurídico, etc.) [Ripert. Les Forces créatrices du droit, París, LGDJ, 1955, pp. 307 y ss]; y otras axiológicas (Estado social de derecho y de justicia, pluralismo político y preeminencia de los derechos fundamentales, soberanía y autodeterminación nacional), pues el carácter dominante de la*

*Constitución en el proceso interpretativo no puede servir de pretexto para vulnerar los principios axiológicos en que descansa el Estado constitucional venezolano. Interpretar el ordenamiento jurídico conforme a la Constitución significa, por tanto, salvaguardar a la Constitución misma de toda desviación de principios y de todo apartamiento del proyecto político que ella encarna por voluntad del pueblo.*

(...)

*La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela prevé dos clases de interpretación constitucional. La primera está vinculada con el control difuso de la constitucionalidad de las leyes y de todos los actos realizados en ejecución directa de la Constitución; y la segunda, con el control concentrado de dicha constitucionalidad. Como se sabe, el artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela impone a todos los jueces la obligación de asegurar la integridad de la Constitución; y el artículo 335 eiusdem prescribe la competencia del Tribunal Supremo de Justicia para garantizar la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales, por lo que declara a esta Sala Constitucional su máximo y último intérprete, para velar por su uniforme interpretación y aplicación, y para proferir sus interpretaciones sobre el contenido o alcance de dichos principios y normas, con carácter vinculante, respecto de las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República (jurisprudencia obligatoria). Como puede verse, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela no duplica en estos artículos la competencia interpretativa de la Constitución, sino que consagra dos clases de interpretación constitucional, a saber, la interpretación individualizada que se da en la sentencia como norma individualizada, y la interpretación general o abstracta prescrita por el artículo 335, que es una verdadera jurisdatio, en la medida que se declara erga omnes y pro futuro (ex nunc), el contenido y alcance de los principios y normas constitucionales cuya interpretación constitucional se insta a través de la acción extraordinaria correspondiente. Esta jurisdatio es distinta de la función que controla concentradamente la constitucionalidad de las leyes, pues tal función monofiláctica es, como lo ha dicho Kelsen, una verdadera legislación negativa que decreta la invalidez de las normas que colidan con la Constitución, aparte de la interpretación general o abstracta mencionada no versa sobre normas subconstitucionales sino sobre el sistema constitucional mismo. El recto sentido del artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela hace posible la acción extraordinaria de interpretación, ya que, de otro modo, dicho artículo sería redundante en lo dispuesto por el artículo 334 eiusdem, que sólo puede dar lugar a normas individualizadas, como son, incluso, las sentencias de la Sala Constitucional en materia de amparo. La diferencia entre ambos tipos de interpretación es patente y produce consecuencias jurídicas decisivas en el ejercicio de la jurisdicción constitucional por parte de esta Sala. Esas consecuencias se refieren al diverso efecto de la jurisdicção y la jurisdatio y ello porque la eficacia de la norma individualizada se limita al caso resuelto, mientras que la norma general producida por la interpretación abstracta vale erga omnes y constituye, como verdadera jurisdatio, una interpretación cuasiauténtica y paraconstituyente, que profiere el contenido constitucionalmente declarado por el texto fundamental...”.*

Precisado lo anterior, esta Sala pasa a dilucidar, tal como le fue solicitado por la recurrente, el contenido del primer aparte del artículo 247 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, específicamente lo relacionado con el carácter vinculante o no de la opinión que al efecto emita la Procuraduría General de la República, con ocasión de la consulta que se le formule para la aprobación de los contratos de interés público nacional. En tal sentido, la norma constitucional *in commento* establece que:

*“Artículo 247. La Procuraduría General de la República asesora, defiende y representa judicial y extrajudicialmente los intereses patrimoniales de la República, y será consultada para la aprobación de los contratos de interés público nacional.”*

*La ley orgánica determinará su organización, competencia y funcionamiento.”* (Subrayado de esta Sala)

La Procuraduría General de la República es un órgano de carácter constitucional, adscrito a la Administración Pública Nacional Centralizada, cuya designación de su titular es competencia exclusiva y excluyente del Presidente de la República -previa aprobación de la Asamblea Nacional o de la Comisión Delegada- (artículo 236, cardinal 15 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela).

La evolución de este órgano se ha dado principalmente en cuatro etapas: La primera, en la cual se consagra la figura del Procurador en textos de rango legal y que va desde su creación mediante el Decreto del 24 de julio de 1863 hasta la promulgación de la Constitución de 1901; una segunda etapa, en la que se le dio rango constitucional al Procurador General de la Nación (denominado así para esa época), y que va desde la Constitución de 1901 hasta 1945; un tercer período en el que se crea propiamente la Procuraduría General de la República y en la cual se le separa de la institución del Ministerio Público, la cual va desde la Constitución de 1947 hasta la de 1961 y, finalmente, la Constitución de 1961, en la cual la Procuraduría General de la República fue concebida -tal como hoy día en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela- como un órgano de rango constitucional, distinto e independiente del Ministerio Público, que tiene a su cargo las funciones de asesoramiento y representación.

A partir de la disociación entre la Procuraduría General de la República y el Ministerio Público y su definición como órgano constitucional, se dictó en 1965 la Ley Orgánica de la Procuraduría de la General de la República, la cual desarrolló por primera vez las atribuciones como órgano asesor y defensor de los intereses patrimoniales de la República, dotado de privilegios y prerrogativas procesales que en definitiva facilitarían el efectivo ejercicio de las competencias constitucionales asignadas a dicho órgano.

En el marco de la nueva normativa constitucional introducida en Venezuela a partir del 31 de diciembre 1999, el Ejecutivo Nacional, en ejercicio de las atribuciones que le confiere el cardinal 8 del artículo 236 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en concordancia con lo dispuesto en la letra a) del cardinal 6 del artículo 1 de la Ley N° 4 que autorizaba al Presidente de la República para dictar Decretos con fuerza de Ley en las materias que le fueron delegadas por la Asamblea Nacional, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 37-076 del 13 de noviembre de 2000, dictó el Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, publicado en la *Gaceta Oficial* N° 5.554 Extraordinario del 13 de noviembre de 2001, a través del cual derogó la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República de 1965, creando mediante este nuevo instrumento normativo -según su Exposición de Motivos-, las bases legales indispensables para que la República pudiese contar y disponer con una institución especializada de alto nivel de eficacia en la defensa de sus derechos, bienes e intereses patrimoniales.

La Procuraduría General de la República, es el órgano encargado de asesorar jurídicamente a la Administración Pública Nacional y de representar judicial y extrajudicialmente los intereses patrimoniales de la República. Con relación a la primera de dichas funciones, cabe destacar que la Procuraduría se constituye en el principal órgano de consulta de la Administración Pública Nacional; de allí que la Ley Orgánica de la Administración Pública la prevea, en su artículo 45, como uno de los **órganos superiores de consulta** de la Administración Pública Central, el cual tiene como función principal asesorar a los órganos que integran a la misma, confiriéndole elementos de juicio que sirvan para la formación de su voluntad al momento de actuar o de adoptar una determinada decisión en un aspecto concreto de su actividad administrativa. Esta particularidad que posee la Procuraduría General de la República -de ser calificada como un órgano consultivo- la ubica dentro del ámbito de la Administración Consultiva, es decir, de aquellos órganos cuya actividad se encuentra circunscrita a emitir su opinión frente a los requerimientos que le sean efectuados por los



órganos de la Administración activa, pronunciamientos estos, que surgen en el marco de relaciones de carácter interorgánico. El pronunciamiento efectuado por estos órganos consultivos es denominado “*críterio*”, “*propuesta*” o “*dictamen*”, siendo este último la designación más común en el argot administrativo, para aludir a las decisiones emitidas por dichos órganos.

De acuerdo a las consideraciones esbozadas, y visto que el proceso hermenéutico debe guardar una estrecha vinculación con las normas y principios constitucionales, para de esta manera evitar una vulneración de los principios axiológicos en que descansa el Estado constitucional, esta Sala, dilucidando el sentido de la atribución contenida en el primer aparte del artículo 247 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, sobre el carácter vinculante o no de la opinión que emita la Procuraduría General de la República “...*para la aprobación de los contratos de interés público nacional...*”, estima que el constituyente al emplear el vocablo “*aprobación*”, lo refiere exclusivamente al acto administrativo que se dicta con posterioridad al dictamen, y que está dirigido a conferirle validez, perfeccionándolo, el cual por su naturaleza no puede ser opuesto a terceros ajenos a los propios órganos de la Administración.

Ahora bien, por lo que concierne a la obligatoriedad o no de la atribución consagrada en el primer aparte del artículo 247 de la Carta Magna, esta Sala considera, en atención a la misma naturaleza de las funciones de la Procuraduría General de la República -como órgano superior de consulta de la Administración Pública Nacional Centralizada- que la misma se concibe como un mecanismo de control previo, el cual resulta indispensable para reconocer la validez de los contratos de interés público nacional, pero que no tiene carácter vinculante, en virtud de no estar -dicho carácter- reconocido en la norma sometida a interpretación ni en ninguna otra del Texto Fundamental; por lo tanto, en atención al principio de legalidad y a la naturaleza del órgano, es que se debe entender que si la norma no atribuye tal carácter no puede el órgano consultivo atribuírsela, lo que se traduce en que, una vez que la Procuraduría General de la República haya emitido su pronunciamiento, el órgano que hubiese solicitado su opinión, se encuentra en libertad de acoger o no el contenido del dictamen que a tal efecto emita; y así se declara.

Determinado como se encuentra el alcance del primer aparte del artículo 247 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, esta Sala advierte que la interpretación de autos se planteó en virtud de la opinión favorable que, el 3 de octubre de 2003, emitió la Procuraduría General de la República con ocasión del requerimiento hecho por el Ministerio de Finanzas en el caso del cobro de unas Notas Promisorias, presuntamente emitidas por el Banco de Desarrollo Agropecuario (BANDAGRO), cuyo pago fue demandado por la sociedad mercantil “*Gruppo Triad FFC SPA, S.A.*”, domiciliada en la ciudad de Panamá, en su condición de tenedora de dichos títulos.

Ahora bien, el planteamiento de fondo que subyace a la acción de interpretación incoada, solo puede ser abordado por esta Sala, como en efecto se ha hecho, para exigir la conexión de la solicitud de interpretación con un caso concreto y de esta manera determinar, por un lado, la legitimidad del recurrente y, por el otro, verificar la existencia de una duda razonable que justifique el movimiento del aparato jurisdiccional en la resolución del mismo (ver fallos de esta Sala números N° 1077/2000 y 1029/2001, entre otros).

Pero la Sala Constitucional ha sido siempre muy cuidadosa de no usurpar con su interpretación competencias de otras Salas (por ejemplo, el recurso de interpretación de textos legales); y de evitar que se pretenda con esta acción sustituir recursos procesales preexistentes; o se intente subrepticamente obtener resultados cuasi jurisdiccionales que desbordan el fin esclarecedor de este tipo de acciones, es decir, que lo planteado persiga más

bien la solución de un conflicto concreto entre particulares o entre estos y órganos públicos, o entre estos últimos entre sí; o que exista una velada intención de lograr una opinión previa sobre la inconstitucionalidad de una ley.

Por ello, sobre el caso concreto que subyace a la presente acción de interpretación, la Sala solo se limitará a hacer dos precisiones:

1. Las notas promisorias son una modalidad de las operaciones de crédito público a las cuales recurre el Estado para la obtención de recursos financieros, que son utilizados para el cumplimiento y satisfacción de las necesidades del interés público general. Estos recursos se obtienen a través de la emisión de valores o títulos al portador que se cancelan bajo determinadas condiciones en cuanto a tasas de interés, tipo de cambio, formas de amortización o rescate, etc; los cuales pueden ser adquiridos por personas naturales y jurídicas, públicas o privadas, nacionales o internacionales.

Con relación a la posibilidad de que las operaciones de crédito público puedan ser incluidas en la noción de “*contrato de interés público nacional*”, esta Sala, en sentencia N° 2241 del 24 de septiembre de 2002 (caso: *Andrés Velásquez y otros*), señaló lo siguiente:

*“...A los efectos de precisar el sentido de la noción de contrato de interés público, expresión que aparece por primera vez en la Constitución de 1893 y se mantiene en los Textos Constitucionales de 1901, 1904, 1909, 1914, 1922, 1925, 1925, 1928, 1929, 1931, 1936, 1945, 1947, 1951, 1961, hasta la vigente de 1999, la doctrina nacional ha propuesto distintas interpretaciones, como la desarrollada por el autor Eloy Lares Martínez, quien al referirse a la expresión examinada, para entonces contenida en el artículo 126 de la Constitución de 1961 señaló: ‘existe una expresión genérica –la de contratos de interés público- que consideramos administrativo y expresiones específicas que son: contratos de interés nacional, contratos de interés estatal y contratos de interés municipal, ya que el interés público puede ser nacional, estatal o municipal’ (“Contratos de Interés Nacional”, en Libro Homenaje al Profesor Antonio Moles Caubet, Tomo I, Caracas, UCV, 1981, p. 117),*

*En tal sentido, para el autor citado es necesario, pero no suficiente, que una de las partes en la contratación fuera la República, debiendo además exigirse que el contrato celebrado tuviera por finalidad el atender, de modo inmediato y directo, requerimientos de interés general (Cfr. Manual de Derecho Administrativo, Caracas, UCV, 1996, p. 321).*

*Un sector de la doctrina, en armonía con la actual regulación constitucional de los contratos de interés público, ha sostenido, atendiendo a la división en tres niveles político-territoriales del Poder Público, que los contratos de interés público constituyen el género mientras que los contratos de interés público nacional, estatal y municipal constituyen especies de aquél (Cfr. Allan R. Brewer-Carías, Estudios de Derecho Público, Tomo I, Caracas, 1983, pp. 186 y 187), mientras que otro sector, apartándose de las interpretaciones precedentes, y haciendo énfasis en aspectos cuantitativos, ha expresado que cuando en los textos constitucionales se adopta la fórmula contrato de interés público, ha sido para referirse a aquellas ‘grandes contrataciones’ susceptibles de comprometer gravemente el patrimonio económico de la República, de exponerla a pérdidas graves o inclusive a reclamaciones internacionales que pudieran llegar a atentar contra la soberanía o la integridad del país (Cfr. José Melich Orsini, “La Noción de Contrato de Interés Público”, en Revista de Derecho Público N° 7, Caracas, 1981, p. 61).*

*Profundizando en el criterio cuantitativo acogido por la última de las interpretaciones referidas, se ha advertido en distintos análisis respecto del sentido que ha de atribuírsele que (sic) la noción de contrato de interés público, que (sic) la gran preocupación del constituyente, al aprobar los textos de las Constituciones antes indicadas, ha girado en torno a cuestiones como los compromisos económicos o financieros que pueden resultar a cargo del Estado, el temor a que se malgasten o dilapiden los fondos públicos, la necesidad de conservar los bienes patrimoniales o los recursos naturales del Estado, o que los mismos no*

*sirvan para beneficiar a unos pocos en detrimento de todos, los requerimientos, inherentes a todo sistema democrático de gobierno, de control sobre los poderes de la Administración, para evitar abusos, favoritismos, etc. (Cfr. Gonzalo Pérez Luciani, "Contratos de Interés Nacional, Contratos de Interés Público y Contratos de Empréstito Público", en *Libro Homenaje al Doctor Eloy Lares Martínez*, Tomo I, Caracas, 1984, p. 103).*

*La discusión doctrinal existente durante la vigencia de la Constitución de 1961, entre las expresiones contrato de interés público y contrato de interés nacional, ha sido, como se indicara previamente, resuelta por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, ya que en su artículo 150 estableció claramente la relación de género-especies que existe entre la noción de contrato de interés público y las nociones de contrato de interés público nacional, estatal y municipal, en las cuales lo determinante sería la participación de la República, los Estados o los Municipios.*

*Sin embargo, la Constitución vigente no indica qué sentido ha de atribuírsele a la noción de contrato de interés público, motivo por el cual esta Sala, tomando en consideración las interpretaciones previamente examinadas, en tanto máximo y último intérprete del Texto Constitucional, considera que son subsumibles en dicho género todos aquellos contratos celebrados por la República, los Estados o los Municipios en los cuales esté involucrado el interés público nacional, estatal o municipal, entendido éste, de acuerdo con el autor Héctor J. Escola, como 'el resultado de un conjunto de intereses individuales compartidos y coincidentes de un grupo mayoritario de individuos, que se asigna a toda la comunidad como consecuencia de esa mayoría, y que encuentra su origen en el quehacer axiológico de esos individuos, apareciendo con un contenido concreto y determinable, actual, eventual o potencial, personal y directo respecto de ellos, que pueden reconocer en él su propio querer y su propia valoración, prevaleciendo sobre los intereses individuales que se le opongan o afecten, a los que desplaza o sustituye, sin aniquilarlos' (*El Interés Público como Fundamento del Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1989, pp. 249 y 250).*

*En tal sentido, estarán incluidos dentro de la especie de contratos de interés público nacional, todos aquellos contratos celebrados por la República, a través de los órganos competentes para ello del Ejecutivo Nacional cuyo objeto sea determinante o esencial para la realización de los fines y cometidos del Estado venezolano en procura de dar satisfacción a los intereses individuales y coincidentes de la comunidad nacional y no tan solo de un sector particular de la misma, como ocurre en los casos de contratos de interés público estatal o municipal, en donde el objeto de tales actos jurídicos sería determinante o esencial para los habitantes de la entidad estatal o municipal contratante, que impliquen la asunción de obligaciones cuyo pago total o parcial se estipule realizar en el transcurso de varios ejercicios fiscales posteriores a aquél en que se haya causado el objeto del contrato, en vista de las implicaciones que la adopción de tales compromisos puede implicar para la vida económica y social de la Nación.*

*Precisado así el significado que ha de atribuirse a la noción de contratos de interés público nacional, contenida en los artículos 150 y 187, numeral 9, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, es menester examinar de seguida (sic) cuáles son las operaciones de crédito público que puede celebrar la República, en vista de su capacidad para endeudarse, a tenor de lo previsto en el artículo 77 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, a los efectos de establecer si dentro de tales operaciones pueden celebrarse contratos de interés público nacional:*

**'Artículo 77. Son operaciones de crédito público:**

- 1. La emisión y colocación de títulos, incluidas las letras del tesoro, constitutivos de empréstitos o de operaciones de tesorería.*
- 2. La apertura de créditos de cualquier naturaleza.*
- 3. La contratación de obras, servicios o adquisiciones cuyo pago total o parcial se estipule realizara en el transcurso de uno o más ejercicios posteriores a aquél en que se haya causado el objeto del contrato, siempre que la operación comporte un financiamiento.*

4. El otorgamiento de garantías.

5. La consolidación, conversión, unificación o cualquier forma de refinanciamiento o reestructuración de deuda pública existente'.

De acuerdo con el contenido de la disposición transcrita, es claro que tales operaciones de crédito público pueden consistir en la celebración de contratos de financiamiento de determinadas obras, reformas, prestación de servicios, etc. o de empréstitos -entendidos como operación mediante la cual el Estado recurre al mercado interno o externo en demanda de fondos, con la promesa de reembolsar el capital en diferentes formas y términos, y de pagar determinado interés (Héctor B. Villegas, 'Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario', Buenos Aires, Depalma, 1999, p. 768)-, susceptibles de ser calificados como contratos de interés público nacional, por parte de la República con Estados, entidades oficiales extranjeras o sociedades mercantiles no domiciliadas en Venezuela, siendo precisamente esta situación, la que da lugar a la demanda de inconstitucionalidad del último aparte del artículo 80 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, en la medida que ésta faculta al Ejecutivo Nacional a realizar, sin necesidad de autorización previa por parte de la Asamblea Nacional, operaciones de crédito público en las mejores condiciones financieras que puedan obtenerse, una vez sancionada la ley de endeudamiento anual...'. (Subrayado de esta Sala)

De acuerdo a las consideraciones expuestas, se concluye que las notas promisorias son operaciones de crédito público, requiriéndose constitucionalmente la consulta a la Procuraduría General de la República "para la correspondiente emisión del acto administrativo, como apoyo a la formación de la voluntad del órgano de la administración activa"; y así se declara.

2. No está contemplado en la normativa constitucional interpretada ninguna otra situación vinculada a los contratos de interés nacional, distinta a su suscripción (como controversias en su ejecución o reclamaciones), cuya resolución requiera obligatoriamente la consulta a la Procuraduría.

En todo caso, la Sala reitera que aun cuando un texto legal -lo cual no es usual- determine en un caso específico el carácter "vinculante" del dictamen de un órgano consultivo, la opinión contenida en el mismo no reviste el carácter de un acto administrativo con capacidad para crear derechos en favor de particulares, pues dicha opinión se produce en el marco de una relación interorgánica y solo está dirigida a coadyuvar en la formación de la voluntad del órgano decisor y no a suplirla. Así se decide.

b. *Consulta en los Procedimientos Administrativos previos a las acciones contra la República*

**TSJ-SC (1460)**

**12-7-2007**

Magistrado Ponente: Arcadio Delgado Rosales

Caso: Recurso de interpretación del artículo 247 de la Constitución y de los artículos 56 y 57 del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría de la General de la República.

**En los Procedimientos Administrativos previos a las acciones contra la República, el pronunciamiento interno de la Procuraduría General de la República solo tendría carácter "vinculante", si dicho dictamen se inserta dentro de un procedimiento administrativo especial regulado en el Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.**

Precisado lo relativo a la interpretación del primer aparte del artículo 247 del Texto Fundamental, debe señalar esta Sala con respecto al contenido de las normas previstas en los artículos 56 y 57 del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, que las mismas se circunscriben a una hipótesis distinta a la norma constitucional anteriormente interpretada, habida cuenta que la primera versa sobre la actuación de la Procuraduría General de la República en el marco de la celebración de los “*contratos de interés público nacional*” y, en la segunda, su actuación se desarrolla en el contexto del “*Procedimiento Administrativo previo a las acciones contra la República*”.

Cabe señalar que en este segundo supuesto, y en total conformidad con lo expuesto *supra*, el pronunciamiento interno de la Procuraduría General de la República solo tendría carácter “*vinculante*”, si dicho dictamen se inserta dentro de un procedimiento administrativo especial regulado en el aludido Decreto Ley.

Precisado lo relativo a la interpretación del primer aparte del artículo 247 del Texto Fundamental, debe señalar esta Sala con respecto al contenido de las normas previstas en los artículos 56 y 57 del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, que las mismas se circunscriben a una hipótesis distinta a la norma constitucional anteriormente interpretada, habida cuenta que la primera versa sobre la actuación de la Procuraduría General de la República en el marco de la celebración de los “*contratos de interés público nacional*” y, en la segunda, su actuación se desarrolla en el contexto del “*Procedimiento Administrativo previo a las acciones contra la República*”. Cabe señalar que en este segundo supuesto, y en total conformidad con lo expuesto *supra*, el pronunciamiento interno de la Procuraduría General de la República solo tendría carácter “*vinculante*”, si dicho dictamen se inserta dentro de un procedimiento administrativo especial regulado en el aludido Decreto Ley.

Dicho procedimiento comienza con la manifestación del interesado, expresando su interés en el cobro de una determinada cantidad de dinero ante el órgano que presuntamente ha incurrido en la falta de pago. Este órgano, dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la consignación del escrito por parte del interesado, debe formar el expediente relativo al asunto, incluyendo los instrumentos relativos a la obligación, tales como: la fecha en que se causó, la certificación de la deuda, el acta de conciliación suscrita con el solicitante, la opinión jurídica respecto de la procedencia o no de la pretensión, además de otros documentos que se consideren indispensables.

Una vez concluida la sustanciación, al día hábil siguiente, dicho expediente debe ser remitido a la Procuraduría General República para que ésta, en un plazo no mayor de treinta (30) días hábiles, formule y remita su opinión jurídica respecto de la reclamación. Recibida la opinión de la Procuraduría, el órgano respectivo deberá notificar al interesado su decisión dentro de cinco (5) días hábiles. Finalmente, el interesado cuenta con diez (10) días hábiles siguientes a su notificación para informar al órgano administrativo si acoge o no la decisión que le fuere notificada; caso contrario, quedará facultado para acudir a la vía judicial.

En este sentido, la Sala estima que los artículos 56 y 57 del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República deben ser interpretados sistemáticamente, dentro del marco de las disposiciones referidas al procedimiento previo a las acciones contra la República (Título IV, Capítulo I de la Ley), evidenciándose claramente del expediente contentivo de la presente acción de interpretación, que en el caso conexo con la misma, el dictamen es una consulta aislada desconectada de un procedimiento administrativo. Por otra parte, la opinión contenida en el mismo no reviste el carácter de un acto administrativo con capacidad para crear derechos en favor de particulares, pues dicha opinión se produce en el marco de una relación interorgánica -como un eventual acto preparatorio de un

acto complejo- el cual solo está dirigido a coadyuvar jurídicamente en la formación de la voluntad del órgano decisor y no a suplirla, razón por la cual sería solo el acto emitido por la Administración activa, el cual pondera intereses de diversa naturaleza para la definitiva decisión, el que podría o no crear derechos a favor de los administrados, pudiendo asimismo ser impugnado en sede administrativa o jurisdiccional de ser el caso, por los sujetos que resulten afectados por el mismo.

En efecto, ese carácter aislado y meramente **consultivo** (no constitutivo) e **incapaz de crear derechos subjetivos en cabeza de los particulares, queda evidenciado por el hecho cierto de que, como ocurrió en el caso concreto, tanto la Consultoría Jurídica del Ministerio de Finanzas como la Procuraduría General de la República, luego de recabar nuevos elementos probatorios -surgidos en el marco de esa relación interórganica-procedieron a emitir sendas opiniones que dejaron sin efecto sus respectivos dictámenes previos. Esta posibilidad jurídica resulta coherente y cónsona, si se observa que, tal como se ha venido explicando, no se está en presencia de un procedimiento capaz de crear derechos subjetivos, sino de una auténtica tarea de consultoría interna que, al enriquecerse con nuevos elementos probatorios, puede orientarse en otro sentido.**

En ese mismo orden, cabe destacar que dada la naturaleza jurídica antes descrita, la revocatoria de esa clase de dictámenes de la Administración (basada en nuevos elementos) en nada atenta contra la garantía contenida en el artículo 11 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. De lo expuesto, concluye la Sala que la aludida prescindencia total y absoluta del procedimiento administrativo antes descrito, previo a la emanación del dictamen, trae como consecuencia la imposibilidad de que el mismo produzca los efectos contemplados en el artículo 56 de la Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República; y así se decide.

Por último, esta Sala aprecia que la norma del artículo 57 del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, sólo tiene un carácter instrumental, el cual se limita a la notificación que deberá realizar el órgano de la Administración activa -al interesado en su decisión- dentro de un lapso de cinco (5) días hábiles siguientes, contados a partir de la recepción de la opinión que emita este órgano consultivo; por lo cual la clara redacción de la disposición normativa no requiere su interpretación por parte de esta Sala; y así se declara.

### 3. *El Poder Judicial: Sistema de Justicia: Órganos de Policía*

Véase página 209 de esta *Revista*

**TSJ-SC (1744)**

**9-8-2007**

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero

Caso: Impugnación del Código de Policía del Estado Lara, publicado en la *Gaceta Oficial del Estado Lara Extraordinario* N° 106 del 30 de abril de 1976.

**El sistema de justicia sin órganos de policía estaría incompleto. Negar a los cuerpos policiales el poder para efectuar detenciones, por ejemplo, cuando en sus tareas diarias observan cómo algunas personas infringen la ley (aprehensiones en flagrancia), o cuando se esfuerzan en llevar a cabo la investigación criminalística en el proceso penal (práctica de detenciones preventivas ordenadas por el Juez), implicaría vaciar de contenido su misión, en franco perjuicio para la colectividad.**

**IV. EL ORDENAMIENTO ECONÓMICO DEL ESTADO**

1. *Régimen Cambiario, Monetario y el Crédito. Regulación del crédito: Tarjetas de crédito*

**TSJ-SC (1419)****10-7-2007**

Magistrado Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero

Caso: Asociación Civil Alianza Nacional de Usuarios y Consumidores (ANAUCO) vs. Asociación Bancaria de Venezuela, el Consejo Bancario Nacional, la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras y el Banco Central de Venezuela.

**La Sala Constitucional analiza el sistema crediticio representado por las Tarjetas de Crédito.**

El mundo actual está signado por la expedición por parte de la Banca de tarjetas de crédito, que permiten a sus tenedores legítimos pagar sus consumos en diversos comercios afiliados al sistema, con sólo presentar la tarjeta, de la cual toma cuenta el comerciante mediante una serie de mecanismos preestablecidos. En realidad, se trata de pagos contra el crédito limitado que tiene el tarjetahabiente en un instituto de crédito, emisor de tarjetas; instituto que es quien cancela al comerciante lo que le adeuda el tarjetahabiente.

Posteriormente, el emisor de la tarjeta, conforme al contrato que tenga con el tarjetahabiente, le cobra el monto del crédito abierto y concretamente utilizado, lo cual se hace al final de períodos acordados contractualmente, dentro de los cuales el emisor de la tarjeta suma lo que el tarjetahabiente “consumió”, determina el monto y procede a exigir su pago del tarjetahabiente, quien puede pagar de inmediato, bien la deuda total o pagarla mediante pagos parciales, dentro de términos preestablecidas en los contratos entre las partes, generando intereses la suma adeudada (no cancelada a tiempo) por el deudor. Desde un ángulo estrictamente mercantil, puede afirmarse que se está ante contratos entre particulares, donde impera la autonomía de la voluntad y donde es la ley de las partes la que manda.

Pero desde otro ángulo, la Sala observa que se está ante un sistema crediticio masivo, que es utilizable por diversas clases sociales, a quienes en la práctica se los obliga a ser usuarios de al menos una tarjeta, ya que la Sala –por tratarse de hechos notorios- conoce que en la mayoría de los hoteles no se acepta el inicio del contrato hotelero sino se garantiza el pago con una tarjeta de crédito; y así mismo, agencias que arriendan vehículos exigen al momento de suscribir el contrato de arrendamiento, que el arrendatario –como garantía- presente su tarjeta de crédito, a la cual se le cargaran los cánones y los gastos. Esto sin contar que los comercios que están afiliados a la red de tarjetas de crédito, asumen esa forma de pago. Además, es un requisito en la actualidad el poseer una tarjeta de crédito o débito de alguna institución financiera, para la obtención de los dólares de la Comisión de Administración de Divisas (CADIVI), (véase, entre otras Providencia N° 081 del 12 de febrero de 2007, emanada de dicha Comisión, mediante la cual se establecen los requisitos, controles y trámite para la adquisición de divisas destinadas al pago de consumos en el exterior.

Esta utilización masiva de las tarjetas, promocionadas publicitariamente, y coercitivamente impulsada en algunos casos, hacen que la tomen mayoritariamente los miembros de las clases sociales media y alta, quienes no sólo se ven compelidos al consumo, sino que pueden hacer nula o disminuir su capacidad de ahorro.

Esta situación -a juicio de la Sala- da al uso de las tarjetas un contenido social, que merece la atención del Estado, máxime cuando el Estado es social de derecho y de justicia (artículo 2 constitucional), y los consumidores de las tarjetas pertenecen a clases sociales, cuyos miembros, al pertenecer a esos sectores sociales, también requieren protección en su calidad de vida.

Además, que es evidente el carácter lucrativo que para las entidades bancarias y financieras tienen las operaciones con tarjetas de crédito, por lo que siendo un derecho constitucional el "...dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social..." (artículo 112 constitucional), corresponde al Estado mediante los organismos de control y vigilancia del sector financiero (Superintendencias de Bancos y otras Instituciones Financieras y Banco Central de Venezuela) regular de inmediato lo relativo a las tarjetas de crédito, mientras la Asamblea Nacional no dicte una Ley especial al respecto, y así se decide.

Estas regulaciones específicas, tomando en cuenta la situación del deudor y la pretensión de los accionantes, deben versar sobre el sistema de intereses que deban pagar los tarjetahabientes al emisor así como las condiciones de los contratos de emisión de tarjeta, en cuanto a las cláusulas que perjudiquen a los tarjetahabientes ante cargos indebidos o falsificación de las mismas, así como a una regulación de la propaganda sobre ellas y de cualquier mecanismo psicológico que cause adicción o compulsión para su uso, ya que con ello se preserva la calidad de vida de los usuarios, se impiden prácticas usurarias y abusos de derecho.

Resuelto lo anterior, la Sala apunta que la acción por intereses difusos incoada, no fue interpuesta contra ningún Banco o institución financiera en particular, sino contra órganos del Estado que regulan al sector financiero, y contra la Asociación Bancaria de Venezuela, con el fin que protejan a los tarjetahabientes, y las entidades bancarias que han participado en este juicio lo han hecho como terceros coadyuvantes de la parte demandada. Por lo tanto, la Sala no juzga en esta sentencia a ningún banco o ente financiero en particular, sino que analiza las prestaciones que debe el Estado, mediante los órganos competentes, para proteger la calidad de vida, y así se declara. Estas prestaciones -según la parte actora- dimanar de los artículos 2, 113, 114, 117, 257 y 299 constitucionales, que rezan:

*"Artículo 2: Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político".*

*"Artículo 113. No se permitirán monopolios. Se declaran contrarios a los principios fundamentales de esta Constitución cualesquier acto, actividad, conducta o acuerdo de los y las particulares que tengan por objeto el establecimiento de un monopolio o que conduzcan, por sus efectos reales e independientemente de la voluntad de aquellos o aquellas, a su existencia, cualquiera que fuere la forma que adoptare en la realidad. También es contrario a dichos principios el abuso de la posición de dominio que un o una particular, un conjunto de ellos o de ellas, o una empresa o conjunto de empresas, adquiera o haya adquirido en un determinado mercado de bienes o de servicios, con independencia de la causa determinante de tal posición de dominio, así como cuando se trate de una demanda concentrada. En todos los casos antes indicados, el Estado adoptará las medidas que fueren necesarias para evitar los efectos nocivos y restrictivos del monopolio, del abuso de la posición de dominio y de las demandas concentradas, teniendo como finalidad la protección del público consumidor, de los productores y productoras y el aseguramiento de condiciones efectivas de competencia en la economía.*



*Cuando se trate de explotación de recursos naturales propiedad de la Nación o de la prestación de servicios de naturaleza pública con exclusividad o sin ella, el Estado podrá otorgar concesiones por tiempo determinado, asegurando siempre la existencia de contraprestaciones o contrapartidas adecuadas al interés público”.*

*“Artículo 114. El ilícito económico, la especulación, el acaparamiento, la usura, la cartelización y otros delitos conexos, serán penados severamente de acuerdo con la ley”.*

*“Artículo 117. Todas las personas tendrán derecho a disponer de bienes y servicios de calidad, así como a una información adecuada y no engañosa sobre el contenido y características de los productos y servicios que consumen, a la libertad de elección y a un trato equitativo y digno. La ley establecerá los mecanismos necesarios para garantizar esos derechos, las normas de control de calidad y cantidad de bienes y servicios, los procedimientos de defensa del público consumidor, el resarcimiento de los daños ocasionados y las sanciones correspondientes por la violación de estos derechos!”.*

*“Artículo 257. El proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia. Las leyes procesales establecerán la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites y adoptarán un procedimiento breve, oral y público. No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales”.*

*“Artículo 299. El régimen socioeconómico de la República Bolivariana de Venezuela se fundamenta en los principios de justicia social, democracia, eficiencia, libre competencia, protección del ambiente, productividad y solidaridad, a los fines de asegurar el desarrollo humano integral y una existencia digna y provechosa para la colectividad. El Estado conjuntamente con la iniciativa privada promoverá el desarrollo armónico de la economía nacional con el fin de generar fuentes de trabajo, alto valor agregado nacional, elevar el nivel de vida de la población y fortalecer la soberanía económica del país, garantizando la seguridad jurídica, solidez, dinamismo, sustentabilidad, permanencia y equidad del crecimiento de la economía, para lograr una justa distribución de la riqueza mediante una planificación estratégica democrática participativa y de consulta abierta”.*

Esta Sala observa que la parte actora pretende una protección a la **calidad de vida** de los usuarios de tarjetas de crédito en Venezuela, y respecto a ella, esta Sala ha sostenido en sentencia del 30 de junio de 2000, recaída en el caso DILIA PARRA GUILLÉN, que la misma *“...es el producto de la satisfacción progresiva y concreta de los derechos y garantías constitucionales que protegen a la sociedad como ente colectivo, como cuerpo que trata de convivir en paz y armonía, sin estar sometida a manipulaciones o acciones que generen violencia o malestar colectivo, por lo que ella, en sentido estricto, no es el producto de derechos individuales como los contenidos puntualmente en el Capítulo de los Derechos Humanos, sino del desenvolvimiento de disposiciones constitucionales referidas a la sociedad en general, como lo son –sólo a título enunciativo- los artículos 83 y 84 que garantizan el derecho a la salud; el 89, que garantiza el trabajo como hecho social; los derechos culturales y educativos contenidos en los artículos 99, 101, 102, 108, 111, 112 y 113 de la Carta Fundamental; los derechos ambientales (artículos 127 y 128 eiusdem); la protección del consumidor y el usuario (artículos 112 y 114), el derecho a la información adecuada y no engañosa (artículo 117) y, los derechos políticos, en general”.*

Teniendo ello en cuenta, la Sala apunta respecto al tema que da origen a esta acción de protección, que una tarjeta de crédito se conceptúa materialmente en un objeto de plástico con una banda magnética, a veces un microchip, y un número en relieve que sirve para hacer compras y pagarlas en fechas posteriores. Por su capacidad de realizar pagos se les llama también dinero plástico.

Para la obtención de las tarjetas de crédito se hace necesario llenar la solicitud, y se debe anexar a la misma, una serie de recaudos que cada entidad bancaria establece, como copia de la cédula de identidad, constancia de trabajo y sueldo, referencia personal, balance personal,

entre otras, (estos hechos quedaron probados con los formularios de solicitud que cursan a los folios 21, 25 y vto. del 28 de la pieza N° 1 del presente expediente), aun cuando existen casos en que las mismas son emitidas por la entidad bancaria, sin que se haya formulado previamente su solicitud por parte del usuario.

En cuanto al contenido de los contratos de las tarjetas de créditos, específicamente, al alegato referido por la parte actora sobre el desconocimiento de las cláusulas que contienen los mismos, la Sala observa que entre las pruebas promovidas por la parte actora se encuentran formularios de solicitud de tarjetas de créditos de tres entidades bancarias distintas, los cuales no fueron impugnados, por lo que se da por cierto su contenido, y se asume que este tipo de contrato ha sido utilizado en el sistema bancario, al menos por algunos de los bancos que lo componen, de allí que resulte relevante transcribir de sus textos, lo siguiente:

**- Formulario 1** (cursa al folio 21 de la pieza N° 1):

*“[...]El tarjetahabiente declara conocer y aceptar las Cláusulas del Contrato de Tarjetas de Crédito del Banco ...(omissis)..., protocolizado ante la Oficina Subalterna ...(omissis)..., o la oferta pública que la sustituya vigente para esta fecha, autoriza al Banco ...(omissis)... para verificar la información contenida en la presente solicitud y en los recaudos anexos a ésta, y a suministrar su información personal, así como la derivada del uso de su Tarjeta de Crédito, a terceros contratados por dicho instituto bancario para efectuar servicios de almacenamiento, procesamiento y administración de datos e información relativos a la actividad crediticia, a la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras ubicados tanto en Venezuela como en el exterior, mediante cualquier medio de información impreso o electrónico, nacional e internacional”.*

**- Formulario 2** (que cursa al folio 23 de la pieza N° 1).

*“Declaro que si resultare aprobada esta solicitud de tarjeta de crédito visa/mastercard, del Banco ...(omissis)..., la expedición, aceptación y utilización de cualquiera de las mencionadas tarjetas, emitidas por causa de esta solicitud, se regirán por las normas contenidas en las cláusulas contractuales de la oferta pública de servicios de tarjeta de crédito visa/mastercard del banco ...(omissis)..., que declaro conocer y aceptar, así como también que son verídicos todos cuantos datos he suministrado en esta solicitud y autorizo de manera expresa al banco ...(omissis)..., para que los verifique, sin que ello implique obligación contractual alguna o aprobación de esta solicitud. El texto de dicho contrato de adhesión está a disposición del tarjetahabiente, en caracteres legibles en las oficinas del Banco”.*

**- Formulario 3** (que cursa al folio 25 de la pieza N° 1).

*“Quien suscribe, suficientemente identificado en la presente solicitud de crédito declaro: La expedición y utilización de cualquiera de las tarjetas de crédito emitidas por [...], se regirá por las condiciones Generales de servicio de tarjeta de crédito establecidas por la citada Institución Bancaria. Por lo expuesto, declaro aceptar u adherirme a las condiciones generales vigentes a la presente fecha, así como aquellas que en el futuro las modifiquen total o parcialmente. Declaro igualmente haber recibido un ejemplar de las condiciones generales vigentes cuyo contenido declaro comprender y aceptar en su totalidad. Finalmente doy fe que los datos aquí suministrados son ciertos y autorizo a [...] para comprobar los mismos”.*

Ciertamente, estos contratos se rigen por unas cláusulas preestablecidas por el ente bancario emisor; sin embargo, ese hecho no puede servir para que sobre estos contratos no haya un control de los entes del Estado que tienen esa competencia legalmente atribuida, toda vez que como entidades financieras están regidas por las disposiciones contenidas en la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras (artículos 42 y 212) y en la Ley del Banco Central de Venezuela (artículos 121 y siguientes), y la materia –como ya se anotó– es de interés social, lo que amerita la tuición del Estado dentro de un estado social.

Es importante aquí destacar que la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, regula en su Título III “De la Protección Contractual”, Capítulo I “Del Contrato de Adhesión”, lo concerniente a este tipo de contratos en protección justamente del consumidor suscriptor de los mismos. Considera la Sala que aunque estas normas de contratos de adhesión, no están centradas en las relaciones financieras, no por ello pueden ser ignoradas por esta Sala, ya que se trata de normas para proteger a consumidores, como lo son también los tarjetahabientes. Dichas normas prevén expresamente lo siguiente:

**“...Concepto de Contrato de Adhesión**

**Artículo 81.** *Se entenderá como contrato de adhesión, a los efectos de esta Ley, aquel cuyas cláusulas han sido aprobadas por la autoridad competente o establecidas unilateralmente por el proveedor de bienes o servicios, sin que el consumidor pueda discutir o modificar substancialmente su contenido al momento de contratar.*

*La inserción de otras cláusulas en el contrato no altera la naturaleza descrita de contrato de adhesión.*

**Claridad de los contratos**

**Artículo 82.** *Todo contrato de adhesión deberá encontrarse a la disponibilidad del público, bien de manera impresa o a través de la utilización de medios electrónicos, con caracteres legibles a simple vista y en idioma castellano.*

*Deberá estar redactado en términos claros y comprensibles para el consumidor y no podrá contener remisiones a textos o documentos que, no siendo de conocimiento público, no se faciliten al consumidor previa o simultáneamente a la celebración del contrato de adhesión.*

*De todo contrato celebrado entre proveedores y consumidores deberá darse copia impresa o electrónica a las partes para su lectura o información con anticipación a la fecha prevista para su otorgamiento.*

*Las cláusulas que en los contratos de adhesión implicaren limitaciones a derechos patrimoniales del consumidor y/o usuario, deberán estar impresas en caracteres destacados, que faciliten su lectura y fácil comprensión.*

**Prohibición de modificación en las condiciones**

**Artículo 83.** *Queda prohibida la modificación unilateral de las condiciones de precio, calidad o suministro de un bien o servicio tipificadas en un contrato de adhesión celebrado entre las partes.*

*En el caso de contratos de adhesión con vigencia temporal de mediano o largo plazo, que justificare, desde el punto de vista económico, cambios en la facturación, en las condiciones de suministro o en la relación precio/calidad de los servicios ofrecidos, el proveedor deberá informar al consumidor o usuario, con una antelación mínima de un mes, las modificaciones en las condiciones y términos de suministro del servicio. El consumidor o usuario tomará la decisión de continuar con el mismo proveedor o rescindir el contrato. De no aceptarse las nuevas condiciones y términos por parte del consumidor o usuario, se entenderá que el contrato queda rescindido. En este caso, el retiro de las instalaciones o equipos se hará de acuerdo con lo convenido en el contrato de adhesión, en forma tal de no perjudicar al consumidor o usuario, y se hará a expensas del proveedor.*

*En todo cambio de las condiciones de un contrato de adhesión por las razones mencionadas en el párrafo anterior, el proveedor debe suministrarle al consumidor o usuario información perfectamente verificable sobre las condiciones que, para un servicio de similares características, ofrezcan por lo menos tres competidores existentes en el mercado. De ejercer el proveedor una posición monopólica en el suministro del bien o servicio en cuestión, las modificaciones en los contratos de adhesión tendrán que ser autorizadas, previa justificación documentada, por la autoridad competente.*

*En los casos en que el consumidor o usuario esté condicionado por sus condiciones de empleo a usar un proveedor particular de un servicio, como es el caso de las cuentas de nómina de empresa que manejan con carácter de exclusividad los bancos, todo cambio en las condiciones de los contratos de adhesión, deberán ser negociadas con el colectivo afectado.*

#### **Derecho de retractarse**

**Artículo 84.** *El consumidor o usuario tendrá derecho a retractarse siempre, dentro de un plazo de siete días contados desde la firma del contrato o desde la recepción del producto o servicio, por justa causa y si no hubiere hecho uso del bien o servicio, especialmente cuando el contrato se hubiere celebrado fuera del establecimiento comercial, especialmente si ha sido celebrado por teléfono o cualquier otro medio electrónico, o en el domicilio del consumidor. En el caso que ejercite oportunamente este derecho, le será restituido el precio cancelado previa deducción de los gastos en que haya incurrido el proveedor en su entrega, siempre y cuando el bien entregado tenga características idénticas a las que fueron pautadas en el contrato de adhesión.*

#### **Opciones del consumidor**

**Artículo 85.** *El consumidor o usuario podrá optar por pedir la rescisión del contrato de adhesión o la reducción del precio, sin perjuicio de exigir la indemnización por daños y perjuicios, cuando el bien o servicio, objeto del contrato, tenga defectos o vicios ocultos que le hagan inservible o que disminuyan de tal modo su calidad, que el consumidor o usuario no la habría adquirido o hubiera dado un menor precio por ella.*

#### **Interpretación de la ley**

**Artículo 86.** *Las cláusulas de los contratos de adhesión serán interpretadas y apegadas a la legalidad y la justicia del modo más favorable al consumidor y usuario.*

#### **Nulidad de las cláusulas en los contratos de adhesión**

**Artículo 87.** *Se considerarán nulas de pleno derecho las cláusulas o estipulaciones establecidas en el contrato de adhesión que:*

- 1. Exoneren, atenúen o limiten la responsabilidad de los proveedores por vicios de cualquier naturaleza de los bienes o servicios prestados.*
- 2. Impliquen la renuncia a los derechos que esta Ley reconoce a los consumidores o usuarios, o de alguna manera limite su ejercicio.*
- 3. Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor o usuario.*
- 4. Impongan la utilización obligatoria del arbitraje.*
- 5. Permitan al proveedor la variación unilateral del precio o de otras condiciones del contrato.*
- 6. Autoricen al proveedor a rescindir unilateralmente el contrato, salvo cuando se conceda esta facultad al consumidor para el caso de ventas por correo a domicilio o por muestrario.*
- 7. Fijen el dólar de los Estados Unidos de América o cualquier otra moneda extranjera como medio de pago de obligaciones en el país, como mecanismo para eludir, burlar o menoscabar la aplicación de las leyes reguladoras del arrendamiento de inmuebles y demás leyes dictadas en resguardo del bien público o del interés social. En estos casos se efectuará la conversión de la moneda extranjera al valor en bolívares de conformidad con el valor de cambio vigente para la fecha de la suscripción del contrato.*
- 8. Cualquiera otra cláusula o estipulación que imponga condiciones injustas de contratación o exageradamente gravosas para el consumidor, le causen indefensión o sean contrarias al orden público y la buena fe.*

9. Establezcan como domicilio especial para la resolución de controversias y reclamaciones por vía administrativa o judicial un domicilio distinto a la localidad donde se celebró el contrato, o el consumidor o usuario tenga establecida su residencia.

**Legislación aplicable**

**Artículo 88.** Formarán parte del contrato de adhesión, en lo que a las cláusulas nulas se refiere, las disposiciones generales de la presente Ley y en forma supletoria las disposiciones de los Códigos Civil y de Comercio, según le sean aplicables”.

Atendiendo a la normativa antes transcrita, y teniendo en cuenta que la misma tiene por norte el que se apliquen las reglas más favorables al usuario y consumidor, la Sala constata que de autos ha quedado evidenciado que quien suscribe la solicitud de tarjeta de crédito no tiene a su vista el contrato que rige a la misma, por lo que no es informado en forma directa, veraz y oportuna, sobre el contenido de las cláusulas que rigen dicho contrato, violándose así el derecho constitucionalmente consagrado en el artículo 117 del Texto Fundamental, así como lo establecido en los artículos 6.3, 8 y 40 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, razón por la cual se ordena a la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras a dictar la normativa correspondiente a la materia de contratos de tarjetas de créditos y a dicha obligación por parte de las entidades bancarias, pues el hecho de que los referidos contratos se encuentre debidamente registrados ante una Oficina de Registro, no significa que exista una información directa acerca del contenido de los mismos, para esta labor puede solicitar la colaboración de la Asociación Bancaria de Venezuela, la cual según el literal m) del artículo 2 de sus Estatutos tiene entre sus objetivos, el de cooperar “...con el Consejo Bancario Nacional y con los Poderes Públicos en la adopción de las medidas que tiendan al mejoramiento de la actividad bancaria, sugiriendo las reformas legales y de cualquier índole que propenda a esa finalidad”. Así se decide.

Las oficinas de Registro Público otorgan publicidad registral a los actos que según la ley deben ser registrados, mas no a cualquier acto cuya finalidad no sea la oposición del negocio a terceros, no teniendo tal carácter de publicidad registral, la suscripción unilateral de unas cláusulas que hace una persona y las registra.

Para la Sala, tomando en cuenta los formularios analizados en esta letra **-C-**, el contrato que ofrecen los emisores de tarjetas de crédito a los usuarios del sistema, o tarjetahabientes, es un contrato cuyas cláusulas son establecidas unilateralmente por el emisor de las tarjetas, lo que es una característica de los contratos de adhesión (conforme al artículo 81 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario).

Tratándose de un contrato de adhesión, la Ley citada evita la reticencia del contratante (institución financiera); y el contrato debe reunir las condiciones del artículo 82 *eiusdem*, por lo que el texto a suscribirse debe bastarse a si mismo, sin remisión a documentos registrados; texto que deberá constar en forma impresa o electrónica, y así se declara.

La SUPERINTENDENCIA DE BANCOS Y OTRAS INSTITUCIONES FINANCIERAS deberá hacer cumplir tal obligación y así se decide.

**-D-**

**FORMA PARA CALCULAR LOS INTERESES**

Toca a la Sala, estudiar lo relativo a los intereses cobrados por el uso de las tarjetas de crédito y el alegado anatocismo por la parte actora y supuestamente aplicado por las entidades bancarias. Para ello, se observa lo siguiente:

Afirmó la representación del Banco Mercantil que “...las fórmulas de cálculo de intereses aplicadas actualmente por el Banco Mercantil, no se hacen sobre intereses generados en facturaciones anteriores. Básicamente, porque el proceso mantiene separados el componente de capital y el de interés del saldo deudor. Sólo se utiliza el componente de capital como base para el cálculo de intereses”.

La ASOCIACIÓN BANCARIA DE VENEZUELA y el CONSEJO BANCARIO NACIONAL no han contradicho el hecho de que las fórmulas sean distintas, y ello se desprende de lo señalado en su contestación, no obstante, expresan que en las mismas se aplica un interés simple.

En los estados de cuenta promovidos por los coadyuvantes de la actora y que ésta promovió con base en la comunidad de la prueba, los cuales no fueron desconocidos ni impugnados en este juicio, por lo que su contenido se tiene como ciertos, aparecen detallados tres tipos de intereses, a saber: moratorios, bonificables y financieros preferencial (ver, folios 182 al 230, y 238 a 244 de la pieza N° 1), observándose que los moratorios varían del 3% al 7,08% y los bonificables y financieros oscilan con una tasa que varía del 32% y llegan hasta un 68%.

A los folios 142 al 147 de la pieza 2 cursan las Normas para el Cálculo de los Intereses que podrán cobrar las Empresas emisoras de tarjetas de crédito o los bancos o instituciones financieras que financien operaciones derivadas de tarjetas de crédito, dictadas por el Consejo Bancario Nacional el 29 de octubre de 1999, en atención a la competencia establecida en el artículo 140.5 de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras, prueba que promovida en autos y admitida por esta Sala, en cuyo texto se lee lo siguiente:

**Primero.-** Todas las empresas que se dediquen a la emisión de Tarjetas de Crédito, los Bancos y las demás Instituciones Financieras que financien las operaciones derivadas de Tarjetas de Crédito, deberán indicar en los correspondientes Estados de Cuenta, el método de cálculo de intereses, retributivos y de mora, aplicado al financiamiento de estas operaciones. Cada Empresa emisora de Tarjetas de Crédito, cada Banco y cada Institución Financiera podrán utilizar formas de cálculo de intereses distintas a los de sus competidoras, lo cual garantiza la competitividad en el mercado financiero nacional. En todo caso, las Empresas, los Bancos y las demás Instituciones Financieras que se dediquen a la emisión de Tarjetas de Crédito se abstendrán de aplicar simultánea o alternativamente diferentes métodos de cálculo de intereses en un mismo período mensual reflejado en un Estado de Cuenta, a menos que se trate de transacciones de distinta naturaleza, lo cual deberá ser informado a los clientes anticipadamente. Los Estados de Cuenta deberán emitirse mensualmente, conforme al marco legal vigente.

**Segundo.-** Los intereses, retributivos y los de mora, se calcularán sobre la base de un calendario de 360 días. Dicho cálculo deberá, obligatoriamente, considerar las amortizaciones de capital realizadas por los clientes y, en consecuencia, los intereses solo podrán ser calculados sobre los saldos deudores.

**Tercero.-** Los intereses podrán ser calculados por la empresa emisora o por quien financie las operaciones derivadas del uso de las Tarjetas de Crédito, desde la fecha de cada consumo o desde cualquier otra fecha posterior a esta, de acuerdo con los términos establecidos en el contrato celebrado al efecto. Los intereses de mora se devengan desde el momento en que, conforme a los términos y condiciones de cada contrato, el cliente no cancele total o parcialmente su obligación en las condiciones y en el plazo acordado al efecto.

**Cuarto.-** Las tasas de interés, retributivos y de mora, aplicables a los financiamientos, serán fijadas por las Empresas, los Bancos y las demás Instituciones Financieras que se dediquen a la emisión y al financiamiento de Tarjetas de Crédito, conforme a las variaciones del

mercado financiero y a lo convenido con sus clientes en los contratos celebrados al efecto, para lo cual se dará cumplimiento a todas las disposiciones legales y demás normas bancarias aplicables, en especial, las resoluciones emanadas del Banco Central de Venezuela y del Consejo Bancario Nacional. Dichas tasas deberán ser informadas a los clientes en los Estados de Cuenta mensuales.

**Quinto.-** La cantidad o cuota mínima a cobrar para la fecha de vencimiento establecida para cada plazo de pago, señalada en el Estado de Cuenta por la Empresa emisora o el Banco o Institución Financiera que financie operaciones derivadas de Tarjetas de Crédito, deberá incluir obligatoriamente, el monto total de los intereses retributivos y los de mora, siempre y cuando éstos últimos, fueran procedentes.

**Sexto.-** No podrán cobrarse intereses sobre intereses. Mediante convenios o cláusulas especiales, el deudor y la Empresa emisora de la Tarjeta de Crédito o el Banco o Instituto Financiero que financie operaciones derivadas de Tarjetas de Crédito, podrán establecer formas para refinanciar deudas atrasadas, en cuyo caso las partes podrán acordar capitalizar hasta la totalidad de los intereses devengados y no pagados.

En este supuesto, la totalidad de lo debido, convertido por el acuerdo de las partes en deuda de capital, podrá devengar intereses a favor del acreedor, conforme a las normas de financiamiento establecidas para operaciones originarias de crédito en el sistema financiero venezolano.

**Séptimo.-** Estas normas no son aplicables a otras operaciones de financiamiento otorgadas a titulares de las Tarjetas de Crédito, por las Empresas emisoras de Tarjetas de Crédito o los Bancos y otras Instituciones Financieras, que no afectan los límites de crédito fijados a cada tarjetahabiente para el uso de la Tarjeta de Crédito, pues tales operaciones se rigen por la normativa aplicable a otras operaciones de crédito bancario.

**Octavo.-** Las Empresas, los Bancos y las demás Instituciones Financieras que se dediquen a la emisión de Tarjetas de Crédito y que financien las operaciones derivadas del uso de las mismas, se comprometen a crear y poner en funcionamiento mecanismos informativos que permitan al tarjetahabiente conocer el método aplicado al cálculo de intereses, retributivos y de mora, generados por el financiamiento de los consumos por él realizados. Así mismo, las señaladas Empresas, los Bancos y demás Instituciones Financieras, a través de sus Departamentos o Gerencias de Atención al Cliente, informarán y aclararán a sus clientes las interrogantes que pudieren surgir sobre el cálculo en cuestión.

**Noveno.-** Las Empresas emisoras de Tarjetas de Crédito, los Bancos y las demás Instituciones Financieras tienen plazo hasta el 31 de diciembre de 1999 para poner en vigencia todas estas disposiciones, las cuales, a partir del 1° de enero del 2.000, son de carácter obligatorio para todos los miembros del Consejo Bancario Nacional y, por su decisión voluntaria, para cada una de las empresas que, sin ser miembros del Consejo Bancario Nacional, forman parte de la Cámara Venezolana de Tarjetas de Créditos y Afines”.

Atendiendo a dicha normativa, y a lo establecido en el artículo 530 del Código de Comercio que dispone que “No se deben intereses sobre intereses mientras que, hecha liquidación de éstos, no fueren incluidos en un nuevo contrato como aumento de capital.

También se deben cuando de común acuerdo o por condenación judicial, se fija el saldo de cuentas incluyendo en él los intereses devengados”, la fórmula de interés simple para el cálculo de los intereses de financiamiento de las tarjetas de crédito es la siguiente:

$$\text{Interés (I)} = \frac{\text{Capital (C)} \times \text{Tasa de Interés (i)} \times \text{Tiempo (t)}}{100 \times 360}$$

$$\text{Interés (I)} = \frac{\text{Capital (C)} \times \text{Tasa de Interés (i)} \times \text{Tiempo (t)}}{36000}$$

Aparecen, conforme a los documentos que cursan en autos, en los estados de cuenta de las diversas entidades financieras, las especificaciones de cómo el usuario debe realizar el cálculo de los intereses de su tarjeta de crédito, de lo cuales se extrae que existen: Intereses sobre cada cargo del mes anterior, intereses de mora e intereses sobre el capital financiado.

Las fórmulas de cálculos son tan distintas que hoy en día algunas entidades bancarias permiten trasladar los saldos de sus tarjetas actuales a otra tarjeta con mejores tasas. En efecto, concluyeron los expertos en su informe (v. escrito del 27 de septiembre de 2006, cursante en la pieza N° 3 del presente expediente), el cual se recibió como medio de prueba, que:

*“...Aun cuando la totalidad de las instituciones bancarias emplean la fórmula de matemática financiera de interés simple en el enunciado de sus fórmulas y/o metodología, encontramos que cada institución bancaria usa su propia metodología de cálculo, la cual puede diferir de la de otros bancos, presentándose una amplia gama de interpretación para lograr un análisis integral del sistema de cálculo”.*

Inclusive, señalaron los expertos en la oportunidad de la culminación del debate oral, celebrado el 3 de julio de 2007, que tuvieron que diseñar una metodología matemática financiera para deducir sí en el cálculo de los intereses de las tarjetas de crédito, las instituciones bancarias incurrieran o no en anatocismo.

Y respecto a dicha prueba de experticia practicada por los expertos SANTOS ERMINY VERDE, RAFAEL DERETT GARCÍA y VÍCTOR HERNÁNDEZ DEDORDY, la Sala observa que en escrito presentado el 27 de septiembre de 2007, contenido del informe, los expertos manifestaron lo siguiente:

*“...Previo al conocimiento del contenido de cada uno de los recaudos correspondientes a cada banco emisor y agrupados en las personas jurídicas inicialmente citadas, y de su referencia institucional con las normas del Consejo Bancario Nacional anteriormente resumidas, los expertos observan con atención la diversidad en las presentaciones de fórmulas de matemáticas financieras y sus metodologías de aplicación, específicamente en la terminología utilizada para definir los parámetros, premisas o elementos que constituye la base para el procedimiento a desarrollar en los cálculos referidos a las fórmulas utilizadas por las instituciones financieras emisoras de tarjetas de crédito. Para la obtención de información complementaria que contribuyera a aclarar situaciones, metodología empleada, obtención de resultados, interpretación de glosario de las fórmulas y la terminología empleada en forma diferente para cada banco, y dada la extensión del proceso de análisis en virtud de la importante cantidad de instituciones financieras involucradas, y en vista de las limitantes de tiempo, los Expertos procedieron a contactar directamente a las Consultorías Jurídicas de las Instituciones donde la obtención de información o sus aclaratorias fuesen (sic) mas urgentes (sic), siendo esto imposible en algunos casos. Motivados en estos hechos los expertos coincidieron en integrar armonizadamente una sola terminología o glosario a los fines únicos de consolidadamente procesar el desarrollo matemático de las fórmulas remitidas por los entes financieros inicialmente identificados...”*

*...Omissis...*

*Los expertos usamos la opción de ejemplos reales propios u otras personas naturales en su condición de tarjetahabientes de algunas instituciones financieras, con lo cual se pretende obtener una muestra real de las fórmulas matemáticas financieras sobre el cálculo de intereses por financiamiento de las tarjetas de crédito”.*

*“...para los casos analizados, los cálculos de intereses fueron realizados bajo la fórmula matemática de Interés Simple, por tanto no se encontraron evidencias de cálculos de intereses sobre intereses en el caso de financiamiento mediante tarjetas de crédito”.*



*Por otra parte en el análisis del cálculo del Pago Mínimo encontramos que, de forma genérica, éste se compone del Total de Intereses de la Factura Actual, incluyendo Intereses de Mora si existieran, los Cargos no Financiables (comisiones) y la Cuota Parte del Capital de la Factura Actual, financiable por el período establecido por la política de cada uno de los bancos...”.*

*En relación con el punto referido a las fórmulas de cálculo, el testigo perito JORGE RODRÍGUEZ MORENO, fue promovido por la parte actora, para demostrar que las fórmulas son complejas, múltiples e incomprensibles. El testigo depuso que la fórmula de cálculo no es única desde el punto de vista matemático, no es la misma en todos los bancos. Se traduce en que las ofertas de los bancos sobre tasas de interés pierde sentido cuando son aplicadas en forma distinta, de modo que una misma fórmula es aplicada en forma distinta por las diferentes entidades bancarias.*

Respecto al cobro de intereses sobre intereses, el testigo antes referido expuso que existen cuatro casos o supuestos diferentes para un usuario de tarjeta que recibe su estado de cuenta, en el cual éste tiene las siguientes opciones:

- 1) Pagar un monto que sea igual o superior al pago mínimo.
- 2) Pagar un monto entre el pago mínimo establecido y lo que corresponde a los intereses de dicha cuota.
- 3) Pagar un monto que se encuentre en cero bolívares y el monto correspondiente a los intereses de esa cuota, esto es, pagar menos de lo que le corresponde pagar por intereses.
- 4) No pagar esa cuota.

En el caso 1) indicó que no se observa anatocismo; en el caso 2), señaló que no es uniforme el comportamiento de la banca, en algunas entidades hay recargo de intereses y en otras no; en el 3) afirmó que hay anatocismo, intereses impagos del mes anterior no son separados del capital, esto es, del saldo de los intereses nuevos; y en el caso 4) aseveró que existe anatocismo.

Respecto del anatocismo, esta Sala ha sostenido en sentencia N° 85 del 24 de enero de 2002, caso: *Asodeviprilara*, que:

**“...4.- Anatocismo**

*El que una persona sea capaz no significa que su consentimiento siempre pueda ser manifestado libremente, sin sufrir presiones o influencias que lo menoscaben. Por ello, independientemente de los vicios clásicos del consentimiento (error, dolo o violencia), algunas leyes tienen recomendaciones, normas y otras disposiciones que persiguen que las personas expresen su voluntad con pleno conocimiento de causa o alertados sobre aspectos del negocio.*

*La Ley de Protección al Consumidor y al Usuario es de esa categoría de leyes, en su articulado referente a las obligaciones de los proveedores de bienes y servicios, contratos de adhesión y a la información sobre precios, pesos y medidas.*

*Con este tipo de leyes, el legislador ha tratado que el derecho se adapte a la realidad social, ya que un derecho divorciado de la realidad antro-po-sociológica, es un derecho necesariamente lesivo a los seres humanos. Hace la Sala estas anotaciones, porque la autonomía de la voluntad de las contratantes en la realidad no es tan libre, ni exenta de influencias, que pueden sostenerse que ella actúa plenamente en cada persona por ser ella capaz.*

*Quien se encuentra en situación de necesidad es mucho más vulnerable que quien no lo está, en el negocio que repercute sobre esa situación, y ello que lo ha tenido en cuenta el legislador, también lo debe tener en cuenta el juzgador, por lo que fuera de la calificación*

*de usuraria de algunas cláusulas contractuales, a otras podría considerarlas como contrarias a las buenas costumbres, cuando ellos inciden en desequilibrar la convivencia humana.*

*Así como la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, señala una serie de normas para salvaguardar al consumidor (latu sensu), las cuales a veces regulan hasta las menciones de los contratos (artículos 19, 20 y 21); igualmente, normas que establecen con claridad la manera de actuar, pueden ser entendidas como protectivas de los seres humanos, de la convivencia, y ellas atienden más a la protección de las buenas costumbres que a la del orden público.*

*Las buenas costumbres, atienden a un concepto jurídico indeterminado ligado a la realidad social, y por ello el concepto varía en el tiempo y en el espacio, y con relación a determinados tipos de negocios o actos públicos.*

*La Sala hace estas consideraciones porque el artículo 530 del Código de Comercio establece: “No se deben intereses sobre intereses, mientras que, hecha liquidación de éstos, no fueren incluidos en un nuevo contrato como aumento de capital. También se deben cuando de común acuerdo, o por condenación judicial, se fija el saldo de cuentas incluyendo en él los intereses devengados”.*

*Los supuestos de la norma transcrita exigen que los intereses se liquiden y que luego de tal determinación, que involucra una aceptación del deudor, se incluyan en un nuevo contrato donde se capitalizan; o se arreglan cuentas aceptando en el saldo los intereses, lo que también supone que los montos por intereses fueron liquidados previamente a su inclusión como capital.*

*A juicio de esta Sala, el artículo 530 aludido, no permite que previa a la liquidación de los intereses, a su existencia real, surjan compromisos entre acreedor y deudor tendientes a capitalizarlos.*

*Tal vez, la razón de esta prohibición es que antes de liquidar los intereses (tanto compensatorios como indemnizatorios) y determinar su monto, no hay equivalente en la prestación del acreedor para de una vez tener derecho a capitalizar los intereses, no siendo para el acreedor el equivalente para tal ventaja el que haya prestado un dinero, ya que los daños resultantes del retardo en el cumplimiento por parte del deudor, son el pago del interés legal, que en materia mercantil es el del mercado, salvo disposiciones especiales.*

*En los préstamos de dinero para los planes de política habitacional y la asistencia habitacional, por mandato de la ley, el anatocismo prohibido por el artículo 530 del Código de Comercio es legal. Los fines perseguidos por dicha ley, con la formación del fondo de ahorro compensa la obligación de pagar intereses sobre intereses, pero fuera de dicho ámbito, la capitalización de intereses convenida cuando ni siquiera se han causado ni se han determinado, a juicio de esta Sala, constituye una obligación contraria a las buenas costumbres, ya que nadie puede racionalmente aceptar que sobre los intereses que debe, calculados a tasas de interés variable y que no puede conocer ni prever como los ha de pagar, se generen nuevos intereses a tasas desconocidas. La aceptación de tan lesiva situación, al igual que la aceptación a priori de la frecuencia de las capitalizaciones, no puede ser sino el producto de una actitud desesperada del deudor o de una ignorancia total sobre el negocio, además de resultar desproporcionada con la prestación del acreedor.*

*Tal vez, esta fue la razón que tuvo el legislador, cuando la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras (de 1993), la cual ha regido la mayoría de los créditos indexados, dispuso en su artículo 50: “En caso de atraso en los pagos de créditos destinados a la adquisición de viviendas, los bancos hipotecarios solo tendrán derecho a cobrar intereses moratorios sobre la parte de capital a que se contrae la cuota o las cuotas de amortización no pagadas a su vencimiento, de conformidad con lo estipulado en el respectivo contrato”.*

*Tal disposición, recogida en el artículo 99 del Decreto con Fuerza de Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras, destinada a los préstamos que pudieren otorgar los bancos hipotecarios, a juicio de esta Sala priva sobre los préstamos hipotecarios de los prestamistas que se dediquen a financiar las viviendas, a menos que la ley, como la que regula la asistencia habitacional, expresamente digan lo contrario.*

*El artículo 528 del Código de Comercio, trae un caso de capitalización de intereses, en el contrato de cuenta corriente, pero ello se hará de acuerdo a los balances parciales, lo que significa que se trate de intereses liquidados y aceptados que se van a capitalizar. Algo igual prevé el artículo 524 del mismo Código. También en materia de depósitos de ahorro las diversas leyes que han regido el sistema financiero han permitido que se capitalicen los intereses que producen los depósitos, por lo que se trata de una previsión legal.*

*La falta de causa, la causa ilícita y los vicios del consentimiento son razones de nulidad de los contratos (artículo 1.157 del Código Civil), los cuales responden a demandas particulares de quienes pretenden hacer valer sus derechos subjetivos en ese sentido, y por ello, no puede ventilarse su nulidad dentro de una acción por derechos e intereses difusos o colectivos.*

*Pero dentro de estas acciones sí se puede pedir un efecto general que beneficie a toda la colectividad o a grupos indeterminados de ésta, que están en igual situación jurídica, como sería la prohibición de cierto tipo de cláusulas con relación a contratos tipos de aplicación masiva para quienes se hallan en una determinada situación, y en ese sentido, la Sala podría determinar el futuro de los contratos que impongan previamente el anatocismo, si la forma como se implementa es por vías contrarias a las buenas costumbres, que en materia de intereses social, se concretiza mediante el agravamiento de la situación del débil jurídico sin una real equivalencia en la prestación de su contraparte que sustente la ventaja que obtiene. La entrega al acreedor que hace a ciegas el necesitado, tendente a un endeudamiento que le impide el ahorro y que no responde a una situación precaria del acreedor, se convierte en una obligación contraria a las buenas costumbres.*

*A juicio de esta Sala, en materia de derechos o intereses difusos o colectivos, para que se cumpla a cabalidad la prestación solidariamente debida ante un derecho social concreto, como es el de la vivienda, las ilicitudes generales sobrevenidas que contienen los contratos tipos, pueden ser declaradas a fin que tal clase de contratos o sus cláusulas se prohíban, si es que eran legales cuando nacieron pero que luego devienen en inconstitucionales. La previsión del artículo 530 citado, de que se capitalicen los intereses liquidados, plantea el interrogante de si antes de su liquidación pueden las partes pactar la capitalización.*

*A juicio de esta Sala, en teoría ello podría ser posible como parte de la autonomía de la voluntad, pero la realidad es que quien pide un préstamo, decide endeudarse y pagar intereses compensatorios y moratorios, lo hace por necesitar lo que pide, y tal necesidad, sobre todo si es para resolver problemas sociales como vivienda, educación, etc, lo lleva a aceptar condiciones que favorecen abiertamente al prestamista, muchas de los cuales lindan con la violencia sobre el necesitado, ya que solo comprometiéndose a cumplirlas se tiene acceso al crédito. Tal situación fomentada por instituciones que prestan un servicio crediticio, y destinado a solucionar masivamente problemas sociales, como el de la vivienda, a juicio de esta Sala es contraria a las buenas costumbres, ya que al deudor no solo se le cobran los intereses compensatorios, sino los de mora, que representan la indemnización por daños y perjuicios (artículo 1.277 del Código Civil), y tal indemnización se la capitalizan y, sobre lo capitalizado, se vuelve a cobrar intereses, por lo que el deudor acepta un "doble castigo", a juicio de esta Sala violatorio del artículo 1.274 del Código Civil, ya que el convenio de capitalización previo de los intereses no atiende a los daños y perjuicios previstos o que hayan podido preverse al tiempo de la celebración del contrato, ya que ello no se estipula en el mismo. Por otra parte, la falta de pago de las cuotas en su oportunidad, tampoco responde a lo pautado en el artículo 1.275 del Código Civil, que establece que los daños y perjuicios relativos a la pérdida sufrida por el acreedor (los intereses), y así como la utilidad de que se le haya privado, no deben extenderse sino a los que son consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación.*

*La falta de pago de una o varias cuotas, o de intereses, generan la mora como daños y perjuicios, y ante el hecho real de no poder pagarlos, es posible que se acuerde que dichos saldos aumenten el capital, pero convenir en ello antes que surja la liquidación de los intereses, es crear una especie y encubierta cláusula penal (artículo 1.276 del Código Civil), la cual siempre debe referirse a una cantidad determinada y no fluctuante como la que emerge de la indexación.*

*Considera esta Sala que cuando el artículo 530 del Código de Comercio permitió se cobraran intereses sobre intereses, hecha la liquidación de éstos, el legislador fue preciso, porque sólo sobre los liquidados podría el deudor -con pleno conocimiento de su situación- acordar su capitalización, sin tener encima para aceptar tal capitalización, la presión de que sólo recibirá el préstamo si se allana a las condiciones que más favorezcan al prestamista; y porque sólo así las disposiciones de los artículos 1.273 a 1.276 del Código Civil pueden tener aplicación.*

*Además, no escapa a esta Sala una tendencia legislativa contemporánea, que deja a los particulares la fijación de los intereses, sin intervención directa en ese sentido de algún organismo oficial, como lo es el Banco Central de Venezuela, creando en un sector de la población una situación que le impide normalmente precisar cuáles son los intereses. Ello se evidencia en el artículo 24 de la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios, el cual para el cálculo de la tasa de intereses que debe pagar el arrendador al arrendatario, ordena que se calculen a la tasa pasiva promedio de los seis principales entes financieros durante la vigencia de la relación arrendaticia, conforme a la información que suministre el Banco Central de Venezuela.*

*En consecuencia los arrendadores, y por ende los arrendatarios a cuyo favor surge el derecho de cobrar intereses, se ven en la necesidad de investigar cuáles son los seis principales entes financieros, y realizar las operaciones que le permitan conocer cuál fue la tasa pasiva promedio de esos seis entes, teniendo en cuenta para tales determinaciones, la información que les dé el Banco Central de Venezuela, sobre cuáles eran esos seis principales y, siendo un punto discutible, dado la letra del citado artículo 24, si el Banco Central se limita a indicar cuáles son los seis principales entes, y además señalar las tasas pasivas de cada uno, o si es dicho Banco quien aporta a los particulares el promedio, a fin que sean ellos quienes hagan los cálculos.*

*Esta misma fórmula la utiliza la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios (artículo 27) para el cálculo de los intereses de mora causados por el atraso en el pago de los cánones de arrendamiento, por lo que el débil jurídico: arrendatario, se ve compelido, de acuerdo a la interpretación que se dé a los artículos, a solicitar información en el Banco Central de Venezuela, a verificar las tasas pasivas promedio, etc.*

*Aceptar que en materias de interés social, como todas las relacionadas con la vivienda, la tuición del Estado se hace laxa en contra de los débiles jurídicos, y que se les obliga a realizar operaciones para lo cual se aumentan sus gastos, ya que requieren de personas con conocimientos técnicos para que los realicen, resulta a juicio de esta Sala, un desmejoramiento en el derecho de obtener información adecuada, que es un beneficio que se proyecta más allá del artículo 117 constitucional, y que agrava aún más la situación de a quién le capitalizan los intereses”.*

Atendiendo a lo anterior, y teniendo en cuenta que en autos cursan denuncias tramitadas ante el INSTITUTO PARA LA DEFENSA Y EDUCACIÓN DEL CONSUMIDOR Y DEL USUARIO (INDECU), ante la Fiscalía General de la República y ante la SUPERINTENDENCIA DE BANCOS Y OTRAS INSTITUCIONES FINANCIERAS (SUDEBAN) (ver, los anexos en carpetas que forman los autos) sobre el cobro de intereses sobre intereses, y visto que de las pruebas admitidas y evacuadas en autos no quedó demostrado el anatocismo alegado por la parte actora, esta Sala ordena a la SUPERINTENDENCIA DE BANCOS Y OTRAS INSTITUCIONES FINANCIERAS ejerza las atribuciones conferidas en los artículos 223.7 y 235, numerales 9, 12 y 15 de la Ley General de Bancos y Otras Institu-

ciones Financieras, que impida el anatocismo y de producirse sancione a quien incurra en dicha practica y que; en consecuencia, no autorice la utilización de sistemas de cálculo de intereses sobre intereses generados en facturaciones anteriores; y que uniforme -mediante resolución- la fórmula de cálculo a ser aplicada al sistema de crédito por tarjetas de créditos, por parte de las diversas entidades bancarias. Así se decide.

Igualmente, si en fecha anterior a este fallo, los emisores han realizado prácticas anatocistas, los perjudicados podrán reclamar el pago de las sumas indebidamente cobradas. A estos efectos, se ordena a la SUPERINTENDENCIA DE BANCOS Y OTRAS INSTITUCIONES FINANCIERAS verificar los cálculos en estos casos.

La Sala dispone que la aplicación del artículo 524 del Código de Comercio sólo es posible en los contratos de cuenta corriente bancaria, norma que es de interpretación restrictiva y no es aplicable a la apertura de créditos y a ningún otro contrato bancario.

Decidido lo anterior, y visto que la Asociación Bancaria de Venezuela tiene –entre sus competencias- el de cooperar “...con el Consejo Bancario Nacional y con los Poderes Públicos en la adopción de las medidas que tiendan al mejoramiento de la actividad bancaria, sugiriendo las reformas legales y de cualquier índole que propenda a esa finalidad”, se niega la condenatoria solicitada por la parte actora a la ASOCIACIÓN BANCARIA DE VENEZUELA y al CONSEJO BANCARIO NACIONAL, en el número 1 de su petitorio, para que “...diseñen y estructuren un mecanismo de cálculo para las Tarjetas de crédito que no contemple el cobro de intereses sobre intereses, es decir, que se rija por las formas de cálculo lineal del crédito [...] y a que instruyan a sus miembros para que informen a los usuarios de Tarjetas de Crédito en forma clara, transparente, y oportuna sobre las fórmulas de cálculo, contratos de adhesión y demás circunstancias que rodean la materia [...]”.

Los mecanismos de cálculo deben ser ordenados por la SUPERINTENDENCIA DE BANCOS Y OTRAS INSTITUCIONES FINANCIERAS, quien deberá velar porque las instituciones bancarias remitan en tiempo oportuno a los usuarios de tarjetas de crédito, los estados de cuenta mensuales, a los fines de que éstos se informen sobre sus saldos, sean pendientes o actuales, y efectúen los pagos que deban al emisor de dichas tarjetas. A tales estados de cuenta debe aplicarse por analogía lo previsto en la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras, y los estados de cuenta, deben ser entregados ciertamente en las direcciones señaladas en los contratos, incluyendo las direcciones electrónicas.

Por otra parte, la Sala observa que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 318 constitucional, el Banco Central de Venezuela es:

*“[...] persona jurídica de derecho público con autonomía para la formulación y el ejercicio de las políticas de su competencia. El Banco Central de Venezuela ejercerá sus funciones en coordinación con la política económica general, para alcanzar los objetivos superiores del Estado y la Nación.*

*Para el adecuado cumplimiento de su objetivo, el Banco Central de Venezuela tendrá entre sus funciones las de formular y ejecutar la política monetaria, participar en el diseño y ejecutar la política cambiaria, regular la moneda, el crédito y las tasas de interés, administrar las reservas internacionales, y todas aquellas que establezca la ley”.*

Y según dispone, el artículo 32 de la Ley de Bancos y Otras Instituciones Financieras, que:

*“Artículo 32. Los bancos, entidades de ahorro y préstamo, y demás instituciones financieras, estarán sometidas a las disposiciones que en materia de encaje y tasas de interés establezca el Banco Central de Venezuela”.*

Por su parte, los artículos 7.3 y 49 de la Ley del Banco Central de Venezuela, establecen lo siguiente:

**“Artículo 7.** Para el adecuado cumplimiento de su objetivo, el Banco Central de Venezuela tendrá a su cargo las siguientes funciones:

...omissis...

3. Regular el crédito y las tasas de interés del sistema financiero”.

**“Artículo 49.** El Banco Central de Venezuela es el único organismo facultado para regular las tasas de interés del sistema financiero. En el ejercicio de tal facultad podrá fijar las tasas máximas y mínimas que los bancos y demás instituciones financieras, privados o públicos, regidos por la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras o por otras leyes, pueden cobrar y pagar por las distintas clases de operaciones activas y pasivas que realicen.

El Banco Central de Venezuela queda facultado para fijar las comisiones o recargos máximos y mínimos causados por las operaciones accesorias y los distintos servicios a los cuales califique como relacionados, directa o indirectamente, con las mencionadas operaciones activas y pasivas. El Banco podrá efectuar esta fijación aun cuando los servicios u operaciones accesorias sean realizados por personas naturales o jurídicas distintas de los bancos e instituciones de crédito. Queda igualmente facultado para fijar las tarifas que podrán cobrar dichos bancos o institutos de crédito por los distintos servicios que presten. Las modificaciones en las tasas de interés y en las tarifas regirán únicamente para operaciones futuras”.

La tasa de interés aplicable por las entidades bancarias y financieras, no ha sido regulada recientemente por el Banco Central de Venezuela, tal y como quedó demostrado en autos, con las propias declaraciones de la representante judicial de dicha institución, emitidas en el acto realizado en este proceso el 15 de marzo de 2007.

En el escrito de contestación de la demanda, la apoderada judicial del Banco Central de Venezuela afirmó que *“...atendiendo al propósito de regular el mercado crediticio de acuerdo con las necesidades de la economía del país, el Instituto Emisor dictó la Resolución N° 97-07-02 del 31 de julio de 1997”,* la cual fue publicada en *Gaceta Oficial N° 36.264* del 7 de agosto de 1997, cuya copia acompañó a dicho escrito. Y del texto de dicha Resolución se desprende, que la misma no fue fijada en forma expresa sino que se dejó al arbitrio de las entidades pues se señaló, tanto en su artículo 1 como en el 2, lo siguiente:

*“[...] será pactada en cada caso por las referidas instituciones con sus clientes, tomando en cuenta las condiciones del mercado financiero”.*

Además, aun cuando sobrevenidamente el Banco Central de Venezuela reguló la tasa máxima de interés aplicable a las operaciones de crédito, incluido el crédito al consumo, en la Resolución N° 06-01-01 de dicho ente, publicada en la *Gaceta Oficial N° 38.370* del 1° de febrero de 2006, en la que se dispuso en su artículo 1, lo siguiente:

*“Artículo 1: Los bancos, entidades de ahorro y préstamo y demás instituciones financieras regidos por el Decreto con Fuerza de Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras y demás leyes especiales, no podrán cobrar por sus operaciones activas, incluidos los créditos al consumo, una tasa de interés anual o de descuento superior a la tasa fijada periódicamente por el Directorio del Banco Central de Venezuela para las operaciones de descuento, redescuento, reporto y anticipo del Instituto de conformidad con lo previsto en la Resolución del Banco Central de Venezuela N° 01-05-01 de fecha 15 de mayo de 2001, reducida en cero coma (0,5) puntos porcentuales, excepción hecha de los regímenes regulados por leyes especiales.*

*Parágrafo Único.- De conformidad con lo previsto en la Resolución N° 01-05-01 del 15 de mayo de 2001, la tasa de interés que rige para las operaciones de asistencia crediticia del Banco Central de Venezuela será anunciada y publicada periódicamente en la página web*

*del Instituto. Asimismo, a los efectos previstos en los artículos 2 y 3 de esta Resolución, igual tratamiento se dará a la tasa de interés aplicable por el Banco Central de Venezuela en sus operaciones de absorción a veintiocho (28) días”.*

La Sala estima que, debido a la importancia de este tipo de financiamientos en la calidad de vida de sus usuarios, es imperativo que el BANCO CENTRAL DE VENEZUELA, conforme a las normas citadas en este fallo y a lo dispuesto en el artículo 299 constitucional, determine las tasas de interés que pueden cobrar a los usuarios, los emisores de tarjetas de crédito, tomando en cuenta los aspectos específicos de este tipo de negocio. Esa determinación de la tasa debe efectuarla el Banco Central de Venezuela, tomando en cuenta el interés social y la realidad actual imperante en materia crediticia; no obstante, esta Sala haya señalado en sentencia N° 85 del 24 de enero de 2002, que:

*“Considera la Sala que el mercado hipotecario es disímil de otros mercados, como el de financiamiento de vehículos, tarjetas de crédito, etc, y que las tasas a regir en dicho mercado, tiene componentes propios que deben ser tomados en cuenta para su determinación, utilizando métodos análogos a los de las fórmulas para fijar las tasas que rigen en áreas de interés social, como la agrícola o la relativa a los pasivos laborales”.*

Ello no significa que la tasa máxima deba ser igual a la que se ha establecido para otras operaciones de crédito, pero si debe responder a los principios de equidad y proporcionalidad -como lo aseveró el testigo Rodríguez Moreno- en el sentido de tomar en consideración una serie de parámetros, como lo sería el encaje legal y el riesgo que con ellas debe correr el operador bancario, y la necesaria rectificación deviene hoy en día de la evidente diferencia (hasta del doble y más del mismo) entre las tasas de interés que se han previsto para créditos como el hipotecario y las que se mantiene para tarjetas de crédito u otros créditos personales.

A estos fines, para la Sala es claro que la facultad que el artículo 49 de la Ley del Banco Central de Venezuela, otorga a dicho Banco para regular las tasas de interés del sistema financiero, no debe entenderse como que el Banco Central de Venezuela –a su criterio- pueda no determinar la tasa de intereses activas o pasivas en esta materia de interés social, donde los intereses no pueden quedar, a los fines de tal determinación, en cabeza de los acreedores. Por ello, en sentencia del 24 de enero de 2002, recaída en el caso *Asodevpirilara*, la Sala al respecto señaló:

*“Tanto para la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario (artículo 108) como para la citada Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras (artículo 28), es un deber del Banco Central de Venezuela fijar las tasas máximas de interés, lo cual es función indelegable, y que choca con las disposiciones de los Decretos con Rango y Fuerza de Ley del Subsistema de Vivienda y Política Habitacional y sus Normas de Operación, que dejan la determinación de los intereses a la tasa del mercado, pero que deben procurar el justo equilibrio entre el trato preferencial para el prestatario y la justa remuneración para los ahorristas habitacionales, por lo que los artículos 102 y 118 de las Normas de Operación vigentes los cuales son idénticos en su esencia, señalan parámetros para su cálculo, en los préstamos hipotecarios a corto y largo plazo otorgados a las personas que legalmente reciben asistencia habitacional.*

*La falta de equilibrio y justeza en el cálculo de intereses, en los préstamos habitacionales, a juicio de esta Sala, podría convertir el cobro de interés en usurarios, así no se trate de conductas delictivas, ya que las leyes comentadas no señalan organismos que fijen los intereses máximos.*

*... Omissis...*

*Las normas inmediatamente citadas contradicen los artículos 7.3 y 21.12 de la Ley del Banco Central de Venezuela (Gaceta Oficial N° 37.296 de 3 de octubre de 2001), que expresan que el Banco Central de Venezuela regulará las tasas de interés del sistema bancario.*

*Siendo el único organismo facultado para regular las tasas de interés del sistema financiero, a pesar que el artículo 49 de la Ley que lo rige señaló que podrá fijar las tasas máximas y mínimas que los bancos y demás instituciones financieras privadas o públicas regidas por la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras o por otras leyes, pueden cobrar y pagar por las distintas clases de operaciones activas y pasivas que realicen, el Banco Central de Venezuela está obligado a fijarlas ya que si no el artículo 108 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario quedaría tácitamente derogado, y el artículo 28 de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras quedaría sin aplicación, e incluso el artículo 122 de la propia Ley del Banco Central de Venezuela, que pena a los bancos e instituciones financieras que infringen las Resoluciones del Banco Central de Venezuela en materia de tasas de interés, quedaría sin vigencia. Se trata de servicios propios del Banco Central que de acuerdo a la ley le corresponden, tal como lo prevé el artículo 7.13 de la Ley del Banco Central de Venezuela.*

*Consecuencia de las normas citadas, es que en materia de préstamos destinados a la política y la asistencia habitacional, las tasas de interés máximas cobrables a los préstamos deben ser establecidas por el Banco Central de Venezuela (siendo este un deber y no un poder), al igual que las tasas máximas de interés que regirán los préstamos que otorgue la Banca y otras Instituciones Financieras, fuera de la asistencia habitacional. De no ser así, el Banco Central de Venezuela, incumple el objetivo que le señala el artículo 5 de la ley que lo rige, cual es: contribuir al desarrollo armónico de la economía nacional, atendiendo a los fundamentos del régimen socio-económico de la República” (resaltado de este fallo).*

En consecuencia, la Sala ordena al BANCO CENTRAL DE VENEZUELA, a partir de esta fecha determinar anualmente la tasa máxima y mínima de intereses que devengarán los emisores de tarjetas de crédito, e igualmente fijar la tasa de intereses a favor del tarjetahabiente, si pagase más de lo adeudado o existiese en la relación una suma a su favor. Así se decide.

Respecto a la determinación solicitada por la parte actora de “[...] *el mecanismo y las condiciones legales necesarias, que permitan el establecimiento razonable de un sistema equitativo para las partes que produzca beneficios en su justa medida [...]*”, esta Sala observa que en los contratos de adhesión debe incluirse como cláusula, que cualquier cargo indebido que se haga al tarjetahabiente, por consumos que no le sean atribuibles directa o indirectamente, no podrán ser cobrados a él, cuando personas diferentes al tarjetahabiente, hayan hecho uso de la tarjeta y, en consecuencia, al tarjetahabiente no podrán serle cobrados, a menos que se pruebe su culpabilidad, ya que quien corre el riesgo de la operación crediticia masiva es quien introduce en la sociedad el sistema y quien por lo tanto, es quien debe correr con los riesgos del negocio que está explotando, pues dichos riesgos no pueden trasladarse al tarjetahabiente, quien no tiene ningún control sobre los sistemas de seguridad de los bancos y los comercios.

Esto no excluye la responsabilidad del tarjetahabiente de informar de inmediato, la pérdida o extravío de su tarjeta, a fin que el instituto financiero la suspenda al recibir la notificación escrita, electrónica o telefónica.

Por otra parte, esta Sala estima que debe existir una protección expresa hacia los usuarios frente a prácticas abusivas de los prestadores de servicios, como lo son en este caso, las entidades bancarias, pues así lo ordena el artículo 117 constitucional- que prevé –entre otros- la protección y defensa de los consumidores; norma que ha sido desarrollada legalmente en ley especial, como lo es la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, la cual en su artículo 6 establece como derechos de los usuarios, los siguientes:



**“Artículo 6. Derechos.** *Son derechos de los consumidores y usuarios:*

1. *La protección de su salud y seguridad en el consumo de bienes y*
2. *La adquisición de bienes o servicios en las mejores condiciones de calidad y precio que permita el mercado, tomando en cuenta las previsiones legales que rigen el acceso de bienes y servicios nacionales y extranjeros.*
3. *La información suficiente, oportuna, clara y veraz sobre los diferentes bienes y servicios puestos a su disposición en el mercado, con especificaciones de precios, cantidad, peso, características, calidad, riesgos y demás datos de interés inherentes a su naturaleza, composición y contraindicaciones que les permita elegir de conformidad con sus necesidades y obtener un aprovechamiento satisfactorio y seguro.*
4. *La promoción y protección jurídica y administrativa de sus derechos e intereses económicos y sociales en reconocimiento de su condición de débil jurídico en las transacciones del mercado.*
5. *La educación e instrucción sobre sus derechos como consumidores y usuarios en la adquisición y utilización de bienes y servicios, así como los mecanismos de defensa y organización para actuar ante los órganos y entes públicos existentes.*
6. *La indemnización efectiva o la reparación de los daños y perjuicios atribuibles a responsabilidades de los proveedores en los términos que establece la presente Ley.*
7. *La protección de los intereses individuales o colectivos en los términos que establece esta Ley.*
8. *La protección contra la publicidad subliminal, falsa o engañosa, los métodos comerciales coercitivos o desleales que distorsionen la libertad de elegir y las prácticas o cláusulas impuestas por proveedores de bienes y servicios que contraríen los derechos del consumidor y el usuario en los términos expresados en esta Ley.*
9. *La constitución de asociaciones, ligas, grupos, juntas u otras organizaciones de consumidores o usuarios para la representación y defensa de sus derechos e intereses.*
10. *La recepción de un trato no discriminatorio.*
11. *El ejercicio de la acción ante los órganos administrativos y jurisdiccionales en defensa de sus derechos e intereses mediante procedimientos breves establecidos en la presente Ley y en su Reglamento.*
12. *El disfrute de bienes y servicios producidos y comercializados en apego a normas y métodos que garanticen una adecuada preservación del medio ambiente.*
13. *Los demás derechos que la **Constitución de la República Bolivariana de Venezuela** y las leyes establezcan”.*

Por ello, se ordena a la SUPERINTENDENCIA DE BANCOS Y OTRAS INSTITUCIONES FINANCIERAS dictar la normativa donde impida que los negocios afiliados al sistema constrañan a las personas a pagar las cuentas con tarjetas de créditos o de débito, si el cliente desea pagar en efectivo. Así mismo, se ordena al INSTITUTO PARA LA DEFENSA Y EDUCACIÓN DEL CONSUMIDOR Y DEL USUARIO (INDECU) impedir que los negocios afiliados incrementen los precios de los bienes o servicios debido al pago de dichos bienes con tarjetas de crédito.

En cuanto a los gastos de mantenimiento, renovación y cobranza de las tarjetas de crédito, lo cual consta a la Sala, se cobran a los usuarios del sistema debido a lo que emana de los estados de cuenta, que cursan en el expediente, por lo que se estima que dichos gastos corresponden al emisor y no al usuario, pues los mismos son necesarios para que el negocio jurídico del emisor tenga lugar y, es por ello que se ordena a la SUPERINTENDENCIA DE

BANCOS Y OTRAS INSTITUCIONES FINANCIERAS eliminar –mediante Resolución- el cobro a los usuarios de los gastos de cobranza no causados; los de mantenimiento o renovación de la tarjeta y los de emisión de los estados de cuenta, pues ellos –como antes se apuntó- son necesarios para que el negocio jurídico tenga lugar y, por tanto, corren a cargo del emisor y no del usuario.

De allí que resulten inaplicables en lo adelante las tarifas y comisiones que para dichos gastos aparecen fijadas (como mínimo, promedio y máximo) para cada entidad bancaria, en la página web del Banco Central de Venezuela, la cual fue consultada por esta Sala, de manera oficiosa.

Ha sido parte de esta litis, la alegación sobre la forma abusiva en el cobro a los deudores por parte de los emisores, que los accionantes solicitan se prohíba.

A este fin se denuncia que hay cobros mediante llamadas telefónicas reiterativas que se hacen a los deudores, en horas de la noche o la madrugada, así como amenazas. Aunque ello no quedó probado plenamente, tratándose de una acción de intereses difusos, donde se trata de proteger la calidad de la vida de los ciudadanos, lo que incluye la tuición de la dignidad de las personas, esta Sala prohíbe todo tipo de coerción extrajudicial al pago, mediante llamadas telefónicas reiterativas al deudor, o mediante llamadas nocturnas, entre las 6:00 pm. y 7:00 am.; así como cualquier medio abusivo de cobro extrajudicial, tales como publicaciones de prensa o por vía de Internet de nombres de los deudores.

Por último, se advierte que el mandamiento y órdenes contenidas en este fallo deberán ser acatadas por los órganos a los cuales van dirigidas, so pena de que les sea impuesta la sanción a que se refiere el numeral 2 del artículo 23 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

### DECISIÓN

Por las razones expuestas, esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, declara **PARCIALMENTE CON LUGAR** la acción intentada por los ciudadanos Roberto León Parilli, Mario Luis Sánchez Araujo y Wolfgang Cardoso Espinel, en su condición de Presidente, Vicepresidente Ejecutivo y Vicepresidente de Operaciones, en ese orden, de la asociación civil ALIANZA NACIONAL DE USUARIOS Y CONSUMIDORES (ANAUCO) y; en consecuencia, se decide lo siguiente:

*1.- Dadas las amenazas de inclusión en el Sistema de Información Central de Riesgo (SICRI), y atendiendo a lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 212 del Decreto N° 1.526 con Fuerza de Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras, publicado en Gaceta Oficial de la República N° 5555 del 13/11/2001, se **ORDENA** al CONSEJO BANCARIO NACIONAL "...informar a la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras los casos de desacato o desatención por parte de los bancos, entidades de ahorro y préstamo y demás instituciones financieras, a las prácticas bancarias identificadas y mejoradas por el Consejo, a los fines de que ésta pueda imponer los correctivos a que hubiera lugar...", y a la SUPERINTENDENCIA DE BANCOS Y OTRAS INSTITUCIONES FINANCIERAS, que ejerza su atribución de inspección, supervisión y vigilancia de los bancos, y tome las medidas pertinentes para que las entidades bancarias cumplan con el mandamiento contenido en el fallo de esta Sala, atendiendo a lo dispuesto en los artículos 2 y 213, 235.12 de la Ley citada.*

Se **ORDENA** a los entes aquí señalados informar a esta Sala de los resultados de este mandato.

2.- **DESESTIMA** el alegato de inadmisibilidad formulado por la representación del BANCO CENTRAL DE VENEZUELA y del MINISTERIO PÚBLICO, toda vez que no encuentra la inepta acumulación de pretensiones alegada, ni tampoco que la acción esté incurso en alguna otra causal de inadmisibilidad a que se refiere el artículo 19.5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

3.- Se **ORDENA** a la SUPERINTENDENCIA DE BANCOS Y OTRAS INSTITUCIONES FINANCIERAS que impida el anatocismo y sancione a quienes lo practiquen y que; en consecuencia, no autorice la aplicación por parte de las entidades bancarias o financieras de sistemas de cálculo de intereses sobre intereses generados en facturaciones anteriores. Igualmente, si en fecha anterior a este fallo, los emisores han realizado prácticas anatocistas, los perjudicados podrán reclamar el pago de las sumas indebidamente cobradas.

A estos efectos, se **ORDENA** a la SUPERINTENDENCIA DE BANCOS Y OTRAS INSTITUCIONES FINANCIERAS verificar los cálculos en estos casos.

La Sala **DISPONE** que la aplicación del artículo 524 del Código de Comercio sólo es posible en los contratos de cuenta corriente bancaria, norma que es de interpretación restrictiva y no es aplicable a la apertura de créditos y a ningún otro contrato bancario.

4.- Se **ORDENA** a la SUPERINTENDENCIA DE BANCOS Y OTRAS INSTITUCIONES FINANCIERAS que uniforme la fórmula y metodología del cálculo de los intereses de cualquier tipo, a ser aplicada al sistema de crédito por tarjetas de créditos, por parte las diversas entidades bancarias, lo que debería ser informado a los usuarios. Igualmente, dicho ente deberá velar porque las instituciones bancarias remitan en tiempo oportuno a los usuarios de tarjetas de crédito, los estados de cuenta mensuales, a los fines de que éstos se informen sobre sus saldos, sean pendientes o actuales, y efectúen los pagos que deban al emisor de dichas tarjetas. A tales estados de cuenta debe aplicarse por analogía lo previsto en la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras, y los estados de cuenta, deben ser entregados ciertamente en las direcciones señaladas en los contratos, incluyendo las direcciones electrónicas.

5.- Se **ORDENA** al BANCO CENTRAL DE VENEZUELA fijar anualmente y de inmediato a este fallo, la tasa de interés máxima y mínima para las tarjetas de crédito, con base en los principios de equidad y proporcionalidad, que protejan tanto al sistema crediticio como al consumidor del mismo, en esta especialidad.

6.- Se **ORDENA** a la SUPERINTENDENCIA DE BANCOS Y OTRAS INSTITUCIONES FINANCIERAS dictar la normativa donde impida que los negocios afiliados al sistema constriñan a las personas a pagar las cuentas con tarjetas de créditos o de débito, si el cliente desea pagar en efectivo. Así mismo, se **ORDENA** al INSTITUTO PARA LA DEFENSA Y EDUCACIÓN DEL CONSUMIDOR Y DEL USUARIO (INDECU) impedir que los negocios afiliados incrementen los precios de los bienes o servicios debido al pago de dichos bienes con tarjetas de crédito.

7.- Se **ORDENA** a la SUPERINTENDENCIA DE BANCOS Y OTRAS INSTITUCIONES FINANCIERAS a dictar la normativa correspondiente a la materia de contratos de apertura de crédito, especie tarjetas de créditos, y a poner a la orden de los usuarios por parte de las entidades bancarias, el texto de los referidos contratos, así estos se encuentren registrados ante una Oficina de Registro, ya que tal registro no significa que exista una información directa acerca del contenido de los mismos. Para esta labor, la SUPERINTENDENCIA DE BANCOS Y OTRAS INSTITUCIONES FINANCIERAS puede solicitar la colaboración de la Asociación Bancaria de Venezuela.

8.- Se **ORDENA** a la SUPERINTENDENCIA DE BANCOS Y OTRAS INSTITUCIONES FINANCIERAS fije mediante Resolución, que en los contratos de apertura de crédito, especie tarjetas de crédito, se incluya que los cargos productos de la utilización de la tarjeta por personas diferentes al tarjetahabiente, no se cobrarán a éste, por ser indebidos, a menos que se compruebe su culpabilidad en el hecho, ya que quien corre el riesgo de la operación crediticia masiva es quien introduce en la sociedad el sistema y quien, en consecuencia, debe correr con los riesgos del negocio que está explotando, y quien debe asumir todos los sistemas de seguridad que impidan estos ilícitos, pues dichos riesgos no pueden trasladarse al tarjetahabiente, quien no tiene ningún control sobre los sistemas de seguridad de los bancos y los comercios.

Se considerará negligencia, y por tanto, culpa del tarjetahabiente, no denunciar ante el emisor, de inmediato, el extravío o pérdida de la tarjeta.

9.- Se **ORDENA** a la SUPERINTENDENCIA DE BANCOS Y OTRAS INSTITUCIONES FINANCIERAS eliminar el cobro a los usuarios de los gastos de cobranza no causados; los de mantenimiento o renovación de la tarjeta y los de emisión de los estados de cuenta, pues ellos son necesarios para que el negocio jurídico tenga lugar y, por tanto, corren a cargo del emisor y no del usuario.

10.- Se **PROHÍBE** todo tipo de coerción que no sea judicial para el cobro de los saldos de las tarjetas. El cobro extrajudicial deberá realizarse teniendo en cuenta la dignidad del ser humano, queda prohibida la utilización de mensajes telefónicos reiterados y practicados entre las 6:00 pm y 7:00 am siendo un hecho notorio que conoce esta Sala tal sistema de cobranza.

11.- Se **NIEGA** la condenatoria solicitada por la parte actora a la ASOCIACIÓN BANCARIA DE VENEZUELA y al CONSEJO BANCARIO NACIONAL, para que “...diseñen y estructuren un mecanismo de cálculo para las Tarjetas de crédito que no contemple el cobro de intereses sobre intereses, es decir, que se rija por las formas de cálculo lineal del crédito [...] y a que instruyan a sus miembros para que informen a los usuarios de Tarjetas de Crédito en forma clara, transparente, y oportuna sobre las fórmulas de cálculo, contratos de adhesión y demás circunstancias que rodean la materia [...]”.

Se **ADVIERTE** que el mandamiento y órdenes contenidas en este fallo deberán ser acatadas por los órganos a los cuales van dirigidas, so pena de que les sea impuesta la sanción a que se refiere el numeral 2 del artículo 23 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

## 2. Derechos Económicos: Derecho de Propiedad: Limitaciones

**TSJ-SC (1744)**

**9-8-2007**

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Impugnación del Código de Policía del Estado Lara, publicado en la *Gaceta Oficial del Estado Lara Extraordinario* N° 106 del 30 de abril de 1976.

**El Código Civil no funge como la fuente única para el régimen de las limitaciones legales a la propiedad predial que tienen por objeto la utilidad privada, sino que, por el contrario, abre la posibilidad de que tengan aplicación leyes y ordenanzas de policía (categoría en la cual se incluye el Código de Policía del Estado Lara).**

En segundo lugar, la parte actora denuncia la inconstitucionalidad de los artículos 72 y 158 del Código de Policía del Estado Lara, los cuales establecen lo siguiente:

“Artículo 72º- Las autoridades de Policía velarán porque las poblaciones se mantengan en completo estado de aseo y limpieza. Los dueños de solares tienen la obligación de cortar y reparar el talud del terreno que ocupen de manera que la tierra que pueda desprenderse de ellos no caiga sobre las calles u otras construcciones. Los Prefectos ordenarán cuando lo crean necesarios (*sic*), la limpieza de los edificios y casas y sus respectivos solares.

Artículo 158º- Todo propietario de acequia cuyo trazo atraviere por fundo ajeno, camino público, curso de agua, o poblado, está en la obligación de construir a sus expensas, los puentes o cañerías que sean necesarios al libre tránsito, deberá construir además las obras necesarias para el drenaje de las aguas una vez utilizada, en forma de que no causen perjuicio a los fundos vecinos y mantenerla limpia.

Los puentes que se construyan sobre las acequias que atraviesan las vías públicas, deberán tener cuando menos el mismo ancho de la vía y la resistencia que exija las necesidades del tránsito. Quienes notificados de las obligaciones que le impone este Artículo no construyeren en el lapso señalado por el organismo competente las obras indicadas, serán penados con multa de quinientos a mil bolívares o arresto proporcional. La persistencia en la negativa acarreará pena de arresto hasta por treinta días”.

Respecto a estas normas, debe esta Sala precisar que las mismas constituyen, esencialmente, limitaciones legales a la propiedad predial, que tienen por objeto la utilidad privada, es decir, preceptos que tienen por objeto garantizar la armonía en las relaciones de convivencia del propietario de un inmueble con sus respectivos vecinos, siendo que tales normas no articulan las bases de ningún procedimiento, ni administrativo ni judicial, es decir, son de naturaleza netamente sustantiva, razón por la cual se concluye, que no tiene ningún sentido analizar la validez de las mismas bajo la óptica del principio de legalidad de las formas procesales, lo cual no obsta a que la constitucionalidad del artículo 158 pueda ser cuestionada por otras razones (tal como se ha hecho *supra*), ya que aquél prevé penas privativas de libertad. Aunado a lo anterior, debe afirmarse que una de las principales fuentes de esa facultad de los Estados para dictar normas de esta naturaleza, puede ubicarse en el texto del artículo 646 del Código Civil, el cual dispone lo siguiente:

“Artículo 646.- Las limitaciones legales de la propiedad predial por utilidad privada, se rigen por las disposiciones de la presente Sección y por las leyes y ordenanzas sobre policía”.

De la anterior redacción legal, se desprende que el Código Civil no funge como la fuente única para el régimen de las limitaciones legales a la propiedad predial que tienen por objeto la utilidad privada, sino que, por el contrario, abre la posibilidad de que tengan aplicación leyes y ordenanzas de policía (categoría en la cual se incluye el Código de Policía del Estado Lara).

En tercer lugar, respecto a los artículos 11 en sus ordinales 11 y 14; 51, 53, 60, 63, 68, 92, 96, 97, 167, 173, 183, 201, 202, 203 (en lo que se refiere al deber de la policía de velar por el respeto del derecho a la inviolabilidad del hogar de las personas), esta Sala considera que si bien constituyen normas de adjudicación –menos el artículo 63-, no es menos cierto que su contenido está en armonía con el principio de legalidad de las formas procesales. El fundamento de esta afirmación descansa en que, tal como se indicó anteriormente, los Estados poseen la potestad de articular procedimientos administrativos a través de las leyes que dicten sus órganos legislativos, máxime cuando se trata de la base normativa para el ejercicio de una potestad de ordenación o de limitación. Siendo así, se considera que tales artículos tampoco contradicen los artículos 156.32 187.1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Así también se declara.

## V. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

### 1. *El Procedimiento Administrativo: Silencio administrativo positivo*

**TSJ-SPA (1217)**

**11-7-2007**

Magistrado Ponente: Yolanda Jaimes Guerrero

Caso: Inversiones y Cantera Santa Rita, C.A. vs. Ministerio del Poder Popular para el Ambiente.

**El acto autorizatorio tácito que se produzca por vía del silencio administrativo, queda revocado implícitamente, pues la negativa expresa materializada en actos administrativos formales, constituye el ejercicio de la potestad de autotutela de la administración, a través de la cual puede revisar y corregir sus actuaciones. (Artículos 82 y 83 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.)**

Por otra parte alegó la accionante que de conformidad con lo establecido en el artículo 54 de la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio, *“la falta de contestación oportuna trae como consecuencia la acogida favorable de la solicitud planteada y por ende ya fue aprobada; es decir que siguiendo la norma legal, la solicitud planteada por mi representada, ya fue aprobada, aun y cuando posteriormente fue negada”*.

Sobre el particular, advierte la Sala que el silencio administrativo ha sido consagrado a favor de los administrados, para quienes una omisión de respuesta por parte de la Administración, no puede convertirse en merma de sus derechos. Es así como, el silencio administrativo de efectos positivos ha sido establecido para darle agilidad y flexibilidad a la actividad de policía que en determinadas materias realiza la Administración y constituye una garantía del particular, pues conduce a la posibilidad efectiva de realizar actividades que deben ser fiscalizadas por la Administración, siempre que para ello exista texto legal expreso.

No obstante, bajo la vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la tesis del silencio administrativo no basta para satisfacer el derecho a la oportuna respuesta, pues ahora se exige que tal respuesta deba ser adecuada, no sólo oportuna.

En este orden de ideas respecto al silencio administrativo, se aprecia que el artículo 54 de la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio, con base en el cual el recurrente pretende dar por otorgada la autorización requerida, establece lo siguiente:

*“En todo caso, el otorgamiento de las autorizaciones nacionales o regionales respectivas, deberá decidirse en un lapso de sesenta (60) días continuos, a contar del recibo de la solicitud respectiva. Vencido dicho lapso, sin que se hubiera otorgado o negado la autorización, se considerará concedida, a cuyo efecto, las autoridades respectivas están obligadas a otorgar la respectiva constancia”*.

Ahora bien, resulta imperante para la Sala determinar, si la norma precedentemente transcrita es la aplicable al presente caso y si, como consecuencia de ello, es procedente entender como otorgada la autorización, que según alega el recurrente, le fue negada mediante acto expreso, después de operar el silencio positivo.

Al respecto, cabe advertir que esta Sala, en sentencia N° 00162 de fecha 3 de marzo de 2004, estableció lo siguiente:

*“...el lapso de sesenta (60) días otorgado a la Administración para resolver las solicitudes de ocupación del territorio previsto en el artículo 54 de la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio, no es aplicable a aquellos casos donde la ocupación pretenda realizarse en alguna región donde no exista un Plan de Ordenación (...) en efecto, establece el artículo 53 de la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio lo siguiente:*

*‘La ejecución de actividades por particulares y entidades privadas que impliquen ocupación del territorio, deberá ser autorizada previamente por las autoridades encargadas del control de la ejecución de los planes, conforme a lo previsto en el Capítulo II del Título IV, a los efectos de conformidad con dichos planes, dentro de sus respectivas competencias (...)’*

*La norma parcialmente transcrita, la cual encabeza el capítulo de la Ley en referencia intitulado ‘De las Autorizaciones Administrativas’ indica que las pautas y lapsos contemplados en ese Capítulo, se aplicaran a aquellas autorizaciones para ocupación territorial de alguna región en la cual exista un Plan Regional de Ordenación”.*

De conformidad con lo anterior, se pudiera concluir que en el presente caso, dada la existencia del Plan de Ordenamiento y Reglamento de Uso de la Zona Protectora del Área Metropolitana de Caracas, dictado mediante Decreto N° 2.299 del 5 de junio de 1992, Publicado en la *Gaceta Oficial* N° 35.133 del 18 de enero de 1993, resultaría aplicable entonces la consecuencia jurídica prevista en el precitado artículo 54 de la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio, esto es, el silencio administrativo positivo.

No obstante lo anterior, deben observarse las previsiones legales establecidas en el citado Plan de Ordenamiento y Reglamento de Uso de la Zona Protectora del Área Metropolitana de Caracas, el cual establece:

*“Artículo 2°: Este Decreto establece los Lineamientos y Directrices previstos en el Plan de Ordenamiento de la Zona Protectora del Área Metropolitana de Caracas, los criterios para asignar los usos y su zonificación y condiciones de desarrollo. Regula la ejecución de las actividades que puedan ser realizadas por el sector público o por el sector privado.*

*“Artículo 12: Las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas que pretendan efectuar afectaciones de los recursos naturales dentro de la Zona Protectora, requerirán de una autorización o permiso otorgado por la Autoridad Única de Área, para tal fin, los interesados deberán presentar una solicitud por triplicado anexando los siguientes recaudos:*

*(...)*

**PARÁGRAFO PRIMERO:** *La Autoridad Única de Área requerirá al solicitante, en los quince (15) días hábiles, siguientes a la fecha de recepción de la solicitud y por una sola vez, cualquier otra documentación racionalmente indispensable, para su estudio, transcurrido este lapso, la solicitud será tramitada con los recaudos presentados conforme a los numerales de este artículo y le corresponde a la Autoridad Única de Área manifestar su decisión en el lapso máximo de sesenta (60) días continuos, contados a partir del último requerimiento de información”.*

Ahora bien, se evidencia del expediente administrativo que el accionante planteó la correspondiente solicitud el 24 de septiembre de 1996 y la Administración dio respuesta expresa en 13 de enero de 1997, constatándose en consecuencia, que la negativa al requerimiento por parte de la Gerencia General de la Autoridad Única de Área Agencia de Cuenca del Río Tuy y de la Vertiente Norte de la Serranía del Litoral del Distrito Federal y Estado Miranda, se produjo 43 días después de los sesenta (60) días establecidos en la norma precedentemente transcrita. En orden a lo anterior, es imperante precisar que ha sido criterio reiterado de esta Sala, que el acto autorizatorio tácito que se hubiese producido por vía del silencio administrativo, queda revocado implícitamente, pues la negativa expresa materializada en actos administrativos formales, constituiría el ejercicio de la potestad de autotutela de la

administración, a través de la cual puede revisar y corregir sus actuaciones, todo de conformidad con los términos expuestos en los artículos 82 y 83 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

En efecto, la disposición que establece el silencio positivo, debe ser aplicada teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 56 y 70 de la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio, el cual consagra, que serán nulas y sin ningún efecto, las autorizaciones otorgadas en contravención a los planes de ordenación del territorio; así como lo dispuesto en el artículo que expresa que los actos administrativos contrarios a los planes de ordenación del territorio se consideran nulos, no pudiendo generar derechos a favor de sus destinatarios.

Es decir, la autorización que debe acordarse en virtud del silencio positivo, no podrá serlo en contravención a la Ley, puesto que un silencio de la Administración nunca podrá tener un efecto derogatorio.

En consecuencia, habiendo mediado un acto que expresamente señala que la autorización de uso solicitada interfería con la zona protectora de ley, no se materializó el silencio positivo alegado por el recurrente. Así se declara.

2. *Actos Administrativos: Vicios: Falso supuesto e inmotivación*

**TSJ-SPA (1217)**

**11-7-2007**

Magistrado Ponente: Yolanda Jaimes Guerrero

Caso: Inversiones y Cantera Santa Rita, C.A. vs. Ministerio del Poder Popular para el Ambiente.

**Es posible la existencia simultánea de los vicios de falso supuesto e inmotivación, cuando los argumentos respecto de este último vicio no se refieran a la omisión de las razones que fundamentan el acto, sino que estén dirigidos a evidenciar una motivación contradictoria o ininteligible, es decir, cuando el acto haya expresado las razones que lo fundamentan pero en una forma que incida negativamente en su motivación, haciéndola incomprensible, confusa o discordante.**

Establecido lo anterior, se advierte que el recurrente planteó además que el acto impugnado incurre en el vicio de inmotivación y de falso supuesto, razón por la cual debe señalarse, que la jurisprudencia de este Alto Tribunal ha dejado sentado que invocar conjuntamente la ausencia de motivación y el error en la apreciación de los hechos o en la aplicación de los fundamentos de derecho -vicio en la causa- es contradictorio pues ambos se enervan entre sí; en razón de ello, cuando se aducen razones para destruir la apreciación de la Administración dentro del procedimiento formativo del acto, es porque se conocen los motivos del mismo, de manera que resulta incompatible que por un lado se exprese que se desconocen los fundamentos del acto y por otro se califique de errada tal fundamentación; de allí que la denuncia simultánea de los vicios de inmotivación y falso supuesto, ha venido siendo desestimada por los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa. (Entre otras, sentencias de esta Sala N° 3405 del 26 de mayo de 2005, 1659 del 28 de junio de 2006, 1137 del 4 de mayo de 2006).

No obstante lo anterior, es menester señalar que esta Sala se ha pronunciado sobre el vicio de motivación contradictoria (Sentencia N° 1.930 del 27 de julio de 2006), indicando sobre el particular lo siguiente:



*“(…) la inmotivación (tanto de los actos administrativos como de las sentencias) no sólo se produce cuando faltan de forma absoluta los fundamentos de éstos, sino que puede incluso verificarse en casos en los que habiéndose expresado las razones de lo dispuesto en el acto o decisión de que se trate, éstas, sin embargo, presentan determinadas características que inciden negativamente en el aspecto de la motivación, haciéndola incomprensible, confusa o discordante. Por ende, la circunstancia de alegar paralelamente los vicios de inmotivación y falso supuesto se traduce en una contradicción o incompatibilidad cuando lo argüido respecto a la motivación del acto es la omisión de las razones que lo fundamentan, pero no en aquellos supuestos en los que lo denunciado es una motivación contradictoria o ininteligible, pues en estos casos sí se indican los motivos de la decisión (aunque con los anotados rasgos), resultando posible entonces que a la vez se incurra en un error en la valoración de los hechos o el derecho expresados en ella.”*

Al respecto se observa, que el vicio de inmotivación alegado por la parte actora fue argumentado bajo los siguientes términos:

*“Adolece del vicio de inmotivación toda vez que el funcionario decisor, no se pronunció acerca de los alegatos presentados por mi en nombre de mi representada, ni acerca de las pruebas consignadas en el expediente (estudio geológico y fotografías presentadas), ni tampoco se pronunció acerca de que dada la correlación de fechas y los lapsos se vencieron a favor de mi representada”.*

Como se puede apreciar, la Sala en el fallo precedentemente transcrito, admite la posibilidad de la existencia simultánea de los vicios de falso supuesto e inmotivación, cuando los argumentos respecto de este último vicio no se refieran a la omisión de las razones que fundamentan el acto, sino que estén dirigidos a evidenciar una motivación contradictoria o ininteligible, es decir, cuando el acto haya expresado las razones que lo fundamentan pero en una forma que incida negativamente en su motivación, haciéndola incomprensible, confusa o discordante. Lo antes expuesto no se corresponde con lo alegado por el recurrente en el presente caso, toda vez que estimó que la Resolución impugnada adolece del vicio de inmotivación por cuanto a su juicio, la Administración no se pronunció acerca de los alegatos expuestos y a las pruebas consignadas en el expediente, o sobre circunstancias del caso contenidas en los autos del expediente administrativo, supuesto que no es asimilable a la motivación contradictoria del acto sino al vicio de falso supuesto de hecho. Por consiguiente, esta Sala desecha el alegato relativo a la inmotivación del acto recurrido y reserva su análisis a los argumentos esgrimidos respecto del falso supuesto de hecho. Así se declara.

### 3. *La actividad de policía administrativa*

**TSJ-SC (1744)**

**9-8-2007**

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Impugnación del Código de Policía del Estado Lara, *Gaceta Oficial del Estado Lara* Ext. N° 106 del 30 -4-1976.

**La policía administrativa (en sentido orgánico e institucional), a través de su actividad, tiene la misión de asegurar ese mínimo de normalidad de la convivencia, de la vida comunitaria jurídicamente organizada, a través de la materialización de medidas preventivas y represivas (excluyendo, por supuesto, a los arrestos).**

En tercer lugar, el contenido de los artículos 59 y 68 del Código de Policía del Estado Lara también fue considerado inconstitucional por la representación de la Defensoría del Pueblo, por ser violatorio del principio de legalidad.

Esos enunciados normativos disponen lo siguiente:

“Artículo 59°- La Policía impedirá el que se prostituyan las mujeres. Al efecto tomará medidas que exijan las buenas costumbres y la tranquilidad pública”.

“Artículo 68°- Queda terminantemente prohibido fumar en los Salones de espectáculos públicos; así como también formar escándalos. Los Agentes de Policía harán desocupar inmediatamente del Salón o del lugar a los espectadores que contravinieren esta disposición”.

Respecto a esta norma, esta Sala considera que las mismas constituyen una clara manifestación de la actividad de policía administrativa –destinada a tutelar la seguridad ciudadana-, siendo que tal actividad, a su vez, constituye una manifestación de la actividad de ordenación o de limitación, la cual constituye una de las actividades típicas de las Administración.

La seguridad ciudadana, concebida como el eje central que sustenta la mencionada especie de la actividad de ordenación o limitación, se encuentra consagrada en el propio texto de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. La piedra angular de tal regulación se encuentra en el artículo 55 del Texto Constitucional, el cual señala:

“Artículo 55. Toda persona tiene derecho a la protección por parte del Estado a través de los órganos de seguridad ciudadana regulados por ley, frente a situaciones que constituyan amenaza, vulnerabilidad o riesgo para la integridad física de las personas, sus propiedades, el disfrute de sus derechos y el cumplimiento de sus deberes.

La participación de los ciudadanos y ciudadanas en los programas destinados a la prevención, seguridad ciudadana y administración de emergencias será regulada por una ley especial.

Los cuerpos de seguridad del Estado respetarán la dignidad y los derechos humanos de todas las personas. El uso de armas o sustancias tóxicas por parte del funcionario policial y de seguridad estará limitado por principios de necesidad, conveniencia, oportunidad y proporcionalidad, conforme a la ley”.

Por su parte, el artículo 332 *eiusdem* también contiene directrices referidas al régimen de la seguridad ciudadana, al establecer lo siguiente:

“Artículo 332. El Ejecutivo Nacional, para mantener y restablecer el orden público, proteger a los ciudadanos y ciudadanas, hogares y familias, apoyar las decisiones de las autoridades competentes y asegurar el pacífico disfrute de las garantías y derechos constitucionales, de conformidad con la ley, organizará:

1. Un cuerpo uniformado de policía nacional.
2. Un cuerpo de investigaciones científicas, penales y criminalísticas.
3. Un cuerpo de bomberos y bomberas y administración de emergencias de carácter civil.
4. Una organización de protección civil y administración de desastres.

Los órganos de seguridad ciudadana son de carácter civil y respetarán la dignidad y los derechos humanos, sin discriminación alguna.

La función de los órganos de seguridad ciudadana constituye una competencia concurrente con los Estados y Municipios en los términos establecidos en esta Constitución y en la ley”.

Ahora bien, el Decreto con Fuerza de Ley de Coordinación de Seguridad Ciudadana, publicado en la *Gaceta Oficial* N° 37.318, del 6 de noviembre de 2001, ha desarrollado el contenido de tales normas constitucionales, definiendo a la seguridad ciudadana (artículo 1), como el estado de sosiego, certidumbre y confianza que debe proporcionarse a la población residente o de tránsito, mediante acciones dirigidas a proteger su integridad física y propiedades.

Por su parte, el artículo 2 del referido decreto, estructura el catálogo de los órganos encargados de velar por el mantenimiento de la seguridad ciudadana, rezando dicha norma de la siguiente forma:

“Artículo 2°. Son órganos de Seguridad Ciudadana:

1. La Policía Nacional.
2. Las Policías de cada Estado.
3. Las Policías de cada Municipio, y los servicios mancomunados de policías prestados a través de las Policías Metropolitanas.
4. El Cuerpo de investigaciones científicas, penales y criminalísticas.
5. El cuerpo de bomberos y administración de emergencias de carácter civil.
6. La organización de protección civil y administración de desastre” (Subrayado del presente fallo).

Siguiendo las enseñanzas de PAREJO ALFONZO, debe afirmarse que el núcleo del concepto de seguridad ciudadana radica en la idea de normalidad mínima. Así, la seguridad ciudadana constituye la cifra misma de esa normalidad mínima, según resulta del ordenamiento jurídico en vigor. Esa normalidad configura el presupuesto esencial para la efectividad y el funcionamiento de ese ordenamiento.

En este contexto, la acción de policía tiene por objeto garantizar esa normalidad mínima, es decir, su mantenimiento y, en su caso, su restablecimiento, con imposición, si procede, de las sanciones correspondientes por las infracciones cometidas (v PAREJO ALFONZO, Luciano y otros, *Manual de Derecho Administrativo*, Volumen 2, Quinta edición, Editorial Ariel, Barcelona, 1998, p. 118).

En otras palabras, la policía administrativa (en sentido orgánico e institucional), a través de su actividad, tiene la misión de asegurar ese mínimo de normalidad de la convivencia, de la vida comunitaria jurídicamente organizada, a través de la materialización de medidas preventivas y represivas (excluyendo, por supuesto, a los arrestos).

Sobre este último aspecto, el señalado autor afirma:

“...Ese grado mínimo de regularidad o normalidad en que la seguridad ciudadana consiste es una exigencia y una consecuencia del ordenamiento jurídico en su conjunto o globalmente considerado (presidido por la Constitución, en la que los derechos fundamentales tienen una posición preferente). Y ello, porque dicho grado mínimo es presupuesto de la efectividad de ese ordenamiento. Ésta es la razón de la enorme amplitud del concepto de seguridad ciudadana, pues tiene que abarcar necesariamente cuantos hechos o acciones puedan incidir (con independencia de su naturaleza) en aquella efectividad de forma que la cuestionen en *un grado que implique la ruptura del mínimo antes expresado...*”. (Cfr. PAREJO ALFONZO, *Ob. Cit.*, p. 119).

Del análisis del contenido de los mencionados artículos 59 y 68 del Código de Policía del Estado Lara, a la luz de las consideraciones legales y doctrinales antes explanadas, esta Sala estima que no existe antinomia entre el artículo 49.6 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y las mencionadas normas estatales, toda vez que en la redacción de éstas no se encuentra inserta la descripción de un tipo de delito, ni tampoco el establecimiento de una pena privativa de libertad; lejos de ello, su enunciado contiene una prohibición llevar a cabo actividades y negocios vinculados a la prostitución (artículo 59), así como también la prohibición de fumar u ocasionar escándalos en los salones de espectáculos públicos (artículo 68), entendiendo el vocablo “*escándalo*” como alboroto, tumulto o disturbio; y de igual forma, en dichas normas se establecen como consecuencias jurídicas de

la verificación de la hipótesis normativa en ellas contempladas 1.- la ejecución de medidas que exijan las buenas costumbres y la tranquilidad pública (por supuesto, excluyendo cualquier clase de privación de la libertad ambulatoria); y 2.- el desalojo –a cargo de los agentes de policía- de los espectadores que contravinieren tal prohibición, respectivamente, todo lo cual apunta al mantenimiento de ese grado de normalidad mínima en la convivencia y de la vida comunitaria jurídicamente organizada, que configura el contenido de la seguridad ciudadana –antiguamente denominada orden público-, es decir, dichas normas estatales constituyen mecanismos que coadyuvan al mantenimiento de la seguridad ciudadana.

En consecuencia, los artículos 59 y 68 del Código de Policía del Estado Lara, al encontrarse en armonía con el Texto Constitucional, resisten el examen de su constitucionalidad, y así se declara.

#### 4. *Contratos Administrativos: Concesiones Administrativas*

**TSJ-SPA (1337)**

**31-7-2007**

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortiz

Caso: Radio Caracas Televisión RCTV C.A. vs. Ministerio del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática.

**El vencimiento de una concesión es un hecho fatal que se configura con el solo paso del tiempo, de allí que no sea necesario ningún pronunciamiento expreso por parte de la Administración sobre tal devenir y, mucho menos, la tramitación de un procedimiento para pronunciarse sobre una solicitud presentada sobre cuestiones relativas a dicha concesión con ocasión a su vencimiento, por lo que, en este caso, no se evidencia *prima facie* el vicio de ausencia absoluta de procedimiento.**

Corresponde a la Sala pronunciarse sobre la medida cautelar innominada solicitada por la parte recurrente, conforme a lo establecido en el aparte 21 del artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, en concordancia con lo previsto en el artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, a los fines de que esta Sala ordene al Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática “...que tome todas las [medidas] necesarias a los fines de que RCTV pueda volver a operar como estación de televisión abierta en VHF en las frecuencias que había venido operando en todo el territorio nacional mientras se decide en forma definitiva esta demanda de anulación...”. A tal efecto, la Sala observa:

Es criterio de este Alto Tribunal que el poder cautelar debe ejercerse con sujeción estricta a las disposiciones legales que lo confieren. En este sentido, el Código de Procedimiento Civil, aplicable supletoriamente al proceso contencioso administrativo de nulidad por remisión expresa del primer aparte del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, dispone en el Parágrafo Único de su artículo 588, lo siguiente:

*“Artículo 588. (...) Parágrafo Único: Además de las medidas preventivas anteriormente enumeradas, y con estricta sujeción a los requisitos previstos en el Artículo 585, el Tribunal podrá acordar las providencias cautelares que considere adecuadas, cuando hubiere fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra. En estos casos para evitar el daño, el Tribunal podrá autorizar o prohibir la ejecución de determinados actos, y adoptar las providencias que tengan por objeto hacer cesar la continuidad de la lesión. ...”.*

De acuerdo con la norma transcrita, en concordancia con lo previsto en el artículo 585 del mencionado Código adjetivo, la procedencia de cualquier medida cautelar está condicionada al cumplimiento concurrente de varios requisitos, a saber: (a) Que se presuma la existencia del buen derecho cuya protección se persigue con la medida cautelar (*fumus boni iuris*), esto es, que el derecho que se pretende tutelar aparezca como probable y verosímil; (b) Que exista riesgo de quedar ilusoria la ejecución del fallo (*periculum in mora*), es decir, la amenaza de que se produzca un daño irreversible para la parte peticionante por el retardo en la obtención de la sentencia definitiva; y, adicionalmente, se requiere para el decreto de las medidas innominadas, el *periculum in damni* o el temor fundado de que una de las partes pudiera causarle lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra.

En lo que atañe a la presunción de buen derecho, debe precisarse que dicho requisito se configura cuando el juzgador evidencia que la petición respecto a la cual se solicita la protección cautelar tiene la apariencia de su conformidad al derecho, sin recurrir a un estudio detallado y profundo de lo que constituye el *thema decidendum* del caso. Se trata, entonces, de verificar la apariencia favorable del derecho que se alega conculcado.

En cuanto al *periculum in mora*, la jurisprudencia pacífica de esta Sala siempre han apuntado a que su verificación no se limite a la mera hipótesis o suposición sino a la presunción grave del temor al daño por violación o desconocimiento del derecho, si éste existiese; bien por la tardanza de la tramitación del juicio, bien por los hechos del demandado durante ese tiempo que burlen o desmejoren la efectividad de la sentencia esperada.

Y, finalmente, en lo que se refiere al *periculum in damni*, éste se erige como el fundamento de la medida cautelar innominada que determina la decisión del tribunal para actuar, autorizando o prohibiendo la ejecución de determinados actos y adoptando las providencias necesarias para evitar las lesiones que una de las partes pueda ocasionar a la otra.

Ahora bien, de acuerdo con lo previsto en los artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil, la acreditación de los mencionados requisitos constituye una carga para el solicitante de la medida, lo cual hará valer mediante el uso de los medios probatorios establecidos en el ordenamiento jurídico, debiendo el juzgador verificar la existencia en el expediente de hechos concretos que permitan comprobar la certeza de los mencionados requisitos a los efectos de decretar o no la medida cautelar, por lo que su simple alegación no conducirá a otorgar la protección cautelar. Por otra parte, resulta pertinente resaltar que al tratarse la medida cautelar innominada de un medio para garantizar los efectos de la sentencia definitiva, ésta al ser acordada, no debe comportar carácter definitivo sino que habrá de circunscribirse a la duración del recurso judicial incoado; y, por tanto, debe ser susceptible de revocatoria cuando varíen o cambien las razones que inicialmente justificaron su procedencia, además de ser lo suficientemente acorde con la protección cautelar requerida para cada caso, no pudiendo el juez incurrir en exceso o disminución en cuanto al ámbito o extensión de la medida (*Vid.* Sentencia N° 964 del 1° de julio de 2003).

Aplicando las reglas antes expuestas al examen de la medida cautelar a que se contrae la presente solicitud, del análisis efectuado sobre el contenido del expediente y atendiendo a los alegatos de la parte recurrente, la Sala advierte lo siguiente:

Los apoderados actores fundamentan el requisito del *fumus boni iuris* en la presunta violación de una serie de principios generales del derecho y del procedimiento administrativo, y en vicios que, según sus dichos, afectan a los actos recurridos. Los argumentos relativos a la presunta violación de los principios de jerarquía, de inderogabilidad singular de los reglamentos, de buena fe, confianza legítima e identidad y el vicio de falso supuesto

esgrimidos por la parte recurrente se apoyan principalmente en la existencia de un supuesto derecho de preferencia a la extensión de los títulos de RCTV, C.A., conforme a lo previsto en la normativa legal anterior a la vigente Ley Orgánica de Telecomunicaciones, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 36.970 del 12 de junio de 2000, y en la interpretación que la Administración le ha dado a dicha normativa, como la contenida en el Decreto N° 1.577 del 27 de mayo de 1987. Al respecto, cabe señalar que la presunta existencia de ese derecho de preferencia viene a ser uno de los puntos relevantes a determinar en la controversia planteada y con base al cual la parte recurrente pretende seguir operando como estación de televisión abierta en las frecuencias que le había asignado el Estado a tales fines.

En este sentido, para poder verificar la existencia del supuesto derecho de preferencia a la extensión de los títulos, debe necesariamente examinarse en primer lugar, la aplicación del Decreto N° 1.577 contentivo del Reglamento sobre Concesiones para Televisoras y Radiodifusoras del 27 de mayo de 1987, y posteriormente interpretar ese Decreto a la luz de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, entre otras disposiciones previstas en el ordenamiento jurídico vigente; análisis que evidentemente no puede ser realizado en esta etapa del proceso, por constituir un pronunciamiento de la sentencia definitiva que ha de recaer en este caso.

Por otra parte, en cuanto a la presunta violación de los principios de proporcionalidad y “*racionalidad*” a los que también se alude, debe señalarse que el estudio de los planteamientos en que se fundamenta tal denuncia implicaría para la Sala un examen sobre la existencia de las frecuencias disponibles en el espectro radioeléctrico, la situación jurídica de RCTV, C.A. y de otros operadores en cuanto a la vigencia de sus concesiones, además del estudio sobre el ejercicio de la potestad del Estado para hacer uso del referido espectro radioeléctrico; análisis que no corresponde ahora realizar sino que debe ser efectuado propiamente en la decisión del fondo del asunto.

Igualmente sucede con la denuncia del vicio de desviación de poder formulada por los apoderados judiciales de RCTV, C.A., cuyos términos obligarían a determinar si la actuación de la Administración estuvo apegada a la Ley.

No obstante lo anterior, del texto de los actos recurridos evidencia la Sala que la actuación del Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática, responde al cumplimiento de la obligación establecida en el artículo 108 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, con el objeto de garantizar servicios públicos de televisión para cuyo propósito ha implementado nuevas políticas en materia de telecomunicaciones, de lo cual no se desprende, en esta etapa cautelar, la verificación del vicio de desviación de poder alegado por los recurrentes.

En cuanto al supuesto vicio de incompetencia manifiesta, denuncian los apoderados actores que dado el contenido de las declaraciones rendidas públicamente por el Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática, esa autoridad administrativa debió inhibirse del conocimiento de la solicitud presentada posteriormente a tales declaraciones, esto es, el 24 de enero de 2007 por RCTV, C.A., conforme a lo establecido en el ordinal 3° del artículo 36 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y en el artículo 30 *eiusdem*, pues se adelantó opinión sobre la resolución del procedimiento referente a la transformación de los títulos de esa empresa para operar como televisión abierta en la frecuencia VHF.

Estima la Sala que para evidenciar el mencionado vicio, sería perentorio efectuar un análisis detallado de los actos administrativos impugnados así como de las actuaciones del referido Ministro, confrontándolos con los argumentos formulados por la parte recurrente y

las normas aplicables al caso de autos; sólo así podría verificarse la supuesta parcialidad y el adelantamiento sobre la resolución de la solicitud planteada por la parte recurrente, en que habría incurrido la Administración, lo cual no puede realizarse en esta etapa cautelar.

Respecto al presunto vicio de ilegalidad en el objeto, la parte recurrente afirma que de la lectura del artículo 191 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, se presume que los actos recurridos tienen un “objeto ilegal” toda vez que la creación de una estación de televisión abierta de servicio público implicaría que la República controlaría más de un canal en la frecuencia VHF por localidad.

Al respecto, se observa que el artículo 191 *eiusdem* establece:

“Artículo 191.- Ninguna persona natural o jurídica o grupo de personas podrá, por sí o por interpuesta persona, obtener en concesión o llegar a controlar más de una estación de radiodifusión o televisión abierta, en la misma banda de frecuencia por localidad. Esta misma restricción opera con relación a los accionistas de una empresa concesionaria.

Por reglamento podrán establecerse otras restricciones que garanticen la pluralidad y democratización en la distribución y uso de tales recursos.

En todo caso, el Estado podrá reservarse para sí frecuencias en cada una de las bandas de radiodifusión sonora y de televisión abierta, comprendidas en el Cuadro Nacional de Atribución de Bandas de Frecuencias (CUNABAF)”.

De la norma transcrita, estima la Sala que los recurrentes fundamentan la denuncia de ilegalidad en el objeto de los actos impugnados en su interpretación acerca del contenido del artículo 191 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, en cuanto a la potestad del Estado de reservarse frecuencias en cada una de las bandas de radiodifusión sonora y de televisión abierta y la supuesta limitación que dicho artículo prevé para que el Estado ejerza dicha facultad. Advierte la Sala, que este planteamiento constituye un mero análisis interpretativo y personal de los recurrentes que no puede ser examinado en sede cautelar, toda vez que un pronunciamiento acerca de este punto prejuzgaría sobre el fondo del asunto debatido al tener que verificarse la correcta interpretación y aplicación de la mencionada norma jurídica en el marco del ejercicio de las potestades conferidas por ley al Estado.

Con relación al supuesto vicio de ausencia absoluta del procedimiento legalmente establecido, estima la Sala que un pronunciamiento sobre este aspecto implicaría la revisión de los actos recurridos y de las disposiciones legales que regulen la materia, para poder determinar si en el caso bajo examen era procedente el inicio de un procedimiento administrativo para tramitar la solicitud de la representación judicial de RCTV, C.A. ante el Ministro del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática el 24 de enero de 2007.

Sin embargo, resulta pertinente mencionar que el vencimiento de una concesión es un hecho fatal que se configura con el solo paso del tiempo, de allí que no sea necesario ningún pronunciamiento expreso por parte de la Administración sobre tal devenir y, mucho menos, la tramitación de un procedimiento para pronunciarse sobre una solicitud presentada sobre cuestiones relativas a dicha concesión con ocasión a su vencimiento, por lo que, en este caso, no se evidencia *prima facie* el vicio de ausencia absoluta de procedimiento.

Vistas las anteriores consideraciones, una vez más, debe destacar la Sala que al estar fundamentada la solicitud de la medida cautelar innominada en la violación de principios y en vicios de nulidad, que giran fundamentalmente en torno a un presunto derecho de preferencia respecto al cual, insisten los solicitantes, le favorecía a RCTV, C.A. -entre otros aspectos como la parcialidad y la ilegalidad de la actuación de la Administración- debe realizarse un examen pormenorizado de las normas jurídicas aplicables para verificar la

existencia de ese supuesto derecho y determinar las lesiones alegadas, por lo cual en este estado de la causa no resultan demostrados los elementos planteados como fundamento para acordar la medida.

Adicionalmente, en cuanto a los requisitos del *periculum in mora* y *periculum in damni*, no evidencia la Sala del expediente judicial de qué manera puedan producirse los daños alegados por la representación judicial de RCTV, C.A., pues es un hecho público y notorio que dicha empresa sigue operando como estación de televisión pudiendo transmitir sus contenidos de entretenimiento e información, usando sus equipos y materiales técnicos, lo que hace presumir que también está cumpliendo con los compromisos laborales y comerciales asumidos.

Finalmente, concluye la Sala que, en el caso concreto, no se configuran los requisitos para la procedencia de la medida cautelar innominada solicitada, razón por la cual ésta debe declararse improcedente, conforme a lo establecido en los artículos 585 y 588 del Código de Procedimientos Civil. Así se declara.

## VI. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

### 1. *Acción de Inconstitucionalidad. Admisibilidad: Copia del acto normativo impugnado*

**TSJ-SC (1501)**

**17-7-2007**

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Corrado Alberto Crisanti y Otros. Impugnación de la Constitución del Estado Miranda, publicada en la *Gaceta Oficial* de esa entidad político territorial N° 0086, del 28 -7-2006.

**Cuando se trata de normas nacionales, publicadas en la *Gaceta Oficial de la República*, la jurisprudencia de la Sala ha admitido la posibilidad de eximir al actor de la carga de acompañar copia del acto impugnado, con base en que el juez conoce el Derecho. Sin embargo, ello no ha podido hacerse respecto de la legislación estatal y municipal, pese a ser también Derecho, toda vez que el juez encuentra en esos niveles, la misma dificultad que los particulares para verificar la existencia o en todo caso la vigencia de una legislación regional.**

Con miras a establecer la admisibilidad de la acción de nulidad bajo análisis, es de vital importancia, precisar que de la revisión de autos se evidencia que la parte accionante consignó conjuntamente a su escrito recursorio la siguiente documentación: copia fotostática del Acta N° 33 correspondiente a la sesión del 18 de julio de 2006, del Consejo Legislativo del Estado Miranda; copia fotostática de comunicación fechada el 25 de julio de 2006, en la cual se deja constancia que no se realizó la sesión pautada para la referida fecha, por falta de *quórum*; copia fotostática del Acta N° 35 correspondiente a la sesión del 25 de julio de 2006, del Consejo Legislativo del Estado Miranda, en la cual se deja constancia de la aprobación por unanimidad de la constitución del Estado Bolivariano de Miranda, publicada en la *Gaceta Oficial* del citado ente político territorial del 19 de diciembre de 2001.

De lo anteriormente señalado se evidencia, que los accionantes no consignaron copia –simple o certificada- del acto normativo que presuntamente resulta inconstitucional y en tal virtud, se hace menester reiterar lo establecido en la decisión N° 59, dictada por esta Sala el 4 de febrero de 2004 (caso: *GARZON HIPERMERCADO*), en la cual se ratificó, que cuando se



trata de normas nacionales, publicadas en la *Gaceta Oficial de la República*, la jurisprudencia de esta Sala ha admitido la posibilidad de eximir al actor de la carga de acompañar copia del acto impugnado, con base en que el juez conoce el Derecho.

Sin embargo, ello no ha podido hacerse respecto de la legislación estatal y municipal, pese a ser también Derecho, toda vez que el juez encuentra en esos niveles, la misma dificultad que los particulares para verificar la existencia o en todo caso la vigencia de una legislación regional.

Por ello, en casos como el de autos constituye una carga procesal de indefectible cumplimiento, la consignación de una copia -incluso simple- del complejo normativo impugnado parcial o totalmente, pues ello resulta de vital importancia para el examen de la solicitud formulada, así como para tener certeza de la vigencia y contenido del acto cuya validez se cuestiona a través de la acción de nulidad.

En consecuencia de lo expuesto, constata como ha sido la omisión en que incurrieron los actores de acompañar al escrito recursorio de los documentos indispensables para verificar si la acción o recurso es admisible, concretamente el complejo normativo impugnado, debe concluirse que la acción de nulidad ejercida resulta inadmisibile, de conformidad con lo previsto en el quinto aparte del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Así se decide.

*Voto Salvado de la Magistrada Carmen Zuleta de Merchán*

Quien suscribe, Magistrada Carmen Zuleta de Merchán, salva su voto por disentir del criterio sostenido por la mayoría sentenciadora que declaró inadmisibile el recurso de nulidad interpuesto por los ciudadanos Corrado Alberto Crisanti, Shully Rosenthal, Carlos Guillermo Arocha y Ovidio Lozada, contra la Constitución del Estado Bolivariano de Miranda.

Según adujo la mayoría sentenciadora, los accionantes no consignaron copia simple o certificada del acto impugnado, lo cual “*constituye una carga procesal de indefectible cumplimiento (...), pues ello resulta de vital importancia para el examen de la solicitud formulada, así como para tener certeza de la vigencia y contenido del acto cuya validez se cuestiona a través de la acción de nulidad*”. Criterio que halla fundamento en el precedente contenido en el fallo N° 59/2004, invocado por la disidentida, en el cual se indicó, lo siguiente:

...la jurisprudencia de esta Sala ha admitido la posibilidad de eximir al actor de la carga de acompañar copia del acto impugnado, con base en que el juez conoce el Derecho. Ello no ha podido hacerse respecto de la legislación estatal y municipal, pese a ser también Derecho, toda vez que el juez encuentra en esos niveles la misma dificultad que los particulares. En todo caso, basta con la consignación de una copia simple.

Al respecto, quien suscribe debe referir que, ciertamente, el principio *iura novit curia* “*se limita al ordenamiento nacional y no se extiende, en consecuencia, al municipal [o estatal]*” (*vid. sent. N° 1248/2004*); pero el criterio invocado por la mayoría sentenciadora resulta contradictorio, pues, si aun dotada de la autoridad que le inviste la Carta Magna la Sala acepta que enfrenta las mismas dificultades que los particulares para dar con una norma local (pues es esa la única forma de “verificar la existencia” de un texto normativo), mal puede exigirles a estos que consignen copia simple o certificada del acto normativo impugnado, so pena de inadmisibilidat.

En todo caso, al margen de la crítica al argumento usado, el punto central de la disidencia radica en que, según lo dispone el artículo 434 del Código de Procedimiento Civil, “[s]i el demandante no hubiere acompañado su demanda con los instrumentos en que la

*fundamenta, no se le admitirán después, a menos que haya indicado en el libelo la oficina o el lugar donde se encuentren, o sean de fecha posterior, o que aparezca, si son anteriores, que no tuvo conocimiento de ellos”* (subrayado añadido). En el supuesto de autos, tal como lo invoca la disidente, la parte recurrente consignó, entre otras cosas, “*copia fotostática del acta N° 35 correspondiente a la sesión del 25 de julio de 2006, del Consejo Legislativo del Estado Miranda, en el cual se deja constancia de la aprobación por unanimidad de la Constitución del Estado Bolivariano de Miranda, publicada en la Gaceta Oficial del citado ente político territorial del 19 de diciembre de 2001*”. Así mismo, indicó con exactitud el número de la *Gaceta Oficial* en la cual fue publicado el acto normativo impugnado (*Gaceta Oficial del Estado Miranda N° 0086*).

Al ser ello así, atendiendo al precepto procesal citado, la Sala debió admitir el recurso de nulidad y establecer como carga del accionante que consigne en un plazo perentorio la gaceta que contiene el acto normativo impugnado, con la advertencia de que su incumplimiento acarrearía la perención de la instancia y el consecuente archivo del expediente, de conformidad con el artículo 267 del Código de Procedimiento Civil.

Queda en estos términos expuesto el criterio de la Magistrada disidente.

En la fecha *ut supra*.

Quando se trata de normas nacionales, publicadas en la *Gaceta Oficial de la República*, la jurisprudencia de esta Sala ha admitido la posibilidad de eximir al actor de la carga de acompañar copia del acto impugnado, con base en que el juez conoce el Derecho. Sin embargo, ello no ha podido hacerse respecto de la legislación estatal y municipal, pese a ser también Derecho, toda vez que el juez encuentra en esos niveles, la misma dificultad que los particulares para verificar la existencia o en todo caso la vigencia de una legislación regional.

*Voto Salvado del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz*

...gistrado Dr. Pedro Rafael Rondón Haaz discrepa del criterio mayoritario respecto de la sentencia que antecede, con fundamento en los siguientes razonamientos:

Los ciudadanos Corrado Alberto Crisanti, Shully Rosenthal, Carlos Guillermo Arocha Arocha y Ovidio Losada, diputados del Consejo Legislativo del Estado Miranda, interpusieron demanda de nulidad contra la Constitución del Estado Bolivariano de Miranda, que fue publicada en la *Gaceta Oficial* de la referida entidad política territorial N° 0086, del 28 de julio de 2006, el cual sustentaron en la inobservancia del procedimiento que fue establecido para la aprobación de la referida Constitución.

Por su parte, la mayoría sentenciadora declaró la inadmisibilidad de la pretensión de nulidad con base en “(…), *que los accionantes no consignaron copia –simple o certificada– del acto normativo que presuntamente resulta inconstitucional y en tal virtud, se hace menester reiterar lo establecido en la decisión N° 59, dictada por esta Sala el 4 de febrero de 2004 (caso: Garzon Hipermercado), en la cual se ratificó, que cuando se trata de normas nacionales, publicadas en la Gaceta Oficial de la República, la jurisprudencia de esta Sala ha admitido la posibilidad de eximir al actor de la carga de acompañar copia del acto impugnado, con base en que el juez conoce el Derecho. Sin embargo, ello no ha podido hacerse respecto de la legislación estatal y municipal, pese a ser también Derecho, toda vez que el juez encuentra en esos niveles, la misma dificultad que los particulares para verificar la existencia o en todo caso la vigencia de una legislación regional.*”

Este Magistrado disiente de lo anterior por cuanto, en primer lugar, el principio *iura novit curia* abarca materialmente a todo el Derecho y, por ende, no puede sostenerse excepción alguna en cuanto a las Constituciones Estadales. La Ley es obligatoria desde su

publicación en la *Gaceta Oficial*, ex artículo 1 del Código Civil; por su parte las Constituciones Estadales, que son ley en el ámbito del estado obligan desde su publicación en la *Gaceta Estadal*. De allí que todos los ciudadanos y funcionarios públicos se vinculen en atención a la certeza temporal que se derivada de su publicación en un instrumento oficial, sin que les sirva de excusa el desconocimiento de las mismas (Art. 2 *eiusdem*).

Lo que fue expresado *supra* puede resumirse en el aforismo latino *dura lex sed lex* (dura es la ley, pero debe cumplirse), de allí que ante las exigencias que son consecuencias de la penetración de la ley en la esfera de la libertad individual del ciudadano, que debe observarla aun cuando no la conozca, se han creado principios que, a forma de contrapartida, morigeran esa posición del individuo, como es la que se desprende del *iura novit curia*, según el cual se confiere la garantía de que los conflictos de intereses interpersonales serán resueltos por terceros imparciales, de quienes se presume conocen el derecho aplicable a la situación litigiosa.

Esta Sala y todos los jueces, conforme al mencionado principio *iura novit curia*, deben indagar el derecho aplicable a cada caso que se presente a su conocimiento, aun cuando las disposiciones normativas de que se trate no le sean de fácil acceso; de manera que no pueden excepcionarse en tal sentido las Constituciones Estadales.

Al respecto, considera quien aquí suscribe que la Sala podía ejercer sus facultades oficiosas para recabara, mediante la expedición de un auto para mejor proveer, la Constitución del Estado Miranda que fue publicada en la *Gaceta Oficial* de ese Estado N° 0086, el 28 de julio de 2006, y con ello habría procurado una verdadera tutela judicial eficaz.

Ahora bien, por cuanto luce claro, para quien se aparta de la opinión mayoritaria, que para las partes es más sencillo el conocimiento de los cambios y vigencia de las leyes locales, resulta equitativo que sea conformante de sus deberes procesales el que mantenga informado a los jueces a este respecto, sin que ello pueda entenderse en contrariedad con la regla *iura novit curia*.

Queda así expresado el criterio del Magistrado que rinde este voto concurrente.

2. *Control de la Inconstitucionalidad de la omisión del Legislador y de los otros órganos del Poder Público*

**TSJ-SC (1397)**

**3-7-2007**

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta De Merchan

Caso: César Pérez Vivas y otros vs. Presidente de la República

**La acción por inactividad contra los órganos que ejercen el Poder Público encuentra su causa siempre en un mismo hecho: la omisión de una actuación o conducta. La diferencia que puede existir (que genera a su vez una distinción en cuanto a los tribunales competentes para conocer de la demanda y, eventualmente, acerca de su procedimiento de tramitación) es sólo en cuanto al deber u obligación supuestamente incumplidos, pues no puede tratarse de manera idéntica a los parlamentos que a la Administración.**

...Mediante decisión N° 1556/2002 (caso: “*Alfonso Albornoz Niño y Gloria de Vicentini*”), esta Sala Constitucional estableció los parámetros de la acción de inconstitucionalidad por omisión en los siguientes términos:

“(…) En un sentido amplio, la acción de inconstitucionalidad por omisión es concebida por la doctrina extranjera como una institución jurídica procesal mediante la cual se demanda la declaratoria de inconstitucionalidad de un órgano del Poder Público que ha omitido (control posterior) cumplir un deber concreto (conducta debida, esperada y jurídicamente establecida) que la Constitución directamente, implícita o explícitamente, le asigna, de manera que el precepto constitucional resulta, total o parcialmente, ineficaz, por falta de desarrollo, con lo cual se produce la vulneración constitucional.

Algunos tratadistas extranjeros, como José Julio Fernández Rodríguez, *La Inconstitucionalidad por Omisión*, Editorial Civitas, Madrid, o los coautores de la obra *Inconstitucionalidad por Omisión*, Editorial Terius, Bogotá 1997, consideran que para que se origine la omisión inconstitucional es preciso que el silencio legislativo produzca una situación jurídica contraria a la Constitución, medie o no, una explícita y concreta obligación de legislar en determinada materia, impuesta por la Norma Fundamental al órgano legislativo. La doctrina extranjera, en sus intentos de sistematización de la acción *in commento* ha clasificado la omisión inconstitucional en absoluta o total y relativa o parcial; también en aquella que afecta derechos fundamentales o la que no los afecta; y en evitable y no evitable.

En la doctrina extranjera el efecto de la declaratoria de inconstitucionalidad no será, como en los recursos de nulidad por inconstitucionalidad incoados contra leyes o normas jurídicas, la nulidad del órgano cuya inconstitucionalidad se declara porque se ha abstenido de cumplir con su obligación constitucional sino la orden o recomendación, según el derecho positivo aplicable, de dar cumplimiento a dicha obligación, generalmente dentro de un específico plazo. En sentido restringido, el instituto es concebido como la acción mediante la cual se demanda la declaratoria de inconstitucionalidad del órgano legislativo que ha permanecido inactivo en el cumplimiento de su obligación concreta de dictar leyes ordinarias que desarrollen preceptos constitucionales de obligatorio desarrollo, de manera tal que dichos preceptos o uno de ellos, se hace ineficaz, con lo cual se produce la vulneración constitucional. El presupuesto de hecho necesario será la abstinencia, inercia o inactividad del órgano legislativo, en cumplir, dentro de un plazo razonable, o dentro de un plazo predeterminado, una obligación o encargo concreto a él atribuido por la norma fundamental, de manera que se imposibilite la ejecución de las disposiciones o garantías contenidas en ella. La ausencia de desarrollo del precepto constitucional que, por ello, se haya hecho ineficaz al estar impedida su aplicación, podrá ser parcial o total, produciéndose, en el primer caso, una infracción de la garantía de trato igualitario y no discriminatorio (…).”

Asimismo, en el citado fallo N° 91-2005 (caso: *PROVEA*) se sostuvo:

“Como ya ha destacado esta Sala, en las escasas oportunidades cuando se han planteado ante ella demandas con base en este cardinal (Entre otras, sentencias de 9-7-02, caso *Alfonso Albornoz*; de 4-8-2003, caso *CNE* y de 6-11-03, caso *Ley Orgánica de Régimen Municipal*), se trata de una novedad dentro de la jurisdicción constitucional venezolana, que tiene precedentes en algunos ordenamientos jurídicos extranjeros.

Con este medio jurisdiccional, el constituyente completó el sistema de defensa del Texto Fundamental, con intención de abarcar no sólo las violaciones producto de la actuación del legislador -únicas objeto de control en un régimen tradicional- sino también aquéllas que surgen de la inactividad de éste”.

Si bien ambos fallos se refieren a la acción por omisión incoada contra órganos parlamentarios por haber incumplido, según los demandantes, sus obligaciones de dictar normas o medidas necesarias para hacer efectiva la Carta Magna, sus consideraciones son trasladables al caso en que la acción se ejerce contra cualquier órgano del Poder Público, toda vez que, en esencia, no existe diferencia alguna entre un supuesto y otro.

En efecto, la acción por inactividad contra los órganos que ejercen el Poder Público encuentra su causa siempre en un mismo hecho: la omisión de una actuación o conducta. La diferencia que puede existir (que genera a su vez una distinción en cuanto a los tribunales

competentes para conocer de la demanda y, eventualmente, acerca de su procedimiento de tramitación) es sólo en cuanto al deber u obligación supuestamente incumplidos, pues no puede tratarse de manera idéntica a los parlamentos que a la Administración.

Así, mientras los parlamentos son órganos colegiados en los que intervienen personas con posturas políticas y adeptos a corrientes de pensamiento a veces totalmente opuestas, que gozan de una amplia libertad de apreciación para determinar el contenido de las normas y medidas de su competencia, la Administración está sometida a la Ley de una manera estrecha, aun en los casos en que cuenta con discrecionalidad.

Sin embargo, con independencia de la mayor dificultad que revista el control de las obligaciones parlamentarias, lo cierto es que ha venido a sumarse a la acción por abstención de la Administración, pues ambas persiguen un mismo objetivo: garantizar el cumplimiento estricto de la juridicidad, evitando el irrespeto a los derechos ciudadanos que pueden originarse a raíz de la omisión de los deberes y obligaciones que han sido asignados a los órganos públicos.

Toda acción tiene una pretensión que le es propia y que se convierte en el límite de la sentencia que, de declararla procedente, dictará el juez. Las demandas por omisión contienen necesariamente pretensiones de condena. No se espera una simple declaración, sino la orden (al órgano parlamentario o al administrativo) para que se desarrolle una determinada conducta: precisamente la que ha sido omitida. De allí su importancia como acompañante, en el conjunto de mecanismos de justicia frente al Estado, de la acción de anulación: mientras con esta se atacan las actuaciones (conductas activas), con la otra se enfrentan las abstenciones (conductas pasivas), de suerte tal que no queden manifestaciones excluidas de control jurisdiccional.

Ahora bien, las condenas en la acción por abstención son condenas a prestación en un sentido amplio de la expresión. No se trata de órdenes de no hacer, pues ello iría en contra de la propia naturaleza de esa acción: si la acción se dirige contra una inactividad, lo que se espera es la actividad omitida, es decir, que se cumpla la prestación.

Según se observa, toda demanda por omisión debe perseguir una actuación (la que se determine en la sentencia como una obligación). Cuando lo que se pretende es una abstención es porque de cierto se presupone que la situación que ha dado lugar a la demanda es la contraria: una actuación, que además se reputa contraria a Derecho.

En el caso de autos ello queda claro: los demandantes consideran inconstitucional una actuación (que se alega como repetida) del Presidente de la República, que habría sido seguida por otros funcionarios y que, en criterio de los actores, violenta expresas disposiciones del Texto Fundamental.

En realidad, por más que en el libelo se intenta demostrar que hay omisión, no existe otra cosa que una denuncia de inconstitucionalidad de una conducta activa: la de hacer propio de los miembros de la Fuerza Armada Nacional un lema que los accionantes sostienen que las partidiza y las pone al servicio de una parcialidad política.

Si la conducta que da lugar a la demanda es una actuación, mal puede la acción por omisión ser el mecanismo judicial pertinente. Los demandantes, tal vez con consciencia de ello, ponen entonces de relieve en qué consiste la abstención: sería la de cumplir con el deber de actuar de una manera diferente. Ello, es fácil comprenderlo, es sólo la denuncia de inconstitucionalidad de la actuación objeto de la demanda.

De seguirse esa manera de concebir la inactividad, todas las acciones contra los órganos públicos encuadrarían en la de abstención, omisión o inactividad –como prefiera llamársele-, toda vez que cualquier denuncia de violación de una obligación legal al dictar un acto o efectuar una determinada actuación implica, visto desde otro ángulo, la denuncia de desatención de la norma que le obligaba a actuar de manera distinta: el acto sería nulo por incumplimiento del deber de dictarlo según las reglas que rigen el asunto de que se trate.

Todas las acciones judiciales contra el Estado se basan, entonces, en esa concepción amplia de la omisión, pero la acción concreta por inactividad sólo es procedente cuando existe una verdadera conducta omisiva: es decir, una ausencia de actuación. Por ello, la condena será a actuar. Lo que los demandantes pretenden en este caso es que, indirectamente, la Sala declare inconstitucional la conducta activa del Presidente de la República y le ordene una serie de mandamientos. Para lograrlo, se ha recurrido a un medio procesal que no es idóneo y así lo declara la Sala.

### 3. *Recurso de Interpretación Constitucional*

#### A. *Legitimación*

**TSJ-SC (1716)**

**8-8-2007**

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Solicitud de interpretación de los artículos 328 y 330 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

**En cuanto a la legitimación requerida para el ejercicio de la solicitud de interpretación constitucional, la Sala reafirma su jurisprudencia de exigir la conexión con un caso concreto para poder determinar, por un lado, la legitimidad del recurrente y, por otro, verificar la existencia de una duda razonable que justifique el movimiento del aparato jurisdiccional en la resolución del mismo. (Ver Sent. 1.077/2000)**

Determinada su competencia, corresponde a esta Sala pronunciarse sobre la admisibilidad de la interpretación interpuesta y, al efecto, observa que en sentencia N° 278 del 19 de febrero de 2002 (caso: “*Beatriz Contasti Ravelo*”), esta Sala, en atención a los diversos fallos referidos a la solicitud de interpretación constitucional, precisó los requisitos de admisibilidad del mismo, a saber:

“1.- *Legitimación para recurrir. Debe subyacer tras la consulta una duda que afecte de forma actual o futura al accionante.*

2.- *Novedad del objeto de la acción. Este motivo de inadmisión no opera en razón de la precedencia de una decisión respecto al mismo asunto planteado, sino a la persistencia en el ánimo de la Sala del criterio a que estuvo sujeta la decisión previa.*

3.- *Inexistencia de otros medios judiciales o impugnatorios a través de los cuales deba ventilarse la controversia, o que los procedimientos a que ellos den lugar estén en trámite (Sentencia N° 2.507 de 30-11-01, caso: ‘Ginebra Martínez de Falchi’).*

4.- *Que no sean acumuladas acciones que se excluyan mutuamente o cuyos procedimientos sean incompatibles (tal circunstancia fue sancionada en la sent. N° 2627/2001, caso: ‘Morela Hernández’).*

5.- *Cuando no se acompañen los documentos indispensables para verificar si la acción es admisible.*

6.- *Ausencia de conceptos ofensivos o irrespetuosos.*

7.- *Inteligibilidad del escrito.*

8.- *Representación del actor*”.

Con fundamento en los requisitos de admisibilidad expuestos, se observa que del examen del escrito contenido de la presente solicitud, se desprende claramente que ésta tiene por objeto la interpretación constitucional de preceptos que gozan de tal naturaleza, con el propósito de fijar una lectura inequívoca del alcance de los artículos 328 y 330 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; se observa que en el presente caso no existe un recurso paralelo para dilucidar esta específica consulta; ni se han acumulado a dicho recurso otros medios judiciales o de impugnación a través de los cuales deba ventilarse la controversia, cuyos procedimientos sean incompatibles o se excluyan mutuamente, que se acompañan los documentos indispensables, aunado a que el escrito no contiene conceptos ofensivos o irrespetuosos.

Ahora bien, la Sala advierte que los recurrentes afirmaron que se encuentran legitimados para incoar la presente solicitud de interpretación, dado que “(...) *nuestro interés (...) es un interés legítimo y calificado, toda vez que, en primer lugar, somos ciudadanos venezolanos, inscritos en el registro civil y electoral, militantes y dirigentes del partido político (organización con fines políticos) UN NUEVO TIEMPO, organización política nacional debidamente inscrita y reconocida por la autoridad electoral del país (...). Todos estamos interesados directamente en determinar la interpretación correcta que debe dársele a las normas constitucionales antes descritas toda vez que ello permitirá a nuestra organización política admitir o rechazar solicitudes de militantes activos como miembros de nuestra organización política (...)*”.

Asimismo, adujeron que “(...) *somos del criterio que el principio general está claramente determinado en el texto constitucional. En efecto el artículo 328 señala que la Fuerza Armada Nacional como un todo, como institución, tiene expresamente prohibida la militancia política y en tal sentido está al exclusivo servicio de la Nación, de todos los ciudadanos para el cumplimiento de las funciones que le son propias y no puede por lo tanto, ponerse al servicio de una persona o parcialidad política, es decir, no puede como institución recibir líneas políticas partidistas de ninguna organización ni acatar ninguna orden distinta a sus mandos naturales constitucional y legalmente establecidos (...)*”.

La Sala estima conveniente reafirmar su doctrina sobre la legitimación para intentar la acción de interpretación constitucional, así como los requisitos de admisibilidad a los que se halla sometido el ejercicio de la misma -*Vid.* Sentencias N° 1.077/2000, 1.347/2000, 1.387/2000 y 1.415/2000-.

Para ello, es necesario indicar que en lo que respecta a la legitimación para interponer la acción de interpretación constitucional, la misma viene dada por la vinculación directa del accionante con un caso concreto cuya resolución en el orden constitucional dé lugar a una duda razonable que amerite el que sea instada la jurisdicción constitucional, con miras a solventar la posible incertidumbre derivada del máximo texto normativo.

Así, en cuanto a la legitimación exigida para el ejercicio de la solicitud de interpretación constitucional, esta Sala reafirma el criterio que sostuvo en la decisión N° 1.077/2000 de exigir la conexión con un caso concreto para poder determinar, por un lado, la legitimidad del recurrente y, por otro, verificar la existencia de una duda razonable que justifique el movimiento del aparato jurisdiccional en la resolución del mismo. En dicho fallo se dijo lo siguiente:

*“(...) Pero como no se trata de una acción popular, como no lo es tampoco la de interpretación de ley, quien intente el ‘recurso’ de interpretación constitucional sea como persona pública o privada, debe invocar un interés jurídico actual, legítimo, fundado en una situación jurídica concreta y específica en que se encuentra, y que requiere necesariamente de la interpretación de normas constitucionales aplicables a la situación, a fin de que cese la incertidumbre que impide el desarrollo y efectos de dicha situación jurídica. En fin, es necesario que exista un interés legítimo, que se manifiesta por no poder disfrutar correctamente la situación jurídica en que se encuentra, debido a la incertidumbre, a la duda generalizada (...)”.*

Sobre la base de la sentencia parcialmente transcrita, y visto el contenido del escrito presentado por los recurrentes, resulta aplicable al presente caso el criterio que sostuvo la Sala en sentencia N° 3125/2003, cuando señaló que *“(...) en criterio de la Sala, el solicitante más que la interpretación de una norma constitucional que plantee oscuridad o una duda razonable con ocasión de la confrontación de un hecho actual y vigente, pretende, de parte de la Sala, un dictamen u opinión jurídica que le despeje la duda acerca de si el paro patronal está o no prohibido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Esa inquietud del solicitante no encuadra dentro de los supuestos de admisibilidad que la Sala ha establecido respecto del recurso de interpretación (...)”.*

Así, la sola afirmación de los recurrentes de constituirse en miembros de un partido político o de electores que no gozan ni mantienen la condición de militares activos -lo cual no sustentan con ningún documento anexo a su escrito- no legitima a dichos ciudadanos para la interposición de una solicitud de interpretación -que como se advirtió anteriormente no es una acción popular-, más aun cuando pretende una orientación para un eventual ejercicio de sus funciones como presuntos dirigentes del *“(...) partido político (organización con fines políticos) Un Nuevo Tiempo (...)”* y se interprete la posibilidad de militancia de los militares en los partidos políticos.

Congruente con su propia doctrina, esta Sala debe declarar inadmisibile la solicitud de interpretación incoada, en los precisos términos del supuesto de inadmisibilidad establecido en el numeral 1 de la sentencia N° 278/02, antes mencionada. Así se declara.

#### B. *Inadmisibilidad*

**TSJ-SC (1681)**

**7-8-2007**

Magistrado Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero

Caso: Interpretación del artículo 342 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

**No es la solicitud de interpretación una vía que pueda ser activada para cualquier clase de pedimentos y menos aún un mecanismo de consulta que a priori dicte las pautas sobre una reforma constitucional.**

En el presente caso, se observa del escrito presentado por los accionantes, que éstos requieren de la Sala un pronunciamiento sobre los parámetros que el constituyente estableció en el artículo 342 del texto constitucional a los fines de hacer posible su reforma. En este sentido, peticionan se defina específicamente el contenido y alcance de lo que debe entenderse por *“estructura y principios fundamentales del texto constitucional”* a los fines de que el pueblo venezolano pueda conocer el proceso de modificación constitucional.

Ahora bien, como quedó apuntado anteriormente, el tema de la reforma constitucional que se adelanta actualmente, se originó con motivo de la iniciativa del Presidente de la República, el cual tiene la legitimación necesaria derivada del artículo 342 del texto



constitucional. Sin embargo, se trata de una propuesta, que está sometida al control y aprobación en primera, segunda y tercera discusión según sea el caso de la Asamblea Nacional, y posteriormente sometida a referéndum. Así lo disponen los artículos que a continuación se transcriben, todos de la Carta Magna.

*“...Artículo 342. La Reforma Constitucional tiene por objeto una revisión parcial de esta Constitución y la sustitución de una o varias de sus normas que no modifiquen la estructura y principios fundamentales del texto Constitucional.*

*La iniciativa de la Reforma de esta Constitución podrá tomarla la Asamblea Nacional mediante acuerdo aprobado por el voto de la mayoría de sus integrantes, el Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros; o un número no menor del quince por ciento de los electores inscritos y electoras inscritas en el Registro Civil y Electoral que lo soliciten.*

*Artículo 343. La iniciativa de Reforma Constitucional será tramitada por la Asamblea Nacional en la forma siguiente:*

- 1. El Proyecto de Reforma Constitucional tendrá una primera discusión en el período de sesiones correspondiente a la presentación del mismo.*
- 2. Una segunda discusión por Título o Capítulo, según fuera el caso.*
- 3. Una tercera y última discusión artículo por artículo.*
- 4. La Asamblea Nacional aprobará el proyecto de reforma constitucional en un plazo no mayor de dos años, contados a partir de la fecha en la cual conoció y aprobó la solicitud de reforma.*
- 5. El proyecto de reforma se considerará aprobado con el voto de las dos terceras partes de los o las integrantes de la Asamblea Nacional.*

*Artículo 344. El proyecto de Reforma Constitucional aprobado por la Asamblea Nacional se someterá a referendo dentro de los treinta días siguientes a su sanción. El referendo se pronunciará en conjunto sobre la Reforma, pero podrá votarse separadamente hasta una tercera parte de ella, si así lo aprobara un número no menor de una tercera parte de la Asamblea Nacional o si en la iniciativa de reforma así lo hubiere solicitado el Presidente o Presidenta de la República o un número no menor del cinco por ciento de los electores inscritos y electoras inscritas en el Registro Civil y Electoral.*

*Artículo 345. Se declarará aprobada la Reforma Constitucional si el número de votos afirmativos es superior al número de votos negativos. La iniciativa de Reforma Constitucional que no sea aprobada, no podrá presentarse de nuevo en un mismo período constitucional a la Asamblea Nacional...”.*

A su vez, por ser éste un acto de la Asamblea Nacional, el mismo está sometido al control posterior de esta Sala, a tenor de lo dispuesto en el artículo 336 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que dispone:

*“...Artículo 336. Son atribuciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia:*

- 1. Declarar la nulidad total o parcial de las leyes nacionales y demás actos con rango de ley de la Asamblea Nacional, que colidan con esta Constitución...”.*

En atención a lo anteriormente expuesto, mal puede esta Sala Constitucional adelantar opinión respecto de un punto que eventualmente podría someterse a su consideración, pues no es la solicitud de interpretación una vía que pueda ser activada para cualquier clase de pedimentos y menos aún un mecanismo de consulta que *a priori* dicte las pautas sobre una reforma constitucional.

Tampoco resulta procedente, solicitar una interpretación constitucional de una norma para evitar como lo afirman los accionantes “*confusiones que ha generado esta iniciativa presidencial*”, pues no es sobre hechos futuros e inciertos que recaería la interpretación, sino sobre normas actuales, siempre y cuando éstas, se encuentren en alguno de los supuestos por los cuales esta Sala ha dictaminado resulta procedente la interpretación.

En este orden de ideas, observa esta Sala que las razones por las cuales se pide la interpretación del artículo 342 del texto constitucional, no encuadra en alguno de los supuestos por los cuales dicha interpretación sería procedente (*vid.* Sent. N° 1077, 22/09/00), es decir, no se alega que alguna norma colide con algún principio constitucional, ni hay remisión a doctrinas en general, sin precisar en qué consisten, o cuál sector de ellas es aplicable; o cuando ella se refiere a derechos humanos que no aparecen en la Carta Fundamental; o a tratados internacionales protectores de derechos humanos, que no se han convertido en leyes nacionales, y cuyo texto, sentido y vigencia, requieren de aclaratoria; tampoco estamos en presencia de dos o más normas constitucionales, que coliden entre sí, absoluta o aparentemente, haciéndose necesario que tal situación endoconstitucional sea aclarada. Así como tampoco que estemos en presencia de normas constitucionales cuyo contenido ambiguo las haga inoperantes. Visto que en el presente caso no se verifica ninguno de los supuestos que justifiquen la interpretación constitucional, resulta forzoso para esta Sala declararlo inadmisibile. Así se declara.

4. *Recurso de Revisión de sentencias en materia constitucional*

**TSJ-SC (1518)**

**20-7-2007**

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Pedro Marcano Urriola vs. Revisión Sentencia

En este orden de ideas, debe esta Sala Constitucional advertir que, según pacífica y reiterada jurisprudencia al respecto, se ha establecido que la potestad de revisión es ejercida por esta Sala de manera extraordinaria, excepcional, restringida y discrecional, si con ello se va a contribuir a la uniformidad en la interpretación de principios y normas constitucionales, puesto que tal solicitud no implica una instancia adicional de conocimiento de la causa (*Vid.* Sentencia de esta Sala N° 44 del 2 de marzo de 2000, caso: “*Francia Josefina Rondón Astor*”).

Asimismo, debe destacarse que la solicitud de revisión no se configura como la posibilidad de una tercera instancia de la cual disponen los ciudadanos para fundamentar la misma en los posibles errores de juzgamientos en que incurran los jueces, sino que la misma se constituye como un medio extraordinario y excepcional de control de la Sala sobre la interpretación de principios y normas constitucionales, que atenten de tal modo contra los derechos de los justiciables que hagan factible su revisión y posterior anulatoria de la sentencia impugnada por parte de la Sala.

En este sentido, de las actas del expediente se desprende que la situación planteada no se ajusta a los fines que persigue la potestad excepcional de revisión constitucional, dado que no es posible examinar en esta sede extraordinaria la valoración que efectuó el juzgador para dictar el dispositivo cuestionado, ni el alcance de las interpretaciones de normas legales que se hayan realizado en la referida sentencia, salvo que se detecte que contraríen en forma manifiesta o grotesca el contenido de una norma constitucional o la doctrina de alguna decisión vinculante de esta Sala Constitucional, en cuanto al sentido y alcance que ha de atribuirse a alguna disposición constitucional al ser desarrollada por la ley, no existiendo ninguno de tales supuestos en el presente caso. Así se decide. En razón de ello, esta Sala

juzga que la revisión planteada de la decisión N° 1841 dictada el 20 de julio de 2006, por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, debe ser declarada no ha lugar. Así se decide.

**TSJ-SC (1680)**

**6-8-2007**

Magistrado Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero

Caso: Pedro Santaella Hernández vs. Revisión de decisión Sala Electoral

**Quedan excluidos del objeto de la Revisión Constitucional –y en atención a su naturaleza primordialmente objetiva- las denuncias correspondientes a supuestos errores de juzgamiento.**

Verificada su competencia, debe la Sala recordar que conforme ha entendido la institución de la revisión prevista en el artículo 336.10 constitucional viene a ser un mecanismo de articulación y armonización entre las distintas manifestaciones de la justicia constitucional –ejercido exclusiva y excluyentemente por esta Sala como cúspide de la jurisdicción constitucional- destinado a salvaguardar la uniformidad en la interpretación del texto fundamental y de los principios fundamentales que lo nutren. De este modo, se ha señalado que resulta ejercitable, entre otros casos, en contra de decisiones definitivamente firmes, ya sea porque hayan desatendido la doctrina vinculante de esta Sala, o bien cuando hubieran violado principios jurídicos fundamentales tutelados por el ordenamiento constitucional (bloque de la constitucionalidad), o que haya incurrido en un error grotesco en la exégesis de la Carta Magna.

De este modo, en términos generales, quedan excluidos del objeto de esta especialísima solicitud –y en atención a su naturaleza primordialmente objetiva- las denuncias correspondientes a supuestos errores de juzgamiento, como las relativas a la valoración dada por el juez a las pruebas producidas en el juicio que dio lugar al fallo impugnado; pues debe vedarse el acceso a esta sede cuando pretende agregarse una instancia y, por esta vía, promover un nuevo juzgamiento sobre los hechos de fondo controvertidos en el proceso. En atención a esta última circunstancia, debe la Sala rechazar las denuncias que –en el caso de autos- fueron planteadas respecto a la forma en que la Sala Electoral valoró las pruebas testimoniales a que hizo referencia el solicitante en revisión, aún y cuando la lectura del fallo impugnado revela que ellas fueron determinantes para la decisión a la cual arribó.

## VII. FUNCIONARIOS PÚBLICOS

### 1. *Derechos: Jubilación*

**TSJ-SC (1518)**

**20-7-2007**

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Pedro Marcano Urriola vs. Revisión Sentencia

**La Sala advierte y se exhorta a los órganos de la Administración Pública Nacional, Estadal y Municipal, que el derecho a la jubilación debe privar sobre la remoción, el retiro o la destitución de los funcionarios públicos, por lo que, constituye un deber de la Administración previo al dictamen de uno de los precitados actos verificar aún de oficio si el funcionario público puede ser acreedor del derecho a la jubilación y, por ende ser tramitado éste –derecho a la jubilación–.**

...No obstante lo anterior, ciertamente aprecia esta Sala del escrito de revisión interpuesto, que el solicitante alegó haber prestado servicios a la Administración Pública por casi veintiocho años, en atención a lo expuesto, se observa que el derecho a la jubilación es un beneficio o pensión que se le otorga a los funcionarios públicos, previa la constatación de los requisitos establecidos en la ley, como lo son la edad y un determinado tiempo de servicio dentro de la Administración Pública.

Así pues, se observa que este derecho se encuentra consagrado incluso dentro del Texto Constitucional en el artículo 147 *eiusdem*, cuando establece que es la ley nacional la que se encargará de establecer el régimen de pensiones y jubilaciones de los funcionarios públicos nacionales, estatales y municipales. En consecuencia, se observa que el prenombrado derecho se erige como un deber del Estado de garantizar el disfrute de ese beneficio ya que el mismo tiene como objeto otorgar un subsidio perenne e intransferible al funcionario, que previa la constatación de ciertos requisitos, se ha hecho acreedor de un derecho para el sustento de su vejez, por la prestación del servicio de una función pública por un número considerable de años.

Visto el contenido y la intención del legislador en dicha norma, es que esta Sala ha entendido que el derecho a la jubilación debe privar aun sobre los actos administrativos de remoción, retiro o destitución, aún cuando estos sean en ejercicio de potestades disciplinarias, ya que debe la Administración proceder a verificar si el funcionario ha invocado su derecho a la jubilación o éste puede ser acreedor de aquel, razón por la cual, priva dicho derecho aún sobre los actos de retiro de la Administración Pública. En idéntico sentido, se pronunció la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia N° 184 del 8 de febrero de 2002 (caso: “*Olga Fortoul de Grau*”), en la cual señaló:

*“Por lo tanto, la Sala declara sin lugar el amparo por estos motivos. Ahora bien, también observa la Sala que el accionante ha invocado la violación de su derecho social a la jubilación aduciendo reunir los requisitos para ello, y haber hecho la solicitud a ese fin.*

*Tratándose de un derecho social que no le debe ser vulnerado a la accionante, la Sala ordena se tramite dicha solicitud”.*

Asimismo, observa esta Sala que el Estado Venezolano se erige como un Estado Social de Derecho y Justicia (*ex* artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), el cual se encuentra dirigido a reforzar la protección jurídico constitucional de personas o grupos que se encuentren ante otras fuerzas sociales o económicas en una posición jurídico-económica o social de debilidad, y va a aminorar la protección de los fuertes, en consecuencia, es por lo que éste –Estado- se encuentra obligado a proteger a los débiles, a tutelar sus intereses amparados por la Constitución, sobre todo a través de los Tribunales; y frente a los fuertes, tiene el deber de vigilar que su libertad no sea una carga para todos. (*Vid.* Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 24 de enero de 2002, caso: “*ASODEVIPRILARA*”).

En atención a la referida consagración, es que considera esta Sala que debe realizar una interpretación ajustada y conforme a los principios e intereses constitucionales que debe resguardar el Estado Venezolano y por ende los órganos de administración de justicia, razón por la cual, se **advierte y se exhorta** a los órganos de la Administración Pública Nacional, Estatal y Municipal, que el derecho a la jubilación debe privar sobre la remoción, el retiro o la destitución de los funcionarios públicos, por lo que, constituye un deber de la Administración previo al dictamen de uno de los precitados actos verificar **aún de oficio** si el funcionario público puede ser acreedor del derecho a la jubilación y, por ende ser tramitado éste –derecho a la jubilación-.

En consecuencia, visto que del escrito de revisión el solicitante alega haber laborado en la Administración por un período que excede del necesario para acordar el beneficio de la jubilación, se ordena a la Dirección Ejecutiva de la Magistratura del Tribunal Supremo de Justicia, verificar conforme a sus antecedentes de servicio si el referido ciudadano puede ser beneficiario de dicho derecho y, de ser procedente sea acordada la jubilación al mismo. Así se decide.

*Voto Concurrente de la Magistrada Carmen Zuleta De Merchán*

En virtud de la potestad que le confiere el artículo 53 del Reglamento de Reuniones de este Alto Tribunal, quien suscribe, Magistrada Carmen Zuleta de Merchán, consigna su voto concurrente al contenido decisorio del presente fallo que declaró, mediante *obiter dictum*, que “*el derecho a la jubilación debe privar sobre la remoción, el retiro o la destitución de los funcionarios públicos*”, con ocasión a la revisión constitucional de la sentencia N° 01841 de la Sala Político Administrativa de este Alto Tribunal, solicitada por el abogado Pedro Marcano Urriola.

En tal sentido, la mayoría sentenciadora sostuvo, lo siguiente:

“(...) el derecho a la jubilación es un beneficio o pensión que se le otorga a los funcionarios públicos, previa la constatación de los requisitos establecidos en la ley, como lo son la edad y un determinado tiempo de servicio dentro de la Administración Pública.

Así pues, se observa que este derecho se encuentra consagrado incluso dentro del Texto Constitucional en el artículo 147 *eiusdem*, cuando establece que es la ley nacional la que se encargará de establecer el régimen de pensiones y jubilaciones de los funcionarios públicos nacionales, estatales y municipales.

En consecuencia, se observa que el prenombrado derecho se erige como un deber del Estado de garantizar el disfrute de ese beneficio ya que el mismo tiene como objeto otorgar un subsidio perenne e intransferible al funcionario, que previa constatación de ciertos requisitos, se ha hecho acreedor de un derecho para el sustento de su vejez, por la prestación del servicio de una función pública por un número considerable de años.

Visto el contenido y la intención del legislador en dicha norma, es que esta Sala ha entendido que el derecho a la jubilación debe privar aun sobre los actos administrativos de remoción, retiro o destitución, aún cuando estos sean en ejercicio de potestades disciplinarias, ya que debe la Administración proceder a verificar si el funcionario ha invocado su derecho a la jubilación o éste puede ser acreedor de aquel, razón por la cual priva dicho derecho aún (sic) sobre los actos de retiro de la Administración Pública”.

En criterio de quien concurre la mayoría sentenciadora ha extendido efectos a la jubilación que no contempla ni el texto constitucional, ni la Ley del Estatuto de la Función Pública, ni la legislación del trabajo vigente.

Según adujo la mayoría sentenciadora, ha sido criterio de esta Sala que el derecho a la jubilación goza de rango constitucional, lo cual no amerita discusión toda vez que se extrae que los artículos 80 y 86 de la Carta Magna le otorgan tal carácter (*vid.* sentencias SC/TSJ núms. 3/2005 y 2229/2006). No obstante ello, quien disiente respetuosamente opina que la decisión concurrida ha extendido los efectos jurídicos de la jubilación más allá de lo que contempla el texto constitucional y la legislación del trabajo común y funcional, por cuanto si bien la jubilación es un beneficio de la seguridad social, la legislación del trabajo no contempla la jubilación como un derecho, y la legislación funcional sólo la estatuye como causal de retiro (artículo 78 de la Ley del Estatuto de la Función Pública). Queda pendiente de desarrollo por vía legislativa y/o contractual la jubilación como un beneficio laboral frente al patrono, y las consecuencias jurídicas del mismo en la relación de trabajo; es decir, falta

determinar en la legislación si la jubilación es un derecho adquirido, si el trabajador jubilado puede permanecer en la empresa, si puede invocarse la condición de jubilado frente al acto de despido, y otras tantas interrogantes derivadas de la falta de incorporación de la jubilación al derecho sustantivo laboral.

Por lo demás, no hay duda de que la jubilación, siendo un derecho de la seguridad social, no puede perderse ni desconocerse cumplidas las condiciones si se trata de un sistema de seguridad social basado en el reparto, o de cualquier otra condición establecida en un sistema de seguridad social concebido como servicio público de vocación universal y de carácter no lucrativo como es el modelo proyectado en el artículo 86 del Texto Constitucional; pero ello, es independiente del estatuto del trabajo y así está contemplado en el Convenio N° 102 de la Organización Internacional del Trabajo, publicado en la *Gaceta Oficial* N° 2.848 Extraordinario del 27 de agosto de 1981.

Por su parte, en el régimen estatutario del funcionario público el derecho a la jubilación, *per se*, no goza del alcance que pretende atribuirle la mayoría sentenciadora, pues el Constituyente le ha encomendado al legislador que aquilate, en la ley respectiva, los intereses de la Administración frente a la procedencia de la jubilación del funcionario. Con ello se trata de evitar que la jubilación se convierta en un pretexto para eludir el régimen disciplinario al que están sometidos los funcionarios públicos.

En efecto, dispensa la sentencia concurrida -mediante *obiter dictum*- una preferencia tal a la jubilación del funcionario que se convierte, en sí misma, en una causal de irresponsabilidad disciplinaria, sin considerar el precedente las inconvenientes consecuencias que tal situación acarrearía; a saber:

En primer lugar, ello lesiona el derecho a la igualdad. Conforme con la Ley del Estatuto de la Función Pública, por sólo mencionar el régimen general, todos los funcionarios sin distinción alguna están sometidos a un régimen disciplinario, circunstancia que halla correspondencia con la normativa constitucional según la cual el ejercicio del Poder Público acarrea responsabilidad individual (artículo 139 constitucional). Ello así, el precedente impide que los funcionarios jubilables puedan ser objeto de sanciones administrativas mientras que el resto de los funcionarios sí, lo cual está en abierta contradicción con el artículo 44 de la Carta Magna. Probablemente, contra este argumento pueda argüirse que no están en una situación similar dada la expectativa de derecho del primero, pero es que la condición de jubilable, aún no declarada, es la que le permite al funcionario seguir ejerciendo sus funciones públicas como el resto de los empleados públicos, al punto que el ejercicio de esa labor es la que le ha permitido ser susceptible de una sanción disciplinaria. Por tanto, la diferencia es putativa.

En segundo lugar, el precedente jurisprudencial no valora la importancia que puede llegar a tener la declaratoria de responsabilidad administrativa del funcionario como medio probatorio para demandar la responsabilidad del Estado-administración o del Estado-Juez, pues, respecto a ésta última, pudiera ser necesaria para interponer el recurso de queja, si no se superara el criterio jurisprudencial de que para que proceda dicho recurso debe tratarse de un juez en funciones.

Finalmente, en tercer lugar, la situación advertida por la mayoría sentenciadora pareciera apartarse del ordenamiento funcional, pues no impide que el funcionario a quien se le otorgue su jubilación sin declarar su responsabilidad administrativa pueda suspender su jubilación para reingresar de nuevo a la Administración pública (*vid.* sent. SC/TSJ N° 165 12 de marzo de 2005); y además, merma las potestades del Contralor General de la República para determinar y sancionar la responsabilidad administrativa, conforme al artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, ya que al no haber ningún

pronunciamiento específico en torno a su responsabilidad disciplinaria siempre le será posible contratar sus servicios con la Administración pública. En conclusión, el precedente establecido en el fallo del que se disiente crea una situación inédita en materia funcional que lejos de llenar un vacío normativo ocasiona disparidades en el tratamiento de los funcionarios públicos en situación de jubilables para quienes no existe un régimen de excepción. Creo en cambio con todo respeto que la mayoría sentenciadora debió dejar en claro que la jubilación, siendo un beneficio de la seguridad social, no se pierde cualquiera sea la causa de terminación de la relación funcional una vez cumplido los requisitos legales. En este sentido, pueden jurídicamente coexistir la sanción disciplinaria y la pensión de jubilación, máxime cuando esta Sala, en sentencia N° 238 de 20 de febrero de 2003, declaró inconstitucional la parte *in fine* del artículo 41 de la Ley de Carrera Judicial, que impedía la jubilación del juez destituido.

*Voto Disidente del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz*

El Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz disiente de la mayoría sentenciadora respecto de la decisión que antecede por las siguientes razones:

La revisión ha debido ser estimada porque la sentencia de la Sala Político-Administrativa que tuvo por objeto contradice la doctrina pacífica de esta Sala respecto al concepto de ley más favorable, el cual no se limita a las penas sino a cualquier aspecto adjetivo o sustantivo que tenga que ver con el proceso, en este caso, sancionatorio, dentro de ellos, claramente, la prescripción. (Vgr. s.SC. N° 1330/2004 y N° 1442/2004 –con respecto a beneficios post procesales-).

En efecto, la expresión “que imponga menor pena” no está restringida a la norma legal que establece, en relación con la que derogó, un nivel menor de la expresión del reproche, o sea, del castigo, de la sanción. En justicia, dicha oración debe ser entendida, mediante interpretación finalística, en el sentido de que será retroactiva la ley que imponga menos gravamen al reo. En tal orden de ideas, resulta indudable que habrá menos gravamen, que la ley será menos gravosa, no sólo cuando se reduzcan los términos o se modifique la cualidad de la pena, sino cuando, por ejemplo, se acorte el lapso de prescripción de la acción penal o de la pena, o bien, se cambie la naturaleza de la acción penal, de pública a privada.

Queda así expresado el criterio del Magistrado disidente.





# ÍNDICE



## ÍNDICE ALFABÉTICO DE LA JURISPRUDENCIA

### -A-

Acción de Inconstitucionalidad. Admisibilidad. 216  
Actos Administrativos. 208  
- Vicios. Falso supuesto e inmotivación. 208  
Administración Pública. Régimen. 173

### -C-

Contratos Administrativos. Concesiones Administrativas. 212  
Control de la Inconstitucionalidad. Omisión del Legislador. Órganos del Poder Público. 219

### -D-

Derecho Administrativo Sancionador. 173  
Derecho de Propiedad. Limitaciones. 204  
Derechos Económicos. 204  
- Derecho de Propiedad. Limitaciones. 205  
Derechos fundamentales y derechos humanos. Diferencia. 136  
Derechos humanos. Régimen. 135  
Derechos humanos y derechos penitenciarios. 137  
Derechos Individuales. 155  
- Inviolabilidad del hogar doméstico. 160  
- Libertad Personal. 155  
Derechos Políticos. 163  
- Derecho a la participación política. 163  
- Referendos Revocatorios. 163

### -F-

Funcionarios Públicos. Derechos. Jubilación. 227

### -G-

Garantía de acceso a la justicia. 146  
Garantía de igualdad ante la Ley. 144  
Garantías Constitucionales. 144  
Garantías del debido proceso. 151  
- Presunción de inocencia. Principio de Culpabilidad. 151  
Gobierno Democrático y Participativo. Voluntad popular expresada. 120

### -M-

Medidas Cautelares. Tutela Judicial Efectiva. 153

### -O-

Ordenamiento Jurídico. 122  
Órganos de Policía. 182

### -P-

Poder Ejecutivo Nacional. 173  
Poder Judicial. 182  
- Sistema de Justicia. Órganos de Policía. 182  
Poder Público Nacional. Competencias. 170  
Policía Administrativa. Actividad. 209  
Principio de Culpabilidad. 151  
Principio de Legalidad. 122  
- Materia de Procedimientos. 133  
- Materia Sancionatoria. 122  
Principio de Progresividad. 135  
Principios Fundamentales del Estado y del Sistema Político. 120  
Procedimiento Administrativo. Silencio administrativo positivo. 206  
Procuraduría General de la República. 174  
- Consulta en los Procedimientos Administrativos previos a las acciones contra la República. 180  
- Consulta para la aprobación de contratos de interés nacional. 174

### -R-

Recurso de Interpretación Constitucional. 222  
- Inadmisibilidad. 224  
- Legitimación. 222  
Recurso de Revisión de sentencias en materia constitucional. 226  
Régimen Cambiario, Monetario y el Crédito. Regulación del Crédito. Tarjetas de Crédito. 183



